

**IN THE UNITED STATES COURT OF APPEALS
FOR THE ARMED FORCES**

UNITED STATES,)	PETITION FOR RECONSIDERATION
)	
Appellee)	
v.)	USCA Dkt. No. 13-0522/AF
)	
David A. GUTIERREZ)	Crim. App. Dkt. No. 37913
Technical Sergeant (E-6))	
U.S. Air Force,)	
Appellant)	

**TO THE JUDGES OF THE UNITED STATES COURT OF APPEALS FOR
THE ARMED FORCES:**

The Court is requested to reconsider its decision in this case affirming convictions of assault consummated by a battery as lesser included offenses of aggravated assault in violation of Article 128, UCMJ, 10 U.S.C. § 128, for the following reasons:

I.

APPELLANT NOW STANDS CONVICTED OF OFFENSES BASED ON A LEGAL THEORY NOT PRESENTED AT TRIAL, OR ON REVIEW AT THE COURT BELOW, AND THIS COURT'S DECISION MISAPPREHENDED THE GENERAL RULE THAT A LEGAL THEORY NOT PRESENTED AT TRIAL MAY NOT BE RAISED FOR THE FIRST TIME ON APPEAL ABSENT EXIGENT CIRCUMSTANCES.

II.

THE COURT'S DECISION OVERLOOKS WELL-SETTLED PRECEDENT INVOLVING CONSENT OBTAINED BY FRAUD.

III.

THE COURT'S DECISION MISAPPREHENDS WELL-
SETTLED PRINCIPLES OF CONSENT.

SUMMARY OF ARGUMENT

Affirming convictions of assault consummated by a battery as lesser included offenses of the charged offenses of aggravated assault, this Court held that "Appellant's conduct included an offensive touching to which his sexual partners did not provide meaningful informed consent." __ M.J. at __ (17). However, the issue of consent (whether meaningful and informed, either, or neither) was not litigated at trial or presented to the finder of fact, because the Government's prosecution of Appellant was based on a legal theory involving assault with a means likely to cause death or grievous bodily harm to which there can be no consent. Further, this Court's decision overlooks well-settled precedent involving consent obtained by fraud by failing to acknowledge or apply the recognized distinction between fraud in the inducement and fraud in the factum. Finally, this Court's decision distorts the legal concept of consent, seemingly adopting a *sui generis* standard in cases involving HIV exposure. Accordingly, this Court should vacate that portion of its decision affirming convictions of assault consummated by a battery as lesser included offenses of

the charged offenses of aggravated assault, and remand the case to the Court of Criminal Appeals for further proceedings.

ARGUMENT

1. Appellant's convictions of assault consummated by a battery contravene the general rule that a legal theory not presented at trial may not be raised for the first time on appeal absent exigent circumstances.

Appellant was charged with aggravated assault with a means likely to cause death or grievous bodily harm. Because a person "cannot consent to an act which is likely to produce grievous bodily harm or death," consent was not an issue in Appellant's trial. United States v. Bygrave, 46 M.J. 491, 493 (C.A.A.F. 1997) (quoting United States v. Outhier, 45 M.J. 326, 330 (C.A.A.F. 1996)). However, this Court affirmed convictions of assault consummated by a battery, for which consent and mistake of fact as to consent are valid defenses. See United States v. Johnson, 54 M.J. 67, 69-70 (C.A.A.F. 2000).

Because neither the issue of consent, nor the matter of Appellant's reasonable mistake of fact belief as to consent, were at issue during Appellant's trial, this Court's decision contravenes "the general rule that a legal theory not presented at trial may not be raised for the first time on appeal absent exigent circumstances." United States v. Lloyd, 69 M.J. 95, 101 (C.A.A.F. 2010) (citing United States v. Bowers, 3 C.M.A. 615, 619, 14 C.M.R. 33, 37 (1954)).

Moreover, in its brief to this Court the Government suggested that this Court might affirm convictions of attempted aggravated assault or of assault consummated by a battery. Final Brief on Behalf of the United States at 13 n.7 (citing United States v. Miller, 67 M.J. 87, 91 (C.A.A.F. 2008); United States v. Perez, 33 M.J. 1050, 1053 (A.C.M.R. 1991)). Yet the Government did not advance this theory before the Court of Criminal Appeals, nor does the cited precedent support the Government's suggestion. In Miller, this Court observed that "the CCA was not presented with the Government's argument to affirm the lesser included offense, and thus did not consider whether the record was legally and factually sufficient to support [it]." 67 M.J. at 91. And in Perez, the Army Court of Military Review concluded "that the evidence is legally insufficient to support a conviction of assault consummated by a battery, because the government has failed to prove an essential element of the offense, that the appellant had the ability to assault the victim by transmitting the HIV virus." 33 M.J. at 1053.

The same reasoning holds true in this case.

2. Appellant's convictions of assault consummated by a battery overlook well-settled precedent involving consent obtained by fraud.

This Court recognizes the distinction between fraud in the inducement and fraud in the factum. Fraud in the inducement "includes such general knavery as: 'No, I'm not married'; 'Of course I'll respect you in the morning'; 'We'll get married as soon as . . .'; 'I'll pay you ___ dollars'; and so on." United States v. Carr, 65 M.J. 39, 41 (C.A.A.F. 2007) (quoting United States v. Booker, 25 M.J. 114, 116 (C.M.A. 1987)). However, fraud in the factum "involves both the nature of the act and some knowledge of the identity of the participant." Id. There can be no consent where there is fraud in the factum, while when consent is brought about by fraud in the inducement, it "is as effective as any other consent." Id. (quoting Rollin M. Perkins & Ronald N. Boyce, Criminal Law 215 (3d ed.1982)).

It is undisputed that Appellant engaged in sexual activity with willing adults who understood the nature of the acts (unprotected oral sex, protected vaginal sex, and unprotected vaginal sex)¹ and knew the identity of Appellant. Yet this

¹ In holding that Appellant's "sexual partners did not provide meaningful informed consent," ___ M.J. at ___ (17), this Court's opinion does not distinguish between these three types of sexual activity. As this Court's opinion recognized that one of these types of activity carried an "almost zero" risk of HIV transmission, ___ M.J. at ___ (12), this Court's holding that the Appellant's partners did not provide meaningful consent invites similar reasoning involving other touching where the risk of HIV

Court's decision overlooks the distinction between fraud in the factum and fraud in the inducement, and it misapprehends the significance of the undisputed facts that Appellant's sexual partners understood the nature of the sexual acts and knew the identity of Appellant.

While Appellant does not concede that his conduct with his sexual partners constituted fraud; if it was fraud then it was no more than fraud in the inducement.

3. The Court's decision misapprehends well-settled principles of consent, criminally stigmatizing people with HIV and punishing them more severely even when their conduct does not risk transmission of the virus.

The Court's decision in this case holds that "in cases involving HIV exposure, the [G]overnment will be held to its burden of proving every element of the charged offense in the same manner that is required in other cases invoking the same statute." __ M.J. at __ (15) (emphasis added). Yet by affirming a conviction of assault consummated by a battery on the basis that Appellant's "sexual partners did not provide meaningful informed consent," __ M.J. at __ (17), this Court overlooks how the Government must prove the element of offensive touching in

transmission is extremely low (such as handshakes, kissing, or use of a restroom). Accordingly, reconsideration is warranted to address the effect that the unlikelihood of HIV transmission has on the ability of a person to consent.

other cases involving the offense of assault consummated by a battery.

In Johnson, this Court explained that the offense of assault consummated by a battery requires "an offensive touching of another, however slight," and that "as a general matter, consent 'can convert what might otherwise be offensive touching into nonoffensive touching' and that 'a reasonable and honest mistake of fact as to consent constitutes an affirmative defense in the nature of legal excuse.'" 54 M.J. at 69 (quoting United States v. Greaves, 40 M.J. 432, 433 (C.M.A. 1994)). Moreover, in a trial by court-martial, the Government has the burden to prove the absence of both consent and of mistake of fact as to consent. See id. at 69 n.3. See also Rule for Courts-Martial 916(b) (1).

This court's precedent does not support the conclusion that Appellant's sexual partners could not consent to sexual activity with Appellant where that activity did not involve a means likely to cause death or grievous bodily harm. In fact, this Court has explicitly held otherwise. In United States v. Johnson this Court explained:

The cases of Stewart, Womack, and Woods stand for the proposition that the military has a legitimate interest in prosecuting unprotected sexual contact which involves the risk of transmitting the AIDS virus. They do not stand for the proposition that persons infected with AIDS will be

criminally stigmatized and punished more severely when their conduct does not risk transmission of the virus. An era of heightened awareness should not be transposed into irrational fear, particularly in criminal law, whether in the military or civilian communities.

30 M.J. 53, 58 (C.M.A. 1990) (citing Wiggins v. State, 315 Md. 232, 554 A.2d 356 (1989)) (emphasis added).

Even the foreign precedent cited in this Court's decision does not support this Court's conclusion regarding the consent given by Appellant's sexual partners. In Cuerrier, the Supreme Court of Canada predicated the requirement of disclosure on the risk of actual transmission of HIV, explaining that "to establish that the dishonesty results in deprivation, which may consist of actual harm or simply a risk of harm, the Crown needs to prove that the dishonest act had the effect of exposing the person consenting to a significant risk of serious bodily harm." R. v. Cuerrier, [1998] 2 S.C.R. 371, 373 (Can.) (emphasis added) [Appendix A]. See also R. v. Mabior, [2012] 2 S.C.R. 584, 586 (Can.) [Appendix B] ("The Cuerrier requirement of 'significant risk of serious bodily harm' should be read as requiring disclosure of HIV status if there is a realistic possibility of transmission of HIV."). This test is functionally identical to the burden of proof that this Court found the Government failed to meet in this case: "that any of Appellant's acts were 'likely' to transmit HIV." __ M.J. at __ (16).

This Court found Appellant's convictions for aggravated assault to be legally insufficient on the basis that "the Government failed to prove that any of Appellant's acts were 'likely' to transmit HIV." ___ M.J. at ___ (16). Because Appellant's actions were not likely to transmit HIV, his partners were legally capable of consenting to those actions, as they did. That they later claimed they would not have consented does not deprive Appellant of the defenses of consent and mistake of fact as to consent.

CONCLUSION

Because this Court's conclusion that Appellant's sexual partners did not provide meaningful informed consent involves a legal theory not presented at trial, overlooks well-settled precedent involving consent obtained by fraud, and misapprehends well-settled principles of consent, this Court should vacate that portion of its decision affirming convictions of assault consummated by a battery as lesser included offenses of the charged offenses of aggravated assault, and remand the case to the Court of Criminal Appeals for further proceedings. In the alternative, Appellant moves that this Court invite further briefing on the issue of whether the evidence presented at trial is legally sufficient to affirm convictions of assault consummated by a battery.

Respectfully Submitted,



KEVIN BARRY Mc DERMOTT, Esq.
U.S.C.A.A.F. Bar No. 26137
Law Offices of Kevin Barry Mc
Dermott
8001 Irvine Center Drive, Suite
1420
Irvine, California 92618
949-596-0102



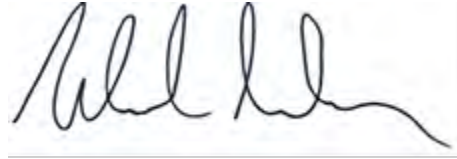
MICHAEL A. SCHRAMA, Captain,
USAF
Appellate Defense Counsel
U.S.C.A.A.F. Bar No. 34736
United States Air Force
1500 West Perimeter Road
Suite 1100
Joint Base Andrews NAF, MD 20762
240-612-4770



ZACHARY D SPILMAN, Esq.
U.S.C.A.A.F. Bar No. 35428
262 Eliot Street
Natick, MA 01760
617-388-1023
zack@zacharyspilman.com

CERTIFICATE OF FILING AND SERVICE

I certify that a copy of the foregoing was electronically mailed to the Court and to the Director Air Force Government Trial and Appellate Counsel Division, on March 4, 2015.

A handwritten signature in black ink, appearing to read "Michael A. Schrama", enclosed in a thin black rectangular border.

MICHAEL A. SCHRAMA, Captain,
USAF
Appellate Defense Counsel
U.S.C.A.A.F. Bar No. 34736
United States Air Force
1500 West Perimeter Road
Suite 1100
Joint Base Andrews NAF, MD 20762
240-612-4770

Appendix A

Her Majesty The Queen *Appellant*

v.

Henry Gerard Cuerrier *Respondent*

and

The Attorney General for Ontario, the British Columbia Civil Liberties Association, the Canadian AIDS Society, Persons with AIDS Society of British Columbia and Canadian HIV/AIDS Legal Network *Interveners*

INDEXED AS: R. v. CUERRIER

File No.: 25738.

1998: March 27; 1998: September 3.

Present: L'Heureux-Dubé, Gonthier, Cory, McLachlin, Major, Bastarache and Binnie JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR BRITISH COLUMBIA

Criminal law — Aggravated assault — Consent — Fraud — Non-disclosure of HIV status — Accused having unprotected sexual relations knowing he was HIV-positive — Whether non-disclosure of HIV status can constitute fraud vitiating partner's consent to sexual intercourse — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 265(3)(c), 268.

The accused was charged with two counts of aggravated assault pursuant to s. 268 of the *Criminal Code*. Even though he had been explicitly instructed, by a public health nurse, to inform all prospective sexual partners that he was HIV-positive and to use condoms every time he engaged in sexual intercourse, the accused had unprotected sexual relations with the two complainants without informing them he was HIV-positive. Both complainants had consented to unprotected sexual intercourse with the accused, but they testified at trial that if they had known that he was HIV-positive they would never have engaged in unprotected intercourse with him. At the time of trial, neither complainant had tested positive for the virus. The trial judge entered a directed

Sa Majesté la Reine *Appelante*

c.

Henry Gerard Cuerrier *Intimé*

et

Le procureur général de l'Ontario, British Columbia Civil Liberties Association, la Société canadienne du sida, Persons with AIDS Society of British Columbia et Réseau juridique canadien VIH/sida *Intervenants*

RÉPERTORIÉ: R. c. CUERRIER

N° du greffe: 25738.

1998: 27 mars; 1998: 3 septembre.

Présents: Les juges L'Heureux-Dubé, Gonthier, Cory, McLachlin, Major, Bastarache et Binnie.

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

Droit criminel — Voies de fait graves — Consentement — Fraude — Non-divulgence de séropositivité — Accusé ayant eu des rapports sexuels non protégés tout en sachant qu'il était séropositif — La non-divulgence de la séropositivité peut-elle constituer une fraude viciant le consentement d'un partenaire à des rapports sexuels? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 265(3)c), 268.

L'accusé a fait l'objet de deux chefs d'accusation de voies de fait graves portés en vertu de l'art. 268 du *Code criminel*. Même si une infirmière hygiéniste lui avait explicitement conseillé d'informer de sa séropositivité tous ses partenaires sexuels éventuels et d'utiliser des condoms chaque fois qu'il aurait des rapports sexuels, l'accusé a eu des rapports sexuels non protégés avec les deux plaignantes sans les informer qu'il était séropositif. Les deux plaignantes avaient consenti à des rapports sexuels non protégés avec l'accusé, mais elles ont témoigné au procès que, si elles avaient su qu'il était séropositif, elles n'auraient jamais eu de rapports sexuels non protégés avec lui. Au moment du procès, aucune des plaignantes n'était séropositive selon les

verdict acquitting the accused. The Court of Appeal upheld the acquittals.

Held: The appeal should be allowed and a new trial ordered.

Per Cory, Major, Bastarache and Binnie JJ.: To prove the offence of aggravated assault, the Crown must establish (1) that the accused's acts "endanger[ed] the life of the complainant" (s. 268(1)) and (2) that he intentionally applied force without the consent of the complainant (s. 265(1)(a)). The first requirement is satisfied in this case by the significant risk to the lives of the complainants occasioned by the act of unprotected intercourse. It is unnecessary to establish that the complainants were in fact infected with the virus. With respect to the second requirement, it is no longer necessary, when examining whether consent in assault or sexual assault cases was vitiated by fraud under s. 265(3)(c), to consider whether the fraud is related to "the nature and quality of the act". The repeal in 1983 of statutory language imposing this requirement and its replacement by a reference simply to "fraud" indicates that Parliament's intention was to provide a more flexible concept of fraud in assault and sexual assault cases. To that end, principles which have historically been applied in relation to fraud in criminal law can be used with appropriate modifications.

In the context of the wording of s. 265, an accused's failure to disclose that he is HIV-positive is a type of fraud which may vitiate consent to sexual intercourse. The essential elements of fraud in commercial criminal law are dishonesty, which can include non-disclosure of important facts, and deprivation or risk of deprivation. The dishonest action or behaviour must be related to the obtaining of consent to engage in sexual intercourse — in this case unprotected intercourse. The accused's actions must be assessed objectively to determine whether a reasonable person would find them to be dishonest. The dishonest act consists of either deliberate deceit respecting HIV status or non-disclosure of that status. Without disclosure of HIV status there cannot be a true consent. The consent cannot simply be to have sexual intercourse. Rather, it must be consent to have intercourse with a partner who is HIV-positive. The extent of the duty to disclose will increase with the risks attendant upon the act of intercourse. The failure to disclose HIV-positive status can lead to a devastating illness with fatal consequences and, in those circum-

tests qu'elles avaient subies. Le juge du procès a inscrit un verdict imposé d'acquiescement de l'accusé. La Cour d'appel a confirmé les acquittements.

Arrêt: Le pourvoi est accueilli et un nouveau procès est ordonné.

Les juges Cory, Major, Bastarache et Binnie: Pour prouver l'existence d'une infraction de voies de fait graves, le ministère public doit établir (1) que les actes de l'accusé ont mis en danger la vie du plaignant (par. 268(1)), et (2) que l'accusé a, d'une manière intentionnelle, employé la force contre le plaignant sans son consentement (al. 265(1)a)). En l'espèce, le risque important auquel les rapports sexuels non protégés ont exposé la vie des plaignants satisfait à la première condition. Il n'est pas nécessaire d'établir que les plaignants ont effectivement été infectés par le virus. Quant à la deuxième condition, pour déterminer si le consentement a été vicié par une fraude au sens de l'al. 265(3)c), dans des affaires de voies de fait ou d'agression sexuelle, il n'est plus nécessaire de se demander si la fraude était liée à «la nature et [au] caractère de l'acte». L'abrogation, en 1983, du texte législatif qui imposait cette condition et son remplacement par la mention de la «fraude» sans plus indiquent l'intention du législateur de prévoir une notion plus souple de la fraude dans les cas de voies de fait et d'agression sexuelle. À cette fin, on peut utiliser les principes qui, dans le passé, ont été appliqués relativement à la fraude en droit criminel, après leur avoir apporté les modifications appropriées.

Selon la formulation de l'art. 265, l'omission par un accusé de divulguer sa séropositivité est un type de fraude qui peut vicier le consentement à des rapports sexuels. Les éléments essentiels de la fraude en droit pénal commercial sont la malhonnêteté, qui peut comprendre la dissimulation de faits importants, et la privation ou le risque de privation. L'acte ou le comportement malhonnête doit avoir trait à l'obtention du consentement aux rapports sexuels, en l'occurrence des rapports non protégés. Les actes de l'accusé doivent être appréciés objectivement afin d'établir s'ils seraient considérés comme malhonnêtes par une personne raisonnable. L'acte malhonnête est soit une supercherie délibérée concernant la séropositivité, soit la non-divulgation de cet état de santé. Sans divulgation de la séropositivité, il ne peut y avoir de consentement véritable. Le consentement ne peut se limiter uniquement aux rapports sexuels. Il doit plutôt s'agir d'un consentement à des rapports sexuels avec un partenaire séropositif. L'obligation de divulguer augmentera avec les risques que comportent les rapports sexuels. L'omission de divul-

stances, there exists a positive duty to disclose. The nature and extent of the duty to disclose, if any, will always have to be considered in the context of the particular facts presented. To establish that the dishonesty results in deprivation, which may consist of actual harm or simply a risk of harm, the Crown needs to prove that the dishonest act had the effect of exposing the person consenting to a significant risk of serious bodily harm. The risk of contracting AIDS as a result of engaging in unprotected intercourse meets that test. Further, in situations such as this, the Crown is still required to prove beyond a reasonable doubt that the complainant would have refused to engage in unprotected sex with the accused if she had been advised that he was HIV-positive. Therefore, a complainant's consent to sexual intercourse can properly be found to be vitiated by fraud under s. 265 if the accused's failure to disclose his HIV-positive status is dishonest and results in deprivation by putting the complainant at a significant risk of suffering serious bodily harm.

An approach to the concept of fraud in s. 265(3)(c) of the *Code* that includes any deceit inducing consent to contact would bring within the sexual assault provisions of the *Code* behaviour which lacks the reprehensible character of criminal acts and would trivialize the criminal process by leading to a proliferation of petty prosecutions instituted without judicial guidelines or directions. Some limitations to the concept of fraud in that section are necessary. The fraud required to vitiate consent for sexual assault must carry with it the risk of serious harm. This standard is sufficient to encompass not only the risk of HIV infection but also other sexually transmitted diseases which constitute a significant risk of serious harm. However, the standard is not so broad as to trivialize a serious offence.

Where public health endeavours fail to provide adequate protection to individuals like the complainants, the criminal law can be effective. The criminal law has a role to play both in deterring those infected with HIV from putting the lives of others at risk and in protecting the public from irresponsible individuals who refuse to comply with public health orders to abstain from high-risk activities.

guer la séropositivité peut conduire à une maladie dévastatrice ayant des conséquences mortelles et, dans ces circonstances, il existe une obligation absolue de divulguer. La nature et l'étendue de l'obligation de divulguer, s'il en est, devront toujours être examinées en fonction des faits en présence. Pour établir que la malhonnêteté entraîne une privation sous forme de préjudice réel ou, simplement, de risque de préjudice, le ministère public doit prouver que l'acte malhonnête a eu pour effet d'exposer la personne consentante à un risque important de lésions corporelles graves. Le risque de contracter le sida par suite de rapports sexuels non protégés satisfait à ce critère. En outre, dans des cas comme la présente affaire, le ministère public est toujours tenu de prouver hors de tout doute raisonnable que la plaignante aurait refusé d'avoir des relations sexuelles non protégées avec l'accusé si elle avait été informée qu'il était séropositif. Par conséquent, on peut, à juste titre, conclure que le consentement d'une plaignante à des rapports sexuels est vicié par une fraude au sens de l'art. 265, si l'omission de l'accusé de divulguer sa séropositivité est malhonnête et entraîne une privation en exposant la plaignante à un risque important de lésions corporelles graves.

Interpréter la notion de fraude visée à l'al. 265(3)c) du *Code* comme incluant toute supercherie incitant à consentir à un contact aurait pour effet d'assujettir aux dispositions du *Code* relatives à l'agression sexuelle un comportement qui n'a pas le caractère répréhensible d'un acte criminel, et de banaliser le processus criminel en entraînant une prolifération de poursuites mineures engagées sans lignes directrices ni directives judiciaires. Il est nécessaire d'apporter certaines restrictions à la notion de fraude applicable à cet article. La fraude requise pour vicier le consentement relativement à une agression sexuelle doit comporter un risque de préjudice grave. Cette norme est suffisante pour viser non seulement le risque d'infection par le VIH, mais aussi celui de contracter d'autres maladies transmissibles sexuellement qui constituent un risque important de préjudice grave. Cependant, elle n'est pas large au point de banaliser une infraction grave.

Lorsque les efforts en matière de santé publique ne permettent pas d'assurer une protection adéquate à des personnes comme les plaignantes, le droit criminel peut être efficace. Le droit criminel a un rôle à jouer à la fois pour dissuader les personnes infectées par le VIH de mettre en danger la vie d'autrui et pour protéger le public contre les individus irresponsables qui refusent de se conformer aux ordonnances en matière de santé publique leur enjoignant d'éviter les activités à risques élevés.

Per L'Heureux-Dubé J.: Parliament's intention in passing the 1983 amendments to the *Criminal Code* concerning sexual offences was both to include them within the general scheme of assault, and to modernize and sensitize the law's approach to them. These factors, as well as the specific redrafting of the consent provision support the conclusion that the intention of these amendments was to move away from the traditional approach to fraud as it relates to consent in sexual assault cases. The objectives of the 1983 assault scheme are to protect people's physical integrity from unwanted physical contact, and to protect people's personal autonomy to decide under what conditions they will consent to be touched. Section 265(3) ensures that when consent is obtained, that consent is a true reflection of a person's autonomous will.

Fraud occurs therefore, when the dishonest act in question induced another to consent to the ensuing physical act, whether or not that act was particularly risky and dangerous. The focus of the inquiry into whether fraud vitiated consent so as to make certain physical contact non-consensual should be on whether the nature and execution of the deceit deprived the complainant of the ability to exercise his or her will in relation to his or her physical integrity with respect to the activity in question. There must be a causal connection between the fraud and the submission to the act. Where fraud is in issue, the impugned act is considered a non-consensual application of force if the Crown proves beyond a reasonable doubt that the accused acted dishonestly in a manner designed to induce the complainant to submit to a specific activity, and that absent the dishonesty, the complainant would not have submitted to the particular activity. The dishonesty of the submission-inducing act would be assessed based on the objective standard of the reasonable person. The Crown must also prove that the accused knew, or was aware, that his or her dishonest actions would induce the complainant to submit to the particular activity.

This interpretation of fraud as it relates to consent has the effect of maximizing the individual's right to determine with whom, and under what conditions, he or she will consent to physical contact with another. This approach is also respectful of the legislative context because it can be applied with equal consistency to all of the assault offences to which the fraud provision relates. An interpretation of fraud that focuses only on the sexual assault context, and which limits it to those situations where a "significant risk of serious bodily harm" is evident, is unjustifiably restrictive. The *Criminal Code*

Le juge L'Heureux-Dubé: En adoptant, en 1983, les modifications du *Code criminel* relatives aux infractions d'ordre sexuel, le législateur a voulu à la fois inclure ces infractions dans le régime général des voies de fait, et moderniser et adapter aux circonstances la façon dont le droit les aborde. Ces facteurs, de même que la nouvelle rédaction, en particulier, de la disposition relative au consentement, étayent la conclusion que le législateur a voulu, par ces modifications, s'écarter de la façon traditionnelle d'aborder la fraude liée au consentement en matière d'agression sexuelle. Le régime des voies de fait établi en 1983 vise à protéger l'intégrité physique des gens contre les contacts physiques non souhaités, ainsi que leur autonomie personnelle de décider à quelles conditions ils consentiront à être touchés. Le paragraphe 265(3) assure que le consentement obtenu reflète vraiment le libre arbitre de la personne en cause.

Il y a donc fraude si l'acte malhonnête en cause a incité une autre personne à consentir à un acte physique, peu importe que cet acte ait comporté ou non des risques ou des dangers particuliers. L'examen visant à déterminer si la fraude a vicié le consentement de manière à rendre non consensuel un certain contact physique devrait être axé sur la question de savoir si la nature et l'exécution de la supercherie ont privé le plaignant de la capacité d'exercer sa volonté relativement à son intégrité physique en ce qui concerne l'activité en question. Il doit y avoir un lien de causalité entre la fraude et la soumission à l'acte. Dans tout débat relatif à la fraude, l'acte reproché est considéré comme étant un emploi non consensuel de la force si le ministère public prouve hors de tout doute raisonnable que l'accusé a agi malhonnêtement de manière à inciter le plaignant à se soumettre à une activité précise, et qu'en l'absence de malhonnêteté le plaignant ne se serait pas soumis à l'activité en cause. La malhonnêteté de l'acte qui incite à la soumission serait évaluée en fonction de la norme objective de la personne raisonnable. Le ministère public est aussi tenu de prouver que l'accusé savait ou était conscient que ses actes malhonnêtes inciteraient le plaignant à se soumettre à l'activité en cause.

Cette interprétation de la fraude relative au consentement a pour effet de maximiser le droit d'un individu de déterminer à quelles conditions il consentira à un contact physique et avec qui ce contact aura lieu. Ce point de vue respecte également le contexte législatif parce qu'il peut s'appliquer avec la même logique à toutes les infractions de voies de fait visées par la disposition relative à la fraude. Une interprétation de la fraude qui se concentre exclusivement sur le contexte de l'agression sexuelle et qui la confine aux seules situations où il existe manifestement un «risque important de lésions

contains no such differences between sexual assault and other assaults, and to maintain such distinctions would be contrary to the intention of the 1983 amendments.

Per Gonthier and McLachlin JJ.: Since the 1888 decision in *Clarence*, the law has been settled: fraud does not vitiate consent to assault unless the mistake goes to the nature of the act or the identity of the partner. Fraud as to collateral aspects of a consensual encounter, like the possibility of contracting serious venereal disease, does not vitiate consent. In amending the *Criminal Code* in 1983 and adopting a new definition of fraud for assault, including sexual assault, Parliament did not intend to remove the common law limitations. An intent to broaden the crime of assault radically cannot be inferred from Parliament's removal of the words "nature and quality of the act". Rather, Parliament must be supposed to have expected that the courts would continue to read the *Code* provisions on sexual assault against the background of the common law, unless it used language clearly indicating that it was altering the common law. There is nothing in s. 265 to indicate such an intention. This conclusion is supported by s. 45(2) of the *Interpretation Act*, which provides that an amending enactment shall not be deemed to involve a declaration of a change in the existing law. It is also supported by the rule of construction that where, as here, a criminal statute is ambiguous, the interpretation that favours the accused is preferred. As well, the jurisprudence, without exception, supports the view that Parliament intended to retain the common law definition of fraud for assault. Section 265(3) must, therefore, continue to be read in light of the common law.

It is an established rule that courts will effect changes to the common law only where those changes are incremental developments of existing principle and where the consequences of the change are contained and predictable. Here, the broad changes proposed to the common law concept of fraud for assault do not fall within this test. Both the application of the commercial concept of fraud, limited by an *ad hoc* qualifier that there must be a "significant risk of serious bodily harm", and the application of an unqualified view of fraud which includes any deceit inducing consent to contact amount to aban-

corporelles graves» est restrictive de façon injustifiable. Le *Code criminel* n'établit aucune distinction de ce genre entre l'agression sexuelle et les autres formes de voies de fait, et le maintien de pareilles distinctions serait contraire au but des modifications de 1983.

Les juges Gonthier et McLachlin: Depuis la décision *Clarence*, en 1888, il est bien établi, en droit, que la fraude ne vicie le consentement à des voies de fait que si l'erreur porte sur la nature de l'acte ou sur l'identité du partenaire. La fraude relative à des aspects secondaires de relations consensuelles, comme la possibilité de contracter de graves maladies vénériennes, ne vicie pas le consentement. En modifiant le *Code criminel* en 1983 et en adoptant une nouvelle définition de la fraude applicable aux voies de fait, y compris l'agression sexuelle, le législateur n'a pas voulu supprimer les limites de la common law. La suppression par le législateur des mots «la nature et le caractère de l'acte» ne permet pas de déduire l'existence d'une intention d'élargir radicalement le crime des voies de fait. Il faut plutôt supposer que le législateur s'attendait que les tribunaux continueraient d'interpréter les dispositions du *Code* concernant l'agression sexuelle en fonction de la common law, à moins qu'il n'ait utilisé des mots indiquant clairement qu'il modifiait la common law. Rien dans l'art. 265 n'indique pareille intention. Cette conclusion est étayée par le par. 45(2) de la *Loi d'interprétation*, qui prévoit que la modification d'un texte législatif n'implique pas une déclaration que le droit existant a été modifié. Elle est également étayée par la règle d'interprétation voulant que, lorsqu'une loi en matière criminelle est ambiguë comme en l'espèce, il faille préférer l'interprétation favorable à l'accusé. De même, la jurisprudence, sans exception, appuie le point de vue selon lequel le législateur a voulu conserver la définition de common law de la fraude en matière de voies de fait. Il faut donc continuer d'interpréter le par. 265(3) en fonction de la common law.

Il est bien établi que les tribunaux ne modifieront la common law que si ces modifications représentent une évolution progressive d'un principe existant et si leurs conséquences sont circonscrites et prévisibles. En l'espèce, les modifications générales proposées quant à la notion de common law de la fraude en matière de voies de fait ne satisfont pas à ce critère. L'application de la notion de fraude commerciale, limitée par la réserve particulière de la nécessité d'un «risque important de lésions corporelles graves», et l'application d'une conception de la fraude dépourvue de toute réserve et

doing the common law rule and substituting new principles in its place. Not only are the proposed extensions of the law sweeping, they are unprecedented. Moreover, the theoretical difficulties with both proposals are matched by the practical problems they would introduce. Parliament is better equipped than the courts to foresee the complex ramifications of such sweeping change and make the necessary value choices.

It is open, however, for courts to make incremental changes by extending the common law concepts of nature of the act and identity, provided the ramifications of the changes are not overly complex. It is the proper role of the courts to update the common law from time to time to bring it into harmony with the changing needs of society. This applies to the common law concept of fraud in relation to assault. In this case, the current state of the law does not reflect the values of Canadian society. It is unrealistic to think that consent given to sex on the basis that one's partner is HIV-free stands unaffected by blatant deception on that matter. Where a person represents that he or she is disease-free, and consent is given on that basis, deception on that matter goes to the very nature of the sexual act. To say that such a person commits fraud vitiating consent, thereby rendering the contact an assault, seems right and logical. A return to the pre-*Clarence* view of the common law that deception as to venereal disease may vitiate consent would catch the conduct here at issue, without permitting people to be convicted of assault for other inducements, and would draw a clear line between criminal and non-criminal conduct. This proposed extension of the law is relatively narrow, catching only deceit as to venereal disease where it is established, beyond a reasonable doubt, that there was a high risk of infection and that the defendant knew or ought to have known that the fraud actually induced consent to unprotected sex. This limited change will not have far-reaching, unforeseeable or undesirable ramifications. The common law should thus be changed to permit deceit as to sexually transmitted disease that induces consent to be treated as fraud vitiating consent under s. 265 of the *Criminal Code*.

incluant toute supercherie incitant à consentir à un contact représentent un remplacement de la règle de common law par de nouveaux principes. Non seulement les élargissements du droit proposés sont-ils radicaux, mais encore ils sont sans précédent. De plus, aux difficultés théoriques que soulèvent les deux propositions avancées s'ajoutent les problèmes pratiques qu'elles poseraient. Le législateur est, plus que les tribunaux, en mesure de prévoir les conséquences de changements aussi radicaux et de faire les choix de valeur requis.

Il est cependant loisible aux tribunaux de réaliser des changements progressifs en élargissant les notions de common law de la nature de l'acte et de l'identité, à la condition que les conséquences de ces changements ne soient pas trop complexes. Il convient que les tribunaux procèdent, à l'occasion, à la mise à jour de la common law pour qu'elle suive l'évolution des besoins de la société. Cela s'applique à la notion de common law de la fraude en matière de voies de fait. En l'espèce, l'état actuel du droit ne reflète pas les valeurs de la société canadienne. Il est irréaliste de penser que le consentement à des rapports sexuels donné parce que le partenaire est séronégatif n'est pas touché par une tromperie flagrante à ce sujet. Si une personne affirme qu'elle n'est pas malade, et que le consentement est donné sur la foi de cette affirmation, la tromperie à ce sujet touche la nature même de l'acte sexuel. Il semble logique et juste d'affirmer que cette personne commet une fraude viciant le consentement, transformant ainsi le contact en voies de fait. Le retour à la conception de la common law antérieure à la décision *Clarence*, selon laquelle la tromperie concernant une maladie vénérienne peut vicier le consentement, s'appliquerait à la conduite en cause en l'espèce, tout en évitant qu'une personne soit déclarée coupable de voies de fait pour avoir eu recours à d'autres incitations, et permettrait de tracer une ligne de démarcation nette entre la conduite criminelle et la conduite non criminelle. Cet élargissement proposé du droit est relativement restreint, visant uniquement la supercherie quant à une maladie vénérienne dans les cas où il est établi hors de tout doute raisonnable qu'il y avait un risque élevé d'infection et que le défendeur savait ou aurait dû savoir que la fraude inciterait réellement à consentir à des relations sexuelles non protégées. Ce changement limité n'aura pas de conséquences profondes, imprévisibles ou non souhaitables. Il y a donc lieu de modifier la common law de façon à permettre que la supercherie au sujet d'une maladie transmissible sexuellement, qui incite à consentir, soit considérée comme une fraude viciant le consentement, au sens de l'art. 265 du *Code criminel*.

Cases Cited

By Cory J.

Not followed: *R. v. Clarence* (1888), 22 Q.B.D. 23; *R. v. Ssenyonga* (1993), 81 C.C.C. (3d) 257; *R. v. Petrozzi* (1987), 35 C.C.C. (3d) 528; **considered:** *State v. Lankford*, 102 A. 63 (1917); *Kathleen K. v. Robert B.*, 198 Cal.Rptr. 273 (1984); *R. v. Bennett* (1866), 4 F. & F. 1105, 176 E.R. 925; *R. v. Sinclair* (1867), 13 Cox C.C. 28; **referred to:** *R. v. Thornton*, [1993] 2 S.C.R. 445; *R. v. Jobidon*, [1991] 2 S.C.R. 714; *Norberg v. Wynrib*, [1992] 2 S.C.R. 226; *Bolduc v. The Queen*, [1967] S.C.R. 677; *R. v. Maurantonio*, [1968] 1 O.R. 145; *In re London and Globe Finance Corp.*, [1903] 1 Ch. 728; *Scott v. Metropolitan Police Commissioner*, [1975] A.C. 819; *R. v. Olan*, [1978] 2 S.C.R. 1175; *R. v. Théroux*, [1993] 2 S.C.R. 5; *R. v. Brasso Datsun (Calgary) Ltd.* (1977), 39 C.R.N.S. 1; *R. v. Zlatic*, [1993] 2 S.C.R. 29; *R. v. Nikal*, [1996] 1 R.C.S. 1013.

By L'Heureux-Dubé J.

Referred to: *R. v. Jobidon*, [1991] 2 S.C.R. 714; *R. v. Burden* (1981), 25 C.R. (3d) 283; *R. v. Théroux*, [1993] 2 S.C.R. 5; *R. v. Hinchey*, [1996] 3 S.C.R. 1128.

By McLachlin J.

Applied: *R. v. Bennett* (1866), 4 F. & F. 1105, 176 E.R. 925; *R. v. Sinclair* (1867), 13 Cox C.C. 28; **not followed:** *R. v. Clarence* (1888), 22 Q.B.D. 23; **referred to:** *R. v. McIntosh*, [1995] 1 S.C.R. 686; *R. v. Deruelle*, [1992] 2 S.C.R. 663; *Marcotte v. Deputy Attorney General for Canada*, [1976] 1 S.C.R. 108; *R. v. Jobidon*, [1991] 2 S.C.R. 714; *R. v. Petrozzi* (1987), 35 C.C.C. (3d) 528; *R. v. Ssenyonga* (1993), 81 C.C.C. (3d) 257; *Watkins v. Olafson*, [1989] 2 S.C.R. 750; *R. v. Salituro*, [1991] 3 S.C.R. 654; *R. v. Seaboyer*, [1991] 2 S.C.R. 577; *Winnipeg Child and Family Services (Northwest Area) v. G. (D.F.)*, [1997] 3 S.C.R. 925; *Bow Valley Husky (Bermuda) Ltd. v. Saint John Shipbuilding Ltd.*, [1997] 3 S.C.R. 1210; *Schachter v. Canada*, [1992] 2 S.C.R. 679; *R. v. Maurantonio*, [1968] 1 O.R. 145; *R. v. Dee* (1884), 14 L.R. Ir. 468; *R. v. Flattery* (1877), 2 Q.B.D. 410; *Hegarty v. Shine* (1878), 14 Cox C.C. 145; *R. v. Case* (1850), 1 Den. 580, 169 E.R. 381; *R. v. Linekar*, [1995] 3 All E.R. 69; *R. v. Mercer* (1993), 84 C.C.C. (3d) 41.

Statutes and Regulations Cited*Canadian Charter of Rights and Freedoms.***Jurisprudence**

Citée par le juge Cory

Arrêts non suivis: *R. c. Clarence* (1888), 22 Q.B.D. 23; *R. c. Ssenyonga* (1993), 81 C.C.C. (3d) 257; *R. c. Petrozzi* (1987), 35 C.C.C. (3d) 528; **arrêts examinés:** *State c. Lankford*, 102 A. 63 (1917); *Kathleen K. c. Robert B.*, 198 Cal.Rptr. 273 (1984); *R. c. Bennett* (1866), 4 F. & F. 1105, 176 E.R. 925; *R. c. Sinclair* (1867), 13 Cox C.C. 28; **arrêts mentionnés:** *R. c. Thornton*, [1993] 2 R.C.S. 445; *R. c. Jobidon*, [1991] 2 R.C.S. 714; *Norberg c. Wynrib*, [1992] 2 R.C.S. 226; *Bolduc c. The Queen*, [1967] R.C.S. 677; *R. c. Maurantonio*, [1968] 1 O.R. 145; *In re London and Globe Finance Corp.*, [1903] 1 Ch. 728; *Scott c. Metropolitan Police Commissioner*, [1975] A.C. 819; *R. c. Olan*, [1978] 2 R.C.S. 1175; *R. c. Théroux*, [1993] 2 R.C.S. 5; *R. c. Brasso Datsun (Calgary) Ltd.* (1977), 39 C.R.N.S. 1; *R. c. Zlatic*, [1993] 2 R.C.S. 29; *R. c. Nikal*, [1996] 1 R.C.S. 1013.

Citée par le juge L'Heureux-Dubé

Arrêts mentionnés: *R. c. Jobidon*, [1991] 2 R.C.S. 714; *R. c. Burden* (1981), 25 C.R. (3d) 283; *R. c. Théroux*, [1993] 2 R.C.S. 5; *R. c. Hinchey*, [1996] 3 R.C.S. 1128.

Citée par le juge McLachlin

Arrêts appliqués: *R. c. Bennett* (1866), 4 F. & F. 1105, 176 E.R. 925; *R. c. Sinclair* (1867), 13 Cox C.C. 28; **arrêt non suivi:** *R. c. Clarence* (1888), 22 Q.B.D. 23; **arrêts mentionnés:** *R. c. McIntosh*, [1995] 1 R.C.S. 686; *R. c. Deruelle*, [1992] 2 R.C.S. 663; *Marcotte c. Sous-procureur général du Canada*, [1976] 1 R.C.S. 108; *R. c. Jobidon*, [1991] 2 R.C.S. 714; *R. c. Petrozzi* (1987), 35 C.C.C. (3d) 528; *R. c. Ssenyonga* (1993), 81 C.C.C. (3d) 257; *Watkins c. Olafson*, [1989] 2 R.C.S. 750; *R. c. Salituro*, [1991] 3 R.C.S. 654; *R. c. Seaboyer*, [1991] 2 R.C.S. 577; *Office des services à l'enfant et à la famille de Winnipeg (région du Nord-Ouest) c. G. (D.F.)*, [1997] 3 R.C.S. 925; *Bow Valley Husky (Bermuda) Ltd. c. Saint John Shipbuilding Ltd.*, [1997] 3 R.C.S. 1210; *Schachter c. Canada*, [1992] 2 R.C.S. 679; *R. c. Maurantonio*, [1968] 1 O.R. 145; *R. c. Dee* (1884), 14 L.R. Ir. 468; *R. c. Flattery* (1877), 2 Q.B.D. 410; *Hegarty c. Shine* (1878), 14 Cox C.C. 145; *R. c. Case* (1850), 1 Den. 580, 169 E.R. 381; *R. c. Linekar*, [1995] 3 All E.R. 69; *R. c. Mercer* (1993), 84 C.C.C. (3d) 41.

Lois et règlements cités*Charte canadienne des droits et libertés.*

Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 143 [rep. 1980-81-82-83, c. 125, s. 6], 149 [am. 1972, c. 13, s. 70; rep. 1980-81-82-83, c. 125, s. 8], 244 [rep. & sub. 1974-75-76, c. 93, s. 21].

Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 221, 265, 268, 273.2(b) [en. 1992, c. 38, s. 1], 274 to 278 [formerly R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 246.4 to 246.8].

Criminal Code, S.C. 1892, c. 29, ss. 259, 266.

Interpretation Act, R.S.C., 1985, c. I-21, s. 45(2).

Authors Cited

Boyle, Christine. "The Judicial Construction of Sexual Assault Offences". In Julian V. Roberts and Renate M. Mohr, eds., *Confronting Sexual Assault: A Decade of Legal and Social Change*. Toronto: University of Toronto Press, 1994, 136.

Boyle, Christine L. M. *Sexual Assault*. Toronto: Carswell, 1984.

Canada. Health Canada. Laboratory Centre for Disease Control. Bureau of HIV/AIDS and STD Update Series. "AIDS and HIV in Canada", in *HIV/AIDS Epi Update*, November 1997.

Canada. Health Canada. Laboratory Centre for Disease Control. Bureau of HIV/AIDS and STD Update Series. "Oral Contraceptive and Condom Use", in *STD Epi Update*, November 1997.

Dwyer, John M. "Legislating AIDS Away: The Limited Role of Legal Persuasion in Minimizing the Spread of the Human Immunodeficiency Virus" (1993), 9 *J. Contemp. Health L. & Pol'y* 167.

Elliot, Richard. *Criminal Law and HIV/AIDS: Final Report*. Montreal: Canadian HIV/AIDS Legal Network and Canadian AIDS Society, March 1997.

Great Britain. Law Commission. Consultation Paper No. 134. *Criminal Law: Consent and Offences against the Person*. London: H.M.S.O., 1994.

Halsbury's Laws of England, vol. 11(1), 4th ed. reissue. London: Butterworths, 1990.

Holland, Winifred H. "HIV/AIDS and the Criminal Law" (1994), 36 *Crim. L.Q.* 279.

Kenney, Stephen V. "Criminalizing HIV Transmission: Lessons from History and a Model for the Future" (1992), 8 *J. Contemp. Health L. & Pol'y* 245.

McGinnis, Janice Dickin. "Law and the Leprosies of Lust: Regulating Syphilis and AIDS" (1990), 22 *Ottawa L. Rev.* 49.

Mewett, Alan W., and Morris Manning. *Criminal Law*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1985.

Mewett & Manning on Criminal Law, 3rd ed. Toronto: Butterworths, 1994.

Code criminel, S.R.C. 1970, ch. C-34, art. 143 [abr. 1980-81-82-83, ch. 125, art. 6], 149 [mod. 1972, ch. 13, art. 70; abr. 1980-81-82-83, ch. 125, art. 8], 244 [abr. & rempl. 1974-75-76, ch. 93, art. 21].

Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 221, 265, 268, 273.2(b) [aj. 1992, ch. 38, art. 1], 274 à 278 [auparavant S.R.C. 1970, ch. C-34, art. 246.4 à 246.8].

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

Loi d'interprétation, L.R.C. (1985), ch. I-21, art. 45(2).

Doctrine citée

Boyle, Christine. «The Judicial Construction of Sexual Assault Offences». In Julian V. Roberts and Renate M. Mohr, eds., *Confronting Sexual Assault: A Decade of Legal and Social Change*. Toronto: University of Toronto Press, 1994, 136.

Boyle, Christine L. M. *Sexual Assault*. Toronto: Carswell, 1984.

Canada. Santé Canada. Laboratoire de lutte contre la maladie. Actualités du Bureau du VIH/sida et des MTS. «VIH et le sida au Canada», dans *Actualités en épidémiologie sur le VIH/sida*, novembre 1997.

Canada. Santé Canada. Laboratoire de lutte contre la maladie. Série de mises à jour du Bureau du VIH/sida et des MTS. «Utilisation des contraceptifs oraux et du condom», dans *Actualités en épidémiologie sur les MTS*, novembre 1997.

Dwyer, John M. «Legislating AIDS Away: The Limited Role of Legal Persuasion in Minimizing the Spread of the Human Immunodeficiency Virus» (1993), 9 *J. Contemp. Health L. & Pol'y* 167.

Elliot, Richard. *Droit criminel et VIH/sida: rapport final*. Montréal: Réseau juridique canadien VIH/sida et Société canadienne du sida, mars 1997.

États-Unis. Department of Health and Human Services. Centers for Disease Control and Prevention. National Center for Health Statistics. *Vital and Health Statistics: Fertility, Family Planning, and Women's Health — New Data From the 1995 National Survey of Family Growth*, Series 23: Data From the National Survey of Family Growth, No. 19. Hyattsville, Maryland: DHHS Publication, May 1997.

Grande-Bretagne. Law Commission. Consultation Paper No. 134. *Criminal Law: Consent and Offences against the Person*. London: H.M.S.O., 1994.

Halsbury's Laws of England, vol. 11(1), 4th ed. reissue. London: Butterworths, 1990.

Holland, Winifred H. «HIV/AIDS and the Criminal Law» (1994), 36 *Crim. L.Q.* 279.

Smith, John Cyril, and Brian Hogan. *Criminal Law*, 4th ed. London: Butterworths, 1978.

Stephen, Sir James Fitzjames. *A History of the Criminal Law of England*, vol. 2. London: MacMillan & Co., 1883.

Tierney, Thomas W. "Criminalizing the Sexual Transmission of HIV: An International Analysis" (1992), 15 *Hastings Int'l & Comp. L. Rev.* 475.

United States. Department of Health and Human Services. Centers for Disease Control and Prevention. National Center for Health Statistics. *Vital and Health Statistics: Fertility, Family Planning, and Women's Health — New Data From the 1995 National Survey of Family Growth*, Series 23: Data From the National Survey of Family Growth, No. 19. Hyattsville, Maryland: DHHS Publication, May 1997.

Watt, David. *The New Offences Against the Person: The Provisions of Bill C-127*. Toronto: Butterworths, 1984.

Kenney, Stephen V. «Criminalizing HIV Transmission: Lessons from History and a Model for the Future» (1992), 8 *J. Contemp. Health L. & Pol'y* 245.

McGinnis, Janice Dickin. «Law and the Leprosies of Lust: Regulating Syphilis and AIDS» (1990), 22 *R.D. Ottawa* 49.

Mewett, Alan W., and Morris Manning. *Criminal Law*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1985.

Mewett & Manning on Criminal Law, 3rd ed. Toronto: Butterworths, 1994.

Smith, John Cyril, and Brian Hogan. *Criminal Law*, 4th ed. London: Butterworths, 1978.

Stephen, Sir James Fitzjames. *A History of the Criminal Law of England*, vol. 2. London: MacMillan & Co., 1883.

Tierney, Thomas W. «Criminalizing the Sexual Transmission of HIV: An International Analysis» (1992), 15 *Hastings Int'l & Comp. L. Rev.* 475.

Watt, David. *The New Offences Against the Person: The Provisions of Bill C-127*. Toronto: Butterworths, 1984.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (1996), 83 B.C.A.C. 295, 136 W.A.C. 295, 141 D.L.R. (4th) 503, 111 C.C.C. (3d) 261, 3 C.R. (5th) 330, [1996] B.C.J. No. 2229 (QL), dismissing the Crown's appeal from the accused's acquittal on two charges of aggravated assault (1995), 26 W.C.B. (2d) 378. Appeal allowed and new trial ordered.

William F. Ehrcke, Q.C., for the appellant.

Douglas J. Stewart and Todd A. McKendrick, for the respondent.

Renee M. Pomerance, for the intervener the Attorney General for Ontario.

John G. Dives and Harbans K. Dhillon, for the intervener the British Columbia Civil Liberties Association.

Marlys Edwardh and Richard Elliott, for the interveners Canadian AIDS Society, Persons with AIDS Society of British Columbia and Canadian HIV/AIDS Legal Network.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (1996), 83 B.C.A.C. 295, 136 W.A.C. 295, 141 D.L.R. (4th) 503, 111 C.C.C. (3d) 261, 3 C.R. (5th) 330, [1996] B.C.J. No. 2229 (QL), qui a rejeté l'appel du ministère public contre l'acquiescement de l'accusé relativement à deux accusations de voies de fait graves (1995), 26 W.C.B. (2d) 378. Pourvoi accueilli et nouveau procès ordonné.

William F. Ehrcke, c.r., pour l'appelante.

Douglas J. Stewart et Todd A. McKendrick, pour l'intimé.

Renee M. Pomerance, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

John G. Dives et Harbans K. Dhillon, pour l'intervenante British Columbia Civil Liberties Association.

Marlys Edwardh et Richard Elliott, pour les intervenants Société canadienne du sida, Persons with AIDS Society of British Columbia et Réseau juridique canadien VIH/sida.

The following are the reasons delivered by

Version française des motifs rendus par

¹ L'HEUREUX-DUBÉ J. — This appeal must determine whether the accused's misrepresentation as to his HIV-positive status can nullify the complainants' apparent consent to sexual intercourse so as to bring the sexual activity in question within the scope of the *Criminal Code* offence of aggravated assault. I have read the different reasons of my colleagues, Justices Cory and McLachlin, and although I agree with the result that they both reach, I disagree with the respective routes that they take to reach that result. In particular, I disagree with McLachlin J.'s conclusion that Parliament did not intend to move away from the strict common law approach to the vitiation of consent by fraud in the assault context. Likewise, although I share Cory J.'s conclusion that Parliament did intend such a change, I cannot agree with the new test that he articulates to determine the additional circumstances in which fraud will vitiate consent.

LE JUGE L'HEUREUX-DUBÉ — Ce pourvoi nous oblige à déterminer si, dans la présente affaire, les fausses représentations de l'accusé quant à sa séropositivité peuvent annuler le consentement apparent des plaignantes à des rapports sexuels, de sorte que l'activité sexuelle en cause soit une infraction de voies de fait graves au sens du *Code criminel*. J'ai pris connaissance des divers motifs de mes collègues les juges Cory et McLachlin, et, bien que je sois d'accord avec le résultat auquel ils arrivent, je ne partage pas les voies que chacun emprunte pour y parvenir. En particulier, je ne partage pas la conclusion du juge McLachlin que le législateur n'a pas voulu s'écarter de la façon stricte dont la common law aborde la viciation du consentement par la fraude dans le contexte des voies de fait. De même, bien que je souscrive à la conclusion du juge Cory que le législateur a bel et bien voulu ce changement, je ne puis accepter le nouveau critère qu'il formule pour déterminer les autres circonstances dans lesquelles la fraude viciera le consentement.

² The central issue in this appeal is the interpretation to be given to the word "fraud" as it appears in s. 265(3)(c) of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46. As "fraud" is not defined in the assault scheme in the *Criminal Code*, it is left to the courts to interpret its meaning as it relates to consent to the application of force. Consistent with established principles of statutory interpretation, the interpretation of "fraud" in s. 265(3)(c) must give effect to the intention of Parliament, and it must be informed by an appreciation of the context of the *Criminal Code*, its purposes, and the particular objectives of the assault scheme to which the fraud provision relates.

La question centrale qui se pose, dans le présent pourvoi, est celle de l'interprétation à donner au mot «fraude» employé à l'al. 265(3)c) du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46. Comme le mot «fraude» n'est pas défini dans le régime des voies de fait établi par le *Code criminel*, il appartient aux tribunaux de l'interpréter au regard du consentement à l'emploi de la force. Conformément aux principes établis en matière d'interprétation législative, l'interprétation du mot «fraude» employé à l'al. 265(3)c) doit refléter l'intention du législateur et reposer sur une appréciation du contexte du *Code criminel*, de ses objets et des objectifs particuliers du régime des voies de fait visé par la disposition relative à la fraude.

³ Contrary to McLachlin J.'s interpretation of legislative intent, I agree with Cory J.'s conclusion that the 1983 amendment to the *Criminal Code*, in which the rape and indecent assault provisions were reconstituted as the offence of sexual assault, and the words "false and fraudulent representations as to the nature and quality of the act" were removed, evidences Parliament's intention to move

Contrairement à l'interprétation que le juge McLachlin donne de l'intention du législateur, je souscris à la conclusion du juge Cory que la modification apportée au *Code criminel* en 1983, qui a remanié les dispositions relatives au viol et à l'attentat à la pudeur de façon à créer l'infraction d'agression sexuelle, et qui a supprimé les mots «fausses et frauduleuses représentations sur la

away from the unreasonably strict common law approach to the vitiation of consent by fraud.

In further support of Cory J.'s conclusion, it is important also to appreciate the more general objectives of the 1983 amendments. Public pressure, based on dissatisfaction with the offences of indecent assault and rape, and the legal treatment of these issues, led to the 1983 amendments: C. Boyle, *Sexual Assault* (1984), at pp. 27-29. The amendments were not restricted to merely reclassifying indecent assault and rape as sexual assault, as McLachlin J. implies, but were aimed much more broadly at modernizing and sensitizing the law's approach to sexual offences, which are predominantly perpetrated by men against women. Included in the amendments was a provision abrogating the evidentiary rules relating to the doctrine of recent complaint in sexual assault cases (s. 275), a provision stating that corroboration of a complainant's testimony is no longer required in such cases in order to secure a conviction (s. 274), provisions restricting the evidentiary uses of a complainant's sexual history (s. 276) and sexual reputation (s. 277), and a provision repealing the marital exemption to sexual assault (s. 278).

The substantial overhaul that Parliament undertook with the 1983 amendments implies that it was dissatisfied with the traditional approach to sexual offences. This approach had been informed by the common law, as well as previous statutory codifications. In this context of discontent with the law's historical treatment of victims of sexual offences, and in light of the removal of the words "false and fraudulent representations as to the nature and quality of the act", it is clear that Parliament intended to move away from the traditional approach to fraud as it relates to consent in sexual assault offences.

nature et le caractère de l'acte», démontre l'intention du législateur de s'écarter de la façon excessivement stricte dont la common law aborde la viciation du consentement par la fraude.

Pour appuyer davantage la conclusion du juge Cory, il importe également d'apprécier les objectifs plus généraux des modifications de 1983. Les pressions du public fondées sur le mécontentement à l'égard des infractions d'attentat à la pudeur et de viol, et de la façon dont la loi traitait ces questions, ont conduit aux modifications de 1983: C. Boyle, *Sexual Assault* (1984), aux pp. 27 à 29. Ces modifications ne consistent pas seulement à remplacer les infractions d'attentat à la pudeur et de viol par l'infraction d'agression sexuelle, comme le laisse entendre le juge McLachlin, mais visent de façon beaucoup plus générale à moderniser et à adapter aux circonstances la façon dont le droit aborde les infractions d'ordre sexuel, qui sont surtout commises par des hommes contre des femmes. Elles comportent une disposition abrogeant les règles de preuve concernant la plainte spontanée dans les cas d'agression sexuelle (art. 275), une disposition prévoyant que la corroboration du témoignage d'un plaignant n'est plus nécessaire pour obtenir une déclaration de culpabilité dans ces cas (art. 274), des dispositions limitant l'utilisation en preuve du comportement sexuel passé du plaignant (art. 276) et de la réputation sexuelle (art. 277), ainsi qu'une disposition abolissant l'exception du conjoint en matière d'agression sexuelle (art. 278).

L'importante refonte entreprise par le législateur au moyen des modifications de 1983 laisse supposer qu'il était mécontent de la façon traditionnelle d'aborder les infractions d'ordre sexuel, qui s'inspirait de la common law et des codifications législatives antérieures. Dans ce contexte de mécontentement à l'égard de la façon dont le droit avait, dans le passé, traité les victimes d'infraction d'ordre sexuel, et compte tenu de la suppression des mots «fausses et frauduleuses représentations sur la nature et le caractère de l'acte», il est évident que le législateur a voulu s'écarter de la façon traditionnelle d'aborder la fraude liée au consentement en matière d'agression sexuelle.

4

5

6

The specific redrafting of the consent provision that occurred in 1983 lends further support to the conclusion that Parliament intended that a modified approach be taken to the issue of fraud and consent. Immediately prior to 1983, the general assault provision (R.S.C. 1970, c. C-34, s. 244) read as follows:

244. A person commits an assault when

(a) without the consent of another person or with consent, where it is obtained by fraud, he applies force intentionally to the person of the other, directly or indirectly;

The rape provision (s. 143) read as follows:

143. A male person commits rape when he has sexual intercourse with a female person who is not his wife,

(a) without her consent, or

(b) with her consent if the consent

(i) is extorted by threats or fear of bodily harm,

(ii) is obtained by personating her husband, or

(iii) is obtained by false and fraudulent representations as to the nature and quality of the act.

The indecent assault provision (s. 149) read as follows:

149. (1) Every one who indecently assaults a female person is guilty of an indictable offence and is liable to imprisonment for five years.

(2) An accused who is charged with an offence under subsection (1) may be convicted if the evidence establishes that the accused did anything to the female person with her consent that, but for her consent, would have been an indecent assault, if her consent was obtained by false and fraudulent representations as to the nature and quality of the act.

The new general assault provision, which applies to all of the assault offences, has integrated the dif-

La nouvelle rédaction, en particulier, de la disposition relative au consentement, en 1983, étaye davantage la conclusion que le législateur a voulu que l'on adopte une autre façon d'aborder la question de la fraude et du consentement. Voici comment se lisait, immédiatement avant 1983, la disposition générale en matière de voies de fait (S.R.C. 1970, ch. C-34, art. 244):

244. Commet des voies de fait, ou se livre à une attaque, quiconque

a) sans le consentement d'autrui, ou avec son consentement, s'il est obtenu par fraude, d'une manière intentionnelle, applique, directement ou indirectement, la force ou la violence contre la personne d'autrui;

La disposition concernant le viol (art. 143) se lisait ainsi:

143. Une personne de sexe masculin commet un viol en ayant des rapports sexuels avec une personne du sexe féminin qui n'est pas son épouse,

a) sans le consentement de cette personne du sexe féminin, ou

b) avec le consentement de cette dernière, si le consentement

(i) est arraché par des menaces ou par la crainte de lésions corporelles,

(ii) est obtenu en se faisant passer pour son époux, ou

(iii) est obtenu par de fausses et frauduleuses représentations sur la nature et le caractère de l'acte.

Le texte de la disposition relative à l'attentat à la pudeur (art. 149) était le suivant:

149. (1) Est coupable d'un acte criminel et passible d'un emprisonnement de cinq ans, quiconque attente à la pudeur d'une personne du sexe féminin.

(2) Un prévenu inculpé d'une infraction visée par le paragraphe (1) peut être déclaré coupable si la preuve établit que le prévenu a fait, à la personne du sexe féminin, avec son consentement, une chose qui, sans ce consentement, aurait constitué un attentat à la pudeur, lorsque son consentement a été obtenu par de fausses et frauduleuses représentations sur la nature et le caractère de l'acte.

La nouvelle disposition générale relative aux voies de fait, applicable à toutes les infractions de voies

ferent means of vitiating consent that were a part of the provisions that it replaced. It reads as follows:

265. (1) A person commits an assault when

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

. . . .

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

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

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

(c) fraud; or

(d) the exercise of authority.

An examination of the content of s. 265(3) is particularly significant when compared to the provisions that it replaced. First, it is clear that Parliament intended to expand the circumstances in which consent would be vitiated. Henceforth in the *Criminal Code's* treatment of assault or sexual offences, both the exercise of authority (s. 265(3)(d)), and the application of force, or the threat thereof, to a person other than the complainant (s. 265(3)(a) and (b)), were to be considered consent-vitiating factors. Implying that Parliament's intent was to permit a broader interpretation of the concept of "fraud" by enacting s. 265(3)(c) free of any qualifiers, is entirely consistent with the general thrust of s. 265(3).

Second, some significance must be attributed to the new way in which the vitiation of consent is conceived by s. 265(3). The old provisions state that an offence has still been committed even where consent was obtained, if that consent was obtained in a particular manner: i.e. through false and fraudulent representations as to the nature and quality of the act. But s. 265(3) does not state simply that actions are unlawful if consent was

de fait, a intégré les divers moyens de vicier le consentement, qui faisaient partie des dispositions qu'elle a remplacées:

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

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

. . . .

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

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

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

c) soit de la fraude;

d) soit de l'exercice de l'autorité.

L'examen du contenu du par. 265(3) est particulièrement révélateur quand on le compare aux dispositions qu'il remplace. Premièrement, il est évident que le législateur a voulu élargir les circonstances dans lesquelles le consentement est vicié. Désormais, en matière de voies de fait ou d'infractions d'ordre sexuel, le *Code criminel* considère comme des facteurs viciant le consentement tant l'exercice de l'autorité (al. 265(3)d) que l'emploi de la force ou la menace d'emploi de la force envers une autre personne que le plaignant (al. 265(3)a et b)). Il est tout à fait compatible avec la portée générale du par. 265(3) de présumer qu'en adoptant l'al. 265(3)c) sans l'assortir de réserves, le législateur a voulu permettre une interprétation plus large du concept de «fraude».

Deuxièmement, il faut accorder une certaine importance à la nouvelle façon dont le par. 265(3) conçoit la viciation du consentement. Suivant les anciennes dispositions, il y avait infraction même lorsqu'il y avait consentement, si ce consentement avait été obtenu d'une façon particulière, c.-à-d. par de fausses et frauduleuses représentations sur la nature et le caractère de l'acte. Le paragraphe 265(3), toutefois, ne prévoit pas simplement que

obtained under vitiating circumstances. Instead, s. 265(3) says that “no consent is obtained where the complainant submits or does not resist” because of the presence of one of the enumerated factors. (Emphasis added.) In their treatise *Mewett & Manning on Criminal Law* (3rd ed. 1994), at p. 789, A. W. Mewett and M. Manning suggest that this change is crucial and entails “a fundamental shift in the scope of operative fraud”, and is not just a perpetuation of the traditional approach to fraud in sexual assault contexts:

[W]e should no longer be concerned with whether there is consent and worry about whether it has been vitiated, but whether there has been submission or no resistance and worry about whether the reason for that submission or lack of resistance is fraud. This indicates that the inquiry under the new provisions is not, as it was under the old legislation, into whether there is any factor that negatives any consent *to that act*, but into whether there has been any submission or failure to resist by reason of any fraud. . . . [W]hat is relevant is not whether there has been any fraud going to the nature and quality of the act but whether there has been any fraud by reason of which the victim submitted or failed to resist, and surely those two things are very different. [Emphasis in original.]

9

McLachlin J. dismisses these substantial legislative developments as an “absence of evidence that Parliament discussed or considered the matter” (par. 51), and claims therefore that any modification of the existing common law beyond an incremental change amounts to unwarranted judicial interference with Parliament’s assigned role. On the contrary, there is ample evidence to justify the conclusion that Parliament changed the approach to be taken to fraud as it relates to consent in the assault context, thereby permitting the courts to perform their proper function of discerning Parliament’s intent in order to interpret this new legislative provision. While Cory J. accepts to a certain extent that Parliament intended to unburden the notion of fraud by removing the qualification that it must relate to the nature and quality of the act, he refuses to consider that the change was as significant and principled as, for example, Mewett and Manning suggest. Accordingly, it is with what

des actes sont illégaux si le consentement a été obtenu dans des circonstances qui ont pour effet de le vicier. Il précise plutôt que «ne constitue pas un consentement le fait pour le plaignant de se soumettre ou de ne pas résister» en raison de l’un des facteurs énumérés. (Je souligne.) Dans *Mewett & Manning on Criminal Law* (3^e éd. 1994), les auteurs affirment, à la p. 789, que ce changement est crucial et comporte [TRADUCTION] «un virage fondamental dans la portée de la fraude qui a un effet sur le consentement», et n’est pas simplement une perpétuation de la façon traditionnelle d’aborder la fraude en matière d’agression sexuelle:

[TRADUCTION] [I]l ne s’agit plus de se demander s’il y a consentement ni de savoir s’il a été vicié; il s’agit plutôt de savoir s’il y a eu soumission ou absence de résistance, et de chercher à savoir si cette soumission ou absence de résistance est due à la fraude. Cela indique que, en vertu des nouvelles dispositions, il s’agit non pas, comme c’était le cas auparavant, de se demander s’il existe un facteur qui annule tout consentement à *cet acte*, mais s’il y a eu soumission ou absence de résistance en raison d’une fraude quelconque. [. . .] [C]e qui importe, ce n’est pas de savoir s’il y a eu une fraude touchant la nature et le caractère de l’acte, mais plutôt s’il y a eu une fraude qui a amené la victime à se soumettre ou à ne pas résister, et ce sont sûrement deux choses fort différentes. [En italique dans l’original.]

Le juge McLachlin minimise ces changements législatifs importants vu l’«absence de preuve que le législateur a débattu ou étudié la question» (par. 51), et affirme, en conséquence, que toute modification de la common law existante qui va au-delà d’un changement progressif équivaut à une immixtion injustifiée des tribunaux dans le rôle du législateur. Il existe, au contraire, une preuve amplement suffisante pour conclure que le législateur a modifié la façon d’aborder la fraude liée au consentement en matière de voies de fait, ce qui permet aux tribunaux d’exercer leur fonction légitime de rechercher l’intention du législateur pour interpréter cette nouvelle disposition législative. Bien qu’il accepte jusqu’à un certain point que le législateur a voulu alléger la notion de fraude en supprimant le qualificatif de la nature et du caractère de l’acte, le juge Cory refuse de considérer que ce changement est aussi important et fondé sur des principes que l’affirment notamment Mewett et

Cory J. proposes to do with this newly liberated fraud provision, that I disagree. A further examination of the assault scheme as a whole and the objectives of the *Criminal Code* assault provisions will, in my view, demonstrate the reasons for taking a different approach to the interpretation of s. 265(3)(c).

Section 265 of the *Criminal Code* describes the general elements that underlie all of the assault offences, including assault, assault causing bodily harm, aggravated assault, sexual assault and aggravated sexual assault. The essence of all forms of assault, as laid out in s. 265, is the intentional, non-consensual application of force, or the threat thereof. "Force" can include any touching, no matter the degree of strength or power applied, and therefore is not only those physical acts designed to maim or cause injury. Where the application of force is consensual, there is no assault (except in limited circumstances such as those explained in *R. v. Jobidon*, [1991] 2 S.C.R. 714, which does not apply to this case). However, in certain situations, s. 265(3) operates to determine when, superficial appearances to the contrary, no consent has been obtained, thus precluding any defence of consent.

As can be seen from an examination of the underlying elements of assault, which form the basis of all of the assault provisions, the *Criminal Code* prohibition against the intentional and non-consensual application of force is very broadly constructed. Any unwanted touching by another, no matter how minimal the force that is applied, is criminal. The physical acts prohibited by the assault scheme include not only a punch in the face, or forced sexual intercourse at knife-point, but also placing one's hand on the thigh of the person sitting adjacent on the bus: see *R. v. Burden* (1981), 25 C.R. (3d) 283 (B.C.C.A.). Clearly, the purpose of the assault scheme is much broader than just the protection of persons from serious

Manning. Par conséquent, je ne saurais être d'accord avec le juge Cory en ce qui a trait à cette nouvelle forme libérée de disposition en matière de fraude. Un examen plus poussé de l'ensemble du régime des voies de fait et des objectifs visés par ces dispositions du *Code criminel* fait ressortir, à mon avis, les raisons qui justifient d'aborder différemment l'interprétation de l'al. 265(3)c).

L'article 265 du *Code criminel* décrit les éléments généraux qui sous-tendent toutes les infractions de voies de fait, y compris les voies de fait simples, les voies de fait causant des lésions corporelles, les voies de fait graves, l'agression sexuelle et l'agression sexuelle grave. L'emploi intentionnel de la force, sans le consentement de la victime, ou la menace d'un tel emploi de la force constituent, comme le précise l'art. 265, l'essence de toutes les formes de voies de fait. La «force» peut comprendre tout attouchement, quel que soit la force ou la puissance utilisée, et n'est donc pas limitée aux actes physiques destinés à mutiler ou à causer des blessures. Lorsque l'emploi de la force est consensuel, il n'y a pas de voies de fait (sauf dans des circonstances limitées comme celles expliquées dans l'arrêt *R. c. Jobidon*, [1991] 2 R.C.S. 714, qui ne s'applique pas en l'espèce). Cependant, dans certaines situations, le par. 265(3) a pour effet de déterminer quand, contrairement aux apparences, aucun consentement n'a été obtenu, écartant ainsi tout moyen de défense fondé sur le consentement.

Comme il ressort d'un examen des éléments sous-jacents des voies de fait, qui sont à la base de toutes les dispositions relatives aux voies de fait, l'interdiction au *Code criminel* de l'emploi intentionnel et non consensuel de la force est interprétée de façon très large. Tout attouchement non souhaité, quelque minime que soit la force employée, est criminel. Les actes physiques interdits par le régime des voies de fait comprennent non seulement le coup de poing au visage ou les rapports sexuels obtenus à la pointe d'un couteau, mais encore l'imposition de la main sur la cuisse de la personne qui occupe la place voisine dans un autobus: voir *R. c. Burden* (1981), 25 C.R. (3d) 283 (C.A.C.-B.). L'objectif du régime des voies de fait

10

11

physical harm. The assault scheme is aimed more generally at protecting people's physical integrity.

est nettement beaucoup plus large que la simple protection des personnes contre les blessures graves. Le régime des voies de fait vise, de façon plus générale, à protéger l'intégrité physique des gens.

12 Relatedly, the assault scheme is also about protecting and promoting people's physical autonomy, by recognizing each individual's power to consent, or to withhold consent, to any touching. The meaningfulness of the right to consent, and thus of the right to stipulate under which conditions a person wishes to be touched, is further protected by s. 265(3). In general, s. 265(3) lists factors that have the effect of making a person's consent to the application of force meaningless. Where those factors are present, a true expression of a complainant's autonomous will cannot be obtained. Parliament has recognized with s. 265(3), that in order to maximize the protection of physical integrity and personal autonomy, only consent obtained without negating the voluntary agency of the person being touched, is legally valid.

Le régime des voies de fait vise aussi, de façon connexe, à protéger et à promouvoir l'intégrité physique des gens en reconnaissant le pouvoir de chacun de consentir ou non à un attouchement. La signification du droit de consentir et, partant, du droit de préciser à quelles conditions une personne souhaite être touchée, est également protégée par le par. 265(3). De façon générale, le par. 265(3) énumère des facteurs qui ont pour effet de rendre le consentement d'une personne à l'emploi de la force sans aucune signification. Lorsque ces facteurs sont présents, l'expression véritable du libre arbitre d'un plaignant ne peut pas être obtenue. En adoptant le par. 265(3), le législateur a reconnu que, pour maximiser la protection de l'intégrité physique et de l'autonomie personnelle, seul le consentement obtenu avec la participation volontaire de la personne touchée est juridiquement valide.

13 Given these objectives of the *Criminal Code* assault scheme, and the important protections inherent in the individual's power to consent or deny consent, how should "fraud" be interpreted in relation to consent in s. 265(3)(c)? When interpreting s. 265(3)(c), it is important to keep in mind that it applies to consent to all forms of assault, not, for example, just sexual assault, or assault where there is potential or actual serious physical injury. The interpretation of the fraud provision, therefore, should be based on principles that are consistent across the different assault contexts. In this respect, I must expressly disagree with the approach taken by my colleague, Cory J. In my view, his interpretation of the fraud provision is inconsistent with such a principled approach to statutory interpretation.

Compte tenu de ces objectifs du régime des voies de fait établi dans le *Code criminel* et des protections importantes inhérentes au pouvoir d'une personne de donner ou de refuser son consentement, comment devrait-on interpréter la «fraude» que l'al. 265(3)c oppose au consentement? Lorsqu'on interprète l'al. 265(3)c, il est important de garder à l'esprit qu'il s'applique au consentement à toutes formes de voies de fait, et non pas, par exemple, uniquement à l'agression sexuelle ou aux voies de fait causant réellement ou pouvant causer des blessures graves. L'interprétation de la disposition relative à la fraude devrait donc être fondée sur des principes compatibles avec tous les différents contextes dans lesquels surviennent des voies de fait. À cet égard, je ne saurais être d'accord avec l'approche de mon collègue le juge Cory. Selon moi, son interprétation de la disposition relative à la fraude est incompatible avec cette méthode d'interprétation législative fondée sur des principes.

Cory J. states that, apart from the traditional common law approach where the fraud relates to “the nature and quality of the act”, fraud will only vitiate consent in the sexual assault context where an accused’s objectively dishonest act has “the effect of exposing the person consenting to a significant risk of serious bodily harm” (para. 128 (emphasis added)). Notwithstanding the fact that the accused in this appeal has been charged with aggravated assault and not sexual assault or aggravated sexual assault, in my view, my colleague’s test has the effect of creating a different interpretation of “fraud” depending on the sexual nature of the particular offence with which an accused has been charged. In my view, my colleague’s interpretation has the effect of undoing what Parliament accomplished with its 1983 amendment of the *Criminal Code*: it re-introduces, in the sexual assault context, artificial limitations as to when fraud will negate consent to physical contact. With respect, I cannot accept the correctness of such limitations, nor support reverting, once again, to the singular and differential treatment of sexual assault.

As I have explained, the assault scheme is very broad in its objectives to protect people’s physical integrity from unwanted physical contact, and to protect people’s personal autonomy to decide under what conditions they will consent to be touched. Section 265(3) provides further protection to ensure that when consent is obtained, that consent is a true reflection of a person’s autonomous will. Where fraud is concerned, Cory J. would limit its consent-vitiating effects to the traditional common law approach, and to those assault contexts where there is a “significant risk of serious bodily harm”. But that which is integral to a principled interpretation of fraud is its causal effect on consent, and the objectives of the assault scheme. Accordingly, it is appropriate to define fraud in terms of its relationship to consent, as well as to any and all forms of assault, and not just in terms

Le juge Cory affirme que, indépendamment de la conception traditionnelle de la common law suivant laquelle la fraude concerne «la nature et le caractère de l’acte», la fraude ne viciera le consentement en matière d’agression sexuelle que si l’acte objectivement malhonnête d’un accusé a «pour effet d’exposer la personne consentante à un risque important de lésions corporelles graves» (par. 128 (je souligne)). Nonobstant le fait qu’en l’espèce l’accusé a été inculpé de voies de fait graves, et non pas d’agression sexuelle ou d’agression sexuelle grave, j’estime que le test que propose mon collègue a pour effet de créer une interprétation différente de la «fraude» qui dépend de la nature sexuelle de l’infraction particulière pour laquelle un accusé a été mis en accusation. À mon avis, l’interprétation de mon collègue a pour effet d’abolir ce que le législateur a accompli en modifiant le *Code criminel* en 1983; elle réintroduit, dans le contexte de l’agression sexuelle, des restrictions artificielles dépendant des cas où la fraude annulera le consentement à un contact physique. En toute déférence, je ne puis accepter que ces restrictions soient correctes ni appuyer un retour, une fois de plus, au traitement particulier et différent de l’agression sexuelle.

Comme je l’ai expliqué, le régime des voies de fait a des objectifs très larges de protection de l’intégrité physique des gens contre les contacts physiques non souhaités, et de protection de leur autonomie personnelle de décider à quelles conditions ils consentiront à être touchés. Le paragraphe 265(3) offre une protection supplémentaire pour assurer que le consentement obtenu reflète vraiment le libre arbitre de la personne en cause. Lorsqu’il y a fraude, le juge Cory en limiterait les effets de nature à vicier le consentement à la conception traditionnelle de la common law, et aux contextes des voies de fait où il y a un «risque important de lésions corporelles graves». Mais l’effet causal de la fraude sur le consentement et les objectifs du régime des voies de fait font partie intégrante d’une interprétation de la fraude, qui soit fondée sur des principes. Par conséquent, il convient de définir la fraude en fonction de son lien avec le consentement de même qu’avec toutes les formes de voies de fait, et non pas seulement en fonction

of the proximity and severity of the risks associated with the acts for which consent is being given.

de la proximité et de la gravité des risques associés aux actes visés par le consentement.

¹⁶ In my view, considering the wording of s. 265(3)(c), as well as the objectives and context of the *Criminal Code* and the assault scheme, fraud is simply about whether the dishonest act in question induced another to consent to the ensuing physical act, whether or not that act was particularly risky and dangerous. The focus of the inquiry into whether fraud vitiated consent so as to make certain physical contact non-consensual should be on whether the nature and execution of the deceit deprived the complainant of the ability to exercise his or her will in relation to his or her physical integrity with respect to the activity in question. As Mewett and Manning, *supra*, explain at p. 789: “There must be a causal connection between the fraud and the submission” to the act. Where fraud is in issue, the Crown would be required to prove beyond a reasonable doubt that the accused acted dishonestly in a manner designed to induce the complainant to submit to a specific activity, and that absent the dishonesty, the complainant would not have submitted to the particular activity, thus considering the impugned act to be a non-consensual application of force. See C. Boyle, “The Judicial Construction of Sexual Assault Offences”, in J. V. Roberts and R. M. Mohr, eds., *Confronting Sexual Assault: A Decade of Legal and Social Change* (1994), 136, at p. 146; and Great Britain, Law Commission Consultation Paper No. 134, *Criminal Law: Consent and Offences against the Person* (1994), at pp. 51-52. The dishonesty of the submission-inducing act would be assessed based on the objective standard of the reasonable person. The Crown also would be required to prove that the accused knew, or was aware, that his or her dishonest actions would induce the complainant to submit to the particular activity. For a similar articulation of the elements of fraud, see *R. v. Théroux*, [1993] 2 S.C.R. 5, at pp. 25-26.

À mon avis, compte tenu du texte de l'al. 265(3)c), ainsi que des objectifs et du contexte du *Code criminel* et du régime des voies de fait, il y a fraude simplement si l'acte malhonnête en cause a incité une autre personne à consentir à un acte physique, peu importe que cet acte ait comporté ou non des risques ou des dangers particuliers. L'examen visant à déterminer si la fraude a vicié le consentement de manière à rendre non consensuel un certain contact physique devrait être axé sur la question de savoir si la nature et l'exécution de la supercherie ont privé le plaignant de la capacité d'exercer sa volonté relativement à son intégrité physique en ce qui concerne l'activité en question. Comme l'expliquent Mewett et Manning, *op. cit.*, à la p. 789: [TRADUCTION] «Il doit y avoir un lien de causalité entre la fraude et la soumission» à l'acte. Dans tout débat relatif à la fraude, le ministère public serait tenu de prouver hors de tout doute raisonnable que l'accusé a agi malhonnêtement de manière à inciter le plaignant à se soumettre à une activité précise, et qu'en l'absence de malhonnêteté le plaignant ne se serait pas soumis à l'activité en cause, considérant ainsi l'acte reproché comme étant un emploi non consensuel de la force. Voir C. Boyle, «The Judicial Construction of Sexual Assault Offences», dans J. V. Roberts et R. M. Mohr, dir., *Confronting Sexual Assault: A Decade of Legal and Social Change* (1994), 136, à la p. 146; et Grande-Bretagne, Law Commission Consultation Paper No. 134, *Criminal Law: Consent and Offences against the Person* (1994), aux pp. 51 et 52. La malhonnêteté de l'acte qui incite à la soumission serait évaluée en fonction de la norme objective de la personne raisonnable. Le ministère public serait aussi tenu de prouver que l'accusé savait ou était conscient que ses actes malhonnêtes inciteraient le plaignant à se soumettre à l'activité en cause. Pour un énoncé similaire des éléments de la fraude, voir *R. c. Théroux*, [1993] 2 R.C.S. 5, aux pp. 25 et 26.

¹⁷ In considering this case, the following facts would be sufficient to establish the objective dishonesty of the accused's actions, and to infer that

À l'examen de la présente affaire, les faits suivants seraient suffisants pour établir la malhonnêteté objective des actes de l'accusé et pour déduire

the accused knew that his actions induced the complainants' submission to unprotected sex: the accused knew that he was HIV-positive, he was aware of the contagious and life-threatening nature of the disease, he was advised by public health nurses to always wear a condom and inform his partners of his HIV-positive status, he expressed fears that disclosure of his status to potential partners would end his sex-life, he lied about his HIV-positive status to one of the complainants, and he failed to disclose it to the other complainant in circumstances that called for its disclosure.

In my view, this interpretation of fraud as it relates to consent has the effect of maximizing the individual's right to determine by whom, and under what conditions, he or she will consent to physical contact by another. This approach is also respectful of the legislative context because it can be applied with equal consistency to all of the assault offences to which the fraud provision relates.

An interpretation of fraud that focuses only on the sexual assault context, and which limits it only to those situations where a "significant risk of serious bodily harm" is evident, is unjustifiably restrictive. Such a particularization and limitation is nowhere present in the assault scheme, because Parliament removed any qualifications to the fraud provision as it relates to sexual assault. It must be noted that where sexual assault is concerned, those receiving the protection of the *Criminal Code* are overwhelmingly women. Limiting the definition of fraud in the sexual assault context in the way that Cory J. proposes is to potentially fall into the same trap as those people who believe that rape in the absence of physical "violence", where the complainant just froze and did not fight back or was unconscious, is not a serious crime. The essence of the offence, as I have stated, is not the presence of physical violence or the potential for serious bodily harm, but the violation of the complainant's physical dignity in a manner contrary to her autonomous will. That violation of physical dignity and personal autonomy is what justifies criminal sanction, and always has, irrespective of the risk or

que ce dernier savait que ses actes inciteraient la plaignante à se soumettre à des rapports sexuels non protégés: l'accusé savait qu'il était séropositif, il était conscient que cette maladie était contagieuse et mettait la vie d'autrui en danger, les infirmières hygiénistes lui ont conseillé de toujours porter le condom et d'informer ses partenaires de sa séropositivité, il s'est dit inquiet que la divulgation de son état de santé ne mette fin à sa vie sexuelle, il a menti à l'une des plaignantes au sujet sa séropositivité et ne l'a pas divulguée à l'autre plaignante dans des circonstances où il aurait dû le faire.

J'estime que cette interprétation de la fraude relative au consentement a pour effet de maximiser le droit d'un individu de déterminer à quelles conditions il consentira à un contact physique et avec qui ce contact aura lieu. Ce point de vue respecte également le contexte législatif parce qu'il peut s'appliquer avec la même logique à toutes les infractions de voies de fait visées par la disposition relative à la fraude.

Une interprétation de la fraude qui se concentre exclusivement sur le contexte de l'agression sexuelle et qui la confine aux seules situations où il existe manifestement un «risque important de lésions corporelles graves» est restrictive de façon injustifiable. On ne trouve nulle part dans le régime des voies de fait pareilles particularisation et restriction parce que le législateur a supprimé toute qualification de la disposition relative à la fraude dans la mesure où elle a trait à l'agression sexuelle. Il faut souligner qu'en matière d'agression sexuelle les personnes qui bénéficient de la protection du *Code criminel* sont en très grande majorité des femmes. Restreindre la définition de la fraude en matière d'agression sexuelle de la façon proposée par le juge Cory, c'est peut-être tomber dans le même piège que les gens qui croient que le viol n'est pas un crime grave lorsqu'il n'y a pas de «violence» physique, c'est-à-dire lorsque la plaignante est simplement restée figée et ne s'est pas débattue ou était inconsciente. Comme je l'ai dit, l'essence de l'infraction est non pas l'existence de violence physique ou d'un risque de lésions corporelles graves, mais la violation de la

18

19

degree of bodily harm involved. Why should fraud be defined more broadly in the commercial context, which is designed to protect property interests, than it is for sexual assault, which is one of the worst violations of human dignity?

dignité physique de la plaignante d'une façon contraire à son libre arbitre. Cette violation de la dignité physique et de l'autonomie personnelle est ce qui justifie et a toujours justifié une sanction pénale, indépendamment du risque ou de la gravité des lésions corporelles en cause. Pourquoi la définition de la fraude devrait-elle être plus large dans le contexte commercial où il est question de protéger des droits de propriété, qu'elle ne l'est pour l'agression sexuelle qui est l'une des pires atteintes à la dignité humaine?

20 Finally, my colleagues' examples of the types of trivial conduct that will be caught by this approach are grossly overstated. Cory J. downplays the limiting effect of the fact that a causal connection must be proven, to the imposing criminal standard, between the accused's dishonest act and his intention to induce the submission of the complainant. For instance, a mere misrepresentation as to a man's professional status, without proof that the man was aware that the complainant was submitting to sexual intercourse with him by reason of his lie, would not constitute sexual assault. See Mewett and Manning, *supra*, at pp. 789-90. Whether a complainant actually submitted to sexual intercourse by reason of an accused's fraud will necessarily depend on an examination of all of the factors, and can only be decided on a case-by-case basis.

Enfin, les exemples que cite mon collègue de types de conduite anodine qui seraient englobés par cette approche sont extrêmement exagérés. Le juge Cory minimise l'effet restrictif de l'obligation de prouver, suivant la norme criminelle exigeante, l'existence d'un lien de causalité entre l'acte malhonnête de l'accusé et son intention d'inciter le plaignant à se soumettre. À titre d'exemple, une simple déclaration inexacte quant au statut professionnel d'un homme, sans preuve que celui-ci savait que la plaignante se soumettait à des rapports sexuels avec lui en raison de son mensonge, ne constituerait pas une agression sexuelle. Voir Mewett et Manning, *op. cit.*, aux pp. 789 et 790. La question de savoir si un plaignant s'est réellement soumis à des rapports sexuels en raison de la fraude commise par un accusé dépendra nécessairement de l'examen de tous les facteurs et ne pourra être tranchée qu'en fonction des faits de chaque affaire.

21 McLachlin J.'s predictions are even more cataclysmic. Contrary to her assertion in para. 52, it is not "any deception or dishonesty" that will be criminalized by this approach. McLachlin J. argues that based on the approach to fraud that I have explained, henceforward the "implied consent inherent in the social occasion — the handshake or social buss — are transformed by fiat of judicial pen into crimes". But my approach to fraud will in no way catch such innocent conduct. The very notion of implied consent to touching that is inherent in the social occasion, and indeed, inherent in so many aspects of day to day life, is based on an understanding of social realities and a need for tolerance of a reasonable degree of incidental and

Les prédictions du juge McLachlin sont encore plus catastrophiques. Contrairement à son affirmation au par. 52, ce n'est pas «toute tromperie ou malhonnêteté» qui sera criminalisée par cette approche. Le juge McLachlin fait valoir que, suivant mon approche de la notion de fraude, le «consentement implicite inhérent à une rencontre sociale — poignée de main ou bise — est transformé par décision judiciaire en crime». Ma façon d'aborder la fraude ne s'appliquera aucunement à une telle conduite innocente. La notion même du consentement implicite à un attouchement, qui est inhérente à la rencontre sociale et, en fait, à de si nombreux aspects de la vie quotidienne, repose sur la compréhension des réalités sociales et la néces-

trivial contact. Whether or not a man is wearing a false moustache or a woman, alluring make-up, it is inconceivable that the Crown, were it foolish enough to prosecute a case of assault by handshake or social buss, would be capable of establishing beyond a reasonable doubt both that a complainant only consented to the physical contact by reason of the deception, and that the deception was employed with the knowledge and intention of inducing the submission of the complainant. In addition, the principle of *de minimis non curat lex*, that “the law does not concern itself with trifles” might apply in such a case: see *R. v. Hinchey*, [1996] 3 S.C.R. 1128, at para. 69, *per* L'Heureux-Dubé J. Furthermore, I cannot accept McLachlin J.'s criticism that the test suffers from imprecision and uncertainty due to the fact that the dishonesty of the act is to be assessed based on an objective standard. A majority of this Court has already accepted such an approach to the assessment of the dishonesty of the act in the criminal fraud context: see *Théroux, supra*, at p. 16, *per* McLachlin J.

Since Parliament has, through the assault provisions, granted broad protection to individual autonomy and physical integrity in order to guard everyone's right to decide under what conditions another may touch them, it is not for this Court to narrow this protection because it is afraid that it may reach too far into the private lives of individuals. One of those private lives presumably belongs to a complainant, whose feeling of having been physically violated, and fraudulently deprived of the right to withhold consent, warrants the protection and condemnation provided by the *Criminal Code*.

Subject to these reasons, I agree with my colleagues' disposition to allow the appeal and order a new trial.

The reasons of Gonthier and McLachlin JJ. were delivered by

sité de tolérer un degré raisonnable de contacts fortuits et anodins. Qu'un homme porte ou non une fausse moustache ou une femme, un maquillage attrayant, il est inconcevable que le ministère public, fût-il assez insensé pour tenter des poursuites pour voies de fait fondées sur une poignée de main ou une bise, puisse établir hors de tout doute raisonnable à la fois qu'un plaignant n'a consenti au contact physique que sous l'effet de la tromperie, et que l'auteur de la tromperie l'a utilisée sciemment dans le but d'amener le plaignant à se soumettre. En outre, le principe *de minimis non curat lex*, selon lequel «la loi ne s'occupe pas de choses insignifiantes», pourrait s'appliquer dans un tel cas: voir *R. c. Hinchey*, [1996] 3 R.C.S. 1128, au par. 69, le juge L'Heureux-Dubé. De plus, je ne saurais accepter la critique du juge McLachlin suivant laquelle le test est imprécis et incertain du fait que la malhonnêteté de l'acte doit être appréciée suivant une norme objective. Notre Cour à la majorité a déjà accepté une telle façon d'aborder l'appréciation de la malhonnêteté de l'acte dans le contexte d'une fraude criminelle: voir *Théroux, précité*, à la p. 16, le juge McLachlin.

Puisque le législateur a, au moyen des dispositions en matière de voies de fait, accordé une vaste protection à l'autonomie individuelle et à l'intégrité physique afin de sauvegarder le droit de chacun de décider à quelles conditions il peut être touché par autrui, il n'appartient pas à notre Cour de restreindre cette protection de crainte qu'elle aille trop loin dans la vie privée des gens. Un aspect de cette vie privée appartient à un plaignant dont le sentiment d'avoir été violé physiquement et privé frauduleusement du droit de refuser son consentement justifie la protection et la condamnation prévues par le *Code criminel*.

Sous réserve des présents motifs, je souscris à la décision de mes collègues d'accueillir le pourvoi et d'ordonner la tenue d'un nouveau procès.

Version française des motifs des juges Gonthier et McLachlin rendus par

MCLACHLIN J. —

I. Introduction

24 The respondent Cuerrier stands charged with aggravated assault contrary to s. 268 of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46. The charges were based on allegations that Cuerrier had unprotected sexual intercourse with two women whom he misled regarding his HIV-positive status. The Crown alleges that this constituted fraud that vitiated the women's consent and converted consensual sexual intercourse into assault.

25 For more than a century, the law has been settled; fraud does not vitiate consent to assault unless the mistake goes to the nature of the act or the identity of the partner. Fraud as to collateral aspects of a consensual encounter, like the possibility of contracting serious venereal disease, does not vitiate consent. On this appeal the Crown asks us to change this settled law. We are asked to rule that deceiving one's partner about the fact that one has HIV vitiates consent, converting consensual sex into assault.

26 My colleagues L'Heureux-Dubé J. and Cory J. propose new rules which would criminalize dishonestly obtained sex in a wide variety of circumstances. I sympathize with their goals. The venereal disease of HIV and the AIDS it causes are the cause of terrible suffering and death. The wrong done to a person who is deceived into having unprotected sexual intercourse by a lie about HIV status can be inestimable. However, I respectfully find the approaches they advocate are too broad, falling outside the power of the courts to make incremental changes to the common law. I propose a narrower extension limited to failure to disclose venereal disease.

II. The Legislation

Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46

265. (1) A person commits an assault when

LE JUGE MCLACHLIN —

I. Introduction

L'intimé Cuerrier est accusé de voies de fait graves au sens de l'art. 268 du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46. Les accusations reposent sur des allégations que Cuerrier a eu des rapports sexuels non protégés avec deux femmes qu'il avait induites en erreur au sujet de sa séropositivité. Le ministère public allègue que cela constitue une fraude qui a vicié le consentement de ces femmes et transformé en voies de fait des rapports sexuels consensuels.

Depuis plus d'un siècle, il est bien établi, en droit, que la fraude ne vicie le consentement à des voies de fait que si l'erreur porte sur la nature de l'acte ou sur l'identité du partenaire. La fraude relative à des aspects secondaires de relations consensuelles, comme la possibilité de contracter de graves maladies vénériennes, ne vicie pas le consentement. Dans le présent pourvoi, le ministère public nous demande de modifier le droit établi en décidant que le fait qu'une personne induise son partenaire en erreur sur sa séropositivité vicie le consentement donné et transforme les rapports sexuels consensuels en voies de fait.

Mes collègues les juges L'Heureux-Dubé et Cory proposent de nouvelles règles qui criminaliseraient l'obtention malhonnête de rapports sexuels dans toute une gamme de circonstances. Je comprends leurs objectifs. La maladie vénérienne du VIH et le sida qu'elle cause entraînent des souffrances terribles et la mort. La personne qui, à la suite d'un mensonge au sujet de la séropositivité, est amenée à avoir des rapports sexuels non protégés peut subir un tort incalculable. Toutefois, j'estime, en toute déférence, que le point de vue qu'ils préconisent est trop large et qu'il excède le pouvoir des tribunaux de modifier progressivement la common law. Je propose un élargissement plus restreint, limité au défaut de divulguer l'existence d'une maladie vénérienne.

II. Les dispositions législatives

Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46

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

27

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

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

(2) This section applies to all forms of assault, including sexual assault, sexual assault with a weapon, threats to a third party or causing bodily harm and aggravated sexual assault.

(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.

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

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

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

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

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

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

(c) fraud; or

c) soit de la fraude;

(d) the exercise of authority.

d) soit de l'exercice de l'autorité.

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

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

(2) Every one who commits an aggravated assault is guilty of an indictable offence and liable to imprisonment for a term not exceeding fourteen years.

(2) Quiconque commet des voies de fait graves est coupable d'un acte criminel et passible d'un emprisonnement maximal de quatorze ans.

III. The Issues

III. Les questions litigieuses

The first issue in this case is whether Parliament, in enacting s. 265(3) of the *Criminal Code*, intended to criminalize deceptive sexual conduct. If it did not, a second issue arises: whether the change sought is one the courts may properly make. I will consider each issue in turn.

La première question qui se pose en l'espèce est de savoir si, en adoptant le par. 265(3) du *Code criminel*, le législateur a voulu criminaliser la conduite sexuelle trompeuse. Dans la négative, une seconde question se pose, celle de savoir si les tribunaux peuvent à bon droit apporter la modification sollicitée? Je vais examiner ces questions à tour de rôle.

IV. Analysis

IV. Analyse

1. *Did Parliament Intend to Change the Law of Fraud for Sexual Assault?*

1. *Le législateur a-t-il voulu modifier la règle de la fraude en matière d'agression sexuelle?*

My colleagues L'Heureux-Dubé J. and Cory J. conclude that Parliament intended to remove the common law limitations on fraud for assault by

Mes collègues les juges L'Heureux-Dubé et Cory concluent qu'en modifiant le par. 265(3) du *Code criminel*, en 1983, le législateur a voulu sup-

amending s. 265(3) of the *Criminal Code* in 1983. With respect, I cannot agree.

primer les limites de la common law relativement à la fraude en matière de voies de fait. En toute déférence, je ne suis pas d'accord.

³⁰ Until 1983, the *Criminal Code* provided that consent to sexual intercourse was vitiated where it was obtained "by false and fraudulent representations as to the nature and quality of the act". This reflected the common law which confined fraud in assault to the nature of the act (i.e., was it sexual, or something else) and the identity of the partner: J. Smith and B. Hogan, *Criminal Law* (4th ed. 1978), at p. 355; *Halsbury's Laws of England* (4th ed. 1990), vol. 11(1), at para. 494; see also *R. v. Clarence* (1888), 22 Q.B.D. 23.

Jusqu'en 1983, le *Code criminel* prévoyait que le consentement à des rapports sexuels était vicié s'il était obtenu «par de fausses et frauduleuses représentations sur la nature et le caractère de l'acte». Cela reflétait la common law qui limitait la fraude en matière de voies de fait à la nature de l'acte (c'est-à-dire s'il était sexuel ou autre) ou à l'identité du partenaire: J. Smith et B. Hogan, *Criminal Law* (4^e éd. 1978), à la p. 355; *Halsbury's Laws of England* (4^e éd. 1990), vol. 11(1), au par. 494; voir aussi *R. c. Clarence* (1888), 22 Q.B.D. 23.

³¹ In 1983 Parliament amended the *Criminal Code*. The old offences of rape and indecent assault were redefined as sexual assault. A new consent provision, applying to all types of assault, sexual and non-sexual, was adopted.

En 1983, le législateur a modifié le *Code criminel*. Les anciennes infractions de viol et d'attentat à la pudeur ont été remplacées par l'infraction d'agression sexuelle. Une nouvelle disposition concernant le consentement, applicable à tous les types de voies de fait, sexuelles et non sexuelles, a été adoptée.

³² The question is whether by making this change, Parliament intended to broaden the offence of assault to make it a crime for a person who has a serious venereal disease like HIV to engage in unprotected sexual intercourse without disclosing the disease to his or her partner.

Il s'agit de décider si, en apportant cette modification, le législateur a voulu élargir l'infraction de voies de fait de sorte que commet un crime la personne qui, atteinte d'une grave maladie vénérienne comme le VIH, a des rapports sexuels non protégés sans divulguer cette maladie à son partenaire.

³³ In support of the argument that Parliament intended a radical departure from the traditional common law definition of fraud in assault offences, the appellant raises the wording of s. 265(3)(c) (fraud *simpliciter*) and the arbitrariness of limiting fraud to the nature and quality of the act. Against the argument, the respondent argues that the change in the wording is explained by the intent to group all assaults under one concept; that in the absence of clear words it cannot be presumed that Parliament intended to radically broaden the offence of assault; and that there are strong policy reasons, historically and today, for limiting fraud in the context of assault and sexual assault, making it highly improbable that Parlia-

À l'appui de l'argument que le législateur a voulu s'écarter radicalement de la définition traditionnelle de common law de la fraude en matière de voies de fait, l'appelante invoque le texte de l'al. 265(3)c) (la fraude simplement) et l'arbitraire de la limitation de la fraude à la nature et au caractère de l'acte. À l'encontre de cet argument, l'intimé fait valoir que le changement de formulation s'explique par l'intention de fondre toutes les voies de fait en une seule notion, qu'en l'absence de langage clair on ne saurait présumer que le législateur a voulu élargir radicalement l'infraction de voies de fait, et qu'il y a eu dans le passé et il y a encore aujourd'hui de solides raisons de principe de limiter la fraude en matière de voies de fait et d'agres-

ment would have changed the law without debating the issue.

I agree with the courts below (indeed all courts that have hitherto considered the issue since the adoption of the new definition of fraud), that the submission that Parliament intended to radically broaden the crime of assault by the 1983 amendments must be rejected. I approach the matter from the conviction that the criminalization of conduct is a serious matter. Clear language is required to create crimes. Crimes can be created by defining a new crime, or by redefining the elements of an old crime. When courts approach the definition of elements of old crimes, they must be cautious not to broaden them in a way that in effect creates a new crime. Only Parliament can create new crimes and turn lawful conduct into criminal conduct. It is permissible for courts to interpret old provisions in ways that reflect social changes, in order to ensure that Parliament's intent is carried out in the modern era. It is not permissible for courts to overrule the common law and create new crimes that Parliament never intended.

Against this background, I turn to what Parliament intended when it adopted a new definition of fraud for assault, including sexual assault, in 1983. Can the intent to radically broaden the crime of assault be inferred from the fact that Parliament omitted the old words "nature and quality of the act"? I think not.

First, the phrase "nature and quality of the act" did not state the law as it existed even before 1983. The criminal law of assault is an amalgam of the codified provisions of the *Criminal Code* and the uncodified common law. Prior to 1983, the *Code's* reference to indecent assault described the relevant concept of fraud as fraud as to the "nature and quality of the act". It said nothing about "identity". Yet Canadian courts for over a hundred years accepted that fraud as to identity could negate con-

sion sexuelle, de sorte qu'il est très improbable que le législateur aurait modifié le droit sans débattre la question.

Je suis d'accord avec les tribunaux d'instance inférieure (en fait, avec tous ceux qui, depuis l'adoption de la nouvelle définition de la fraude, ont jusqu'à présent étudié la question) pour dire qu'il faut rejeter l'argument selon lequel le législateur voulait, par les modifications de 1983, élargir radicalement le crime des voies de fait. Mon point de vue sur la question repose sur la conviction que la criminalisation d'une conduite est un sujet sérieux. La création d'un crime doit être exprimée en termes clairs. Il peut s'agir de la définition d'un nouveau crime ou de la redéfinition des éléments d'un ancien crime. Quand les tribunaux abordent la définition des éléments d'un ancien crime, ils doivent prendre garde de ne pas les élargir au point de créer un nouveau crime. Seul le législateur peut créer de nouveaux crimes et transformer une conduite légale en une conduite criminelle. Il est permis aux tribunaux de donner à d'anciennes dispositions une interprétation reflétant des changements sociaux, afin d'assurer que l'intention du législateur continue d'être réalisée à l'époque contemporaine. Il est inacceptable qu'ils écartent la common law pour créer de nouveaux crimes que le législateur n'a jamais voulu créer.

Dans ce contexte, je vais examiner quelle était l'intention du législateur lorsqu'il a adopté une nouvelle définition de la fraude applicable aux voies de fait, y compris l'agression sexuelle, en 1983. L'intention d'élargir radicalement le crime des voies de fait peut-elle se déduire du fait que le législateur a omis les anciens mots «la nature et le caractère de l'acte»? Je ne le crois pas.

Premièrement, les mots «la nature et le caractère de l'acte» ne représentaient pas l'état du droit même avant 1983. Le droit criminel en matière de voies de fait est un amalgame des dispositions codifiées du *Code criminel* et de la common law non codifiée. Avant 1983, la mention de l'attentat à la pudeur dans le *Code* décrivait la notion de fraude pertinente comme étant la fraude concernant «la nature et le caractère de l'acte». Il n'y était pas question d'«identité». Pourtant, pendant

34

35

36

sent, on the basis of the rule at common law. In 1983 Parliament removed the reference in the *Code* to the other case where the common law recognized fraud vitiating consent to sexual intercourse — fraud as to the nature and quality of the act. The reasonable inference is that Parliament supposed that just as the courts had read “identity” into the criminal law of sexual assault even though the *Code* did not mention it, so the courts would continue to read “nature and quality of the act” into the law even though it was not mentioned. To put it another way, Parliament must be supposed to have expected that the courts would continue to read the *Code* provisions on sexual assault against the background of the common law, unless it used language clearly indicating that it was altering the common law. There is nothing in s. 265 of the *Criminal Code* to indicate an intention to remove the common law limitations on fraud for assault.

plus d’un siècle, les tribunaux canadiens ont admis que la fraude relative à l’identité pouvait annihiler le consentement, compte tenu de la règle applicable en common law. En 1983, le législateur a retiré du *Code* la mention de l’autre cas où la common law reconnaissait que la fraude viciait le consentement à des rapports sexuels — la fraude relative à la nature et au caractère de l’acte. Il est raisonnable de déduire que le législateur a supposé que, tout comme ils avaient considéré que l’«identité» était englobée dans le droit criminel relatif à l’agression sexuelle, les tribunaux continueraient d’interpréter la loi comme incluant «la nature et le caractère de l’acte» même s’il n’en était pas fait mention. Autrement dit, il faut supposer que le législateur s’attendait que les tribunaux continueraient d’interpréter les dispositions du *Code* concernant l’agression sexuelle en fonction de la common law, à moins qu’il n’ait utilisé des mots indiquant clairement qu’il modifiait la common law. Rien dans l’art. 265 du *Code criminel* n’indique l’intention de supprimer les limites de la common law relativement à la fraude en matière de voies de fait.

³⁷ This conclusion is supported by the *Interpretation Act*, R.S.C., 1985, c. I-21, s. 45(2), which provides that an amending enactment shall not be deemed to involve a declaration of a change in the existing law. Section 45(2) reads:

45. . . .

(2) The amendment of an enactment shall not be deemed to be or to involve a declaration that the law under that enactment was or was considered by Parliament or other body or person by whom the enactment was enacted to have been different from the law as it is under the enactment as amended.

As such, the 1983 amendment of the assault provisions, which removed the qualifier “nature and quality of the act” from the type of fraud sufficient to vitiate consent, should not, in the absence of evidence to the contrary, be taken as a change in the law of assault.

Cette conclusion est étayée par le par. 45(2) de la *Loi d’interprétation*, L.R.C. (1985), ch. I-21, qui prévoit que la modification d’un texte législatif n’implique pas une déclaration que le droit existant a été modifié. Ce paragraphe se lit ainsi:

45. . . .

(2) La modification d’un texte ne constitue pas ni n’implique une déclaration portant que les règles de droit du texte étaient différentes de celles de sa version modifiée ou que le Parlement, ou toute autre autorité qui l’a édicté, les considérait comme telles.

Aussi la modification apportée en 1983 aux dispositions relatives aux voies de fait, qui a supprimé les mots «la nature et le caractère de l’acte» qui limitaient le type de fraude suffisant pour vicier le consentement, ne devrait pas, en l’absence de preuve contraire, être interprétée comme modifiant le droit applicable en matière de voies de fait.

³⁸ This conclusion is also supported by the rule that where a criminal statute is ambiguous, the interpretation that favours the accused is preferred:

Cette conclusion est également étayée par la règle voulant que, lorsqu’une loi en matière criminelle est ambiguë, il faille préférer l’interprétation

R. v. McIntosh, [1995] 1 S.C.R. 686, at paras. 29 and 60. If the intention of Parliament can be ascertained with reasonable precision, this rule has no place: *R. v. Deruelle*, [1992] 2 S.C.R. 663, at pp. 676-77. However, where, as in this case, real ambiguities are found, or doubts of substance arise, this established rule of construction applies: *Marcotte v. Deputy Attorney General for Canada*, [1976] 1 S.C.R. 108, at p. 115.

The jurisprudence, without exception, supports the view that Parliament intended to retain the common law definition of fraud for assault. This Court had this to say on the new wording of the fraud provision in *R. v. Jobidon*, [1991] 2 S.C.R. 714, at p. 739:

Parliament did not set foot into new territory when listing the four vitiating factors in s. 265(3). On the contrary it will be seen that, for the most part, that list merely concretized, and made more explicit, basic limits on the legal effectiveness of consent which had for centuries formed part of the criminal law in England and in Canada. Their expression in the Code did not reflect an intent to remove the existing body of common law which already described those limitations and their respective scope. The Code just spelled them out more clearly, in a general form. [Emphasis added.]

The issue in *Jobidon* was whether the courts could supplement the list of factors capable of vitiating consent in s. 265(3) on public policy grounds recognized at common law but not reflected in the wording of the *Code*. The Court held that s. 265(3) was not exhaustive and must be read together with the common law. *Jobidon* stands for the established proposition that the common law can supplement the provisions of the *Code*. It also stands for the proposition that the *Criminal Code*, s. 265(3), is a restatement of the common law and not an expansion of it. It does not support the view that the common law definition of fraud in the context of assault can be set aside in favour of the expansive definition of fraud used in the commercial context.

favorable à l'accusé: *R. c. McIntosh*, [1995] 1 R.C.S. 686, aux par. 29 et 60. Cette règle ne s'applique pas si l'intention du législateur peut être déterminée de manière assez précise: *R. c. Deruelle*, [1992] 2 R.C.S. 663, aux pp. 676 et 677. Toutefois, si, comme en l'espèce, il existe des ambiguïtés réelles ou des doutes sérieux, cette règle d'interprétation reconnue s'applique: *Marcotte c. Sous-procureur général du Canada*, [1976] 1 R.C.S. 108, à la p. 115.

La jurisprudence, sans exception, appuie le point de vue selon lequel le législateur a voulu conserver la définition de common law de la fraude en matière de voies de fait. Notre Cour s'est exprimée en ces termes sur le nouveau libellé de la disposition relative à la fraude, dans *R. c. Jobidon*, [1991] 2 R.C.S. 714, à la p. 739:

Le législateur ne s'est pas engagé dans un domaine vierge lorsqu'il a énuméré, au par. 265(3), les quatre facteurs qui vicient le consentement. Au contraire, nous verrons qu'en majeure partie cette liste a simplement concrétisé, et rendu plus explicites, les limites fondamentales de l'effet juridique du consentement que reconnaissaient depuis des siècles, le droit criminel en Angleterre et au Canada. Les dispositions du Code à ce sujet n'exprimaient pas l'intention de supprimer l'ensemble des règles de common law qui décrivaient déjà ces limites et leur portée respective. Le Code se contentait de les énoncer plus clairement, d'une manière générale. [Je souligne.]

La question en litige dans l'arrêt *Jobidon* était de savoir si les tribunaux pouvaient compléter la liste que donne le par. 265(3) des facteurs susceptibles de vicier le consentement, pour des raisons d'intérêt public reconnues en common law mais non reflétées dans le libellé du *Code*. La Cour a décidé que le par. 265(3) n'était pas exhaustif et devait s'interpréter conjointement avec la common law. L'arrêt *Jobidon* permet d'affirmer que la common law peut compléter les dispositions du *Code*. Il permet aussi d'affirmer que le par. 265(3) du *Code criminel* reprend la common law sans toutefois l'élargir. Il n'étaye pas le point de vue selon lequel la définition donnée par la common law à la fraude en matière de voies de fait peut être écartée au profit de la définition large de la fraude utilisée dans le contexte commercial.

40 Other courts that have considered the meaning of “fraud” under s. 265(3) since the 1983 amendments have concluded that Parliament cannot be taken to have intended to change the existing law of fraud in assault: *R. v. Petrozzi* (1987), 35 C.C.C. (3d) 528 (B.C.C.A.); *R. v. Ssenyonga* (1993), 81 C.C.C. (3d) 257 (Ont. Ct. (Gen. Div.)). All the judges in the courts below who considered this issue in this case were unanimous in the same view.

41 I conclude that the 1983 amendments to the *Criminal Code* did not oust the common law governing fraud in relation to assault. The common law continues to inform the concept of fraud in s. 265(3)(c) of the *Criminal Code*.

2. *Is it Appropriate for this Court to Change the Law?*

42 Parliament has not changed the common law definition of fraud in relation to assault. This leaves the question of whether this Court should do so.

43 This Court has established a rule for when it will effect changes to the common law. It will do so only where those changes are incremental developments of existing principle and where the consequences of the change are contained and predictable: *Watkins v. Olafson*, [1989] 2 S.C.R. 750; *R. v. Salituro*, [1991] 3 S.C.R. 654; *R. v. Seaboyer*, [1991] 2 S.C.R. 577; *Winnipeg Child and Family Services (Northwest Area) v. G. (D.F.)*, [1997] 3 S.C.R. 925; *Bow Valley Husky (Bermuda) Ltd. v. Saint John Shipbuilding Ltd.*, [1997] 3 S.C.R. 1210. As Iacobucci J. stated in *Salituro*, at p. 670:

... in a constitutional democracy such as ours it is the legislature and not the courts which has the major responsibility for law reform; and for any changes to the law which may have complex ramifications, however necessary or desirable such changes may be, they should be left to the legislature. The judiciary should confine itself to those incremental changes which are necessary to keep the common law in step with the dynamic and evolving fabric of our society.

D’autres cours qui ont étudié le sens du mot «fraude» employé au par. 265(3) depuis les modifications de 1983 ont conclu que l’on ne saurait considérer que le législateur a voulu modifier la règle existante de la fraude en matière d’agression sexuelle: *R. c. Petrozzi* (1987), 35 C.C.C. (3d) 528 (C.A.C.-B.); *R. c. Ssenyonga* (1993), 81 C.C.C. (3d) 257 (C. Ont. (Div. gén.)). Les juges des tribunaux d’instance inférieure qui ont examiné cette question en l’espèce ont tous exprimé le même avis.

Je conclus que les modifications apportées au *Code criminel* en 1983 n’ont pas écarté la common law applicable à la fraude en matière de voies de fait. La notion de fraude figurant à l’al. 265(3)c) du *Code criminel* continue de s’inspirer de la common law.

2. *Convient-il que notre Cour modifie le droit applicable?*

Le législateur n’a pas modifié la définition de common law de la fraude en matière de voies de fait. Il reste à savoir si notre Cour devrait le faire.

Notre Cour a établi une règle pour décider dans quels cas elle va modifier la common law. Elle ne le fera que lorsque ces modifications représentent une évolution progressive d’un principe existant et que leurs conséquences sont circonscrites et prévisibles: *Watkins c. Olafson*, [1989] 2 R.C.S. 750; *R. c. Salituro*, [1991] 3 R.C.S. 654; *R. c. Seaboyer*, [1991] 2 R.C.S. 577; *Office des services à l’enfant et à la famille de Winnipeg (région du Nord-Ouest) c. G. (D.F.)*, [1997] 3 R.C.S. 925; *Bow Valley Husky (Bermuda) Ltd. c. Saint John Shipbuilding Ltd.*, [1997] 3 R.C.S. 1210. Comme l’a affirmé le juge Iacobucci dans l’arrêt *Salituro*, à la p. 670:

... en régime de démocratie constitutionnelle comme le nôtre, c’est le législateur et non les tribunaux qui assume, quant à la réforme du droit, la responsabilité principale; et tout changement qui risquerait d’entraîner des conséquences complexes devrait, aussi nécessaire ou souhaitable soit-il, être laissé au législateur. Le pouvoir judiciaire doit limiter son intervention aux changements progressifs nécessaires pour que la common law suive l’évolution et le dynamisme de la société.

The question is whether the change to the common law sought in this case falls within this test.

(a) The Courts Should Not Make the Broad Extensions to the Law of Sexual Assault Proposed by L'Heureux-Dubé J. and Cory J.

In my respectful view, the broad changes proposed by L'Heureux-Dubé J. and Cory J. do not constitute an incremental development of this common law. Rather, they amount to abandoning the common law rule and substituting new principles in its place.

Both L'Heureux-Dubé J. and Cory J. start from the premise that Parliament in 1983 intended to repeal the common law definition of fraud for assault. They divide sharply, however, on what Parliament intended to put in its place. Cory J. says Parliament intended the definition of commercial fraud to apply, subject to limitations. L'Heureux-Dubé J., by contrast, says that Parliament intended any deceit inducing consent to suffice. This divergence illustrates that when judges depart from the rule of incremental change to the common law, they face not only the charge that they are stepping outside the proper constitutional role of the courts, but also the practical problem of finding a new principle to put in place of the existing common law rule. Often the new principle is difficult to find and when found, proves to be an ill fit. This leads to complex ramifications, both on the theoretical and practical level. This case is no exception.

The commercial concept of fraud endorsed by Cory J. in principle vitiates consent to contact whenever there is: (1) deception; resulting in, (2) deprivation. The element of deception is satisfied by the failure to disclose. The element of deprivation is satisfied by exposure to the risk of harm.

The problem with this theory is that failure to disclose virtually any known risk of harm would potentially be capable of vitiating consent to sex-

Il s'agit de décider si le changement de la common law sollicité dans le présent pourvoi satisfait à ce critère.

a) Les tribunaux ne devraient pas apporter au droit en matière d'agression sexuelle les modifications générales proposées par les juges L'Heureux-Dubé et Cory

En toute déférence, j'estime que les modifications générales proposées par les juges L'Heureux-Dubé et Cory ne constituent pas un changement progressif de la common law. Elles représentent plutôt un remplacement de la règle de common law par de nouveaux principes.

Tant le juge L'Heureux-Dubé que le juge Cory tiennent pour acquis, au départ, que le législateur a voulu abroger, en 1983, la définition de common law de la fraude en matière de voies de fait. Leurs opinions divergent nettement, toutefois, sur ce que le législateur entendait lui substituer. Pour le juge Cory, le législateur a voulu que la définition de la fraude commerciale s'applique, sous certaines réserves. Par contre, le juge L'Heureux-Dubé affirme que le législateur avait à l'esprit toute supercherie qui incite à consentir. Cette divergence montre que, lorsque les juges dérogent à la règle du changement progressif de la common law, ils s'exposent non seulement au risque de se voir reprocher de s'écarter de la fonction constitutionnelle légitime des tribunaux, mais encore à la difficulté pratique de remplacer la règle de common law par un nouveau principe. Souvent le nouveau principe est difficile à trouver et une fois trouvé, s'avère inadéquat. Cela a des conséquences complexes tant sur le plan théorique que sur le plan pratique. La présente affaire ne fait pas exception.

Selon le concept de la fraude commerciale que préconise le juge Cory, le consentement à tout contact est en principe vicié s'il y a (1) tromperie entraînant (2) privation. Il y a tromperie s'il y a omission de divulguer. Il y a privation s'il y a exposition au risque de préjudice.

Le problème que pose cette thèse c'est que l'omission de divulguer pratiquement n'importe quel risque connu de préjudice serait susceptible

44

45

46

47

ual intercourse. The commercial fraud theory of consent offers no principled rationale for allowing some risks to vitiate consent to sex but excluding others. For example, pregnancy may be regarded as a deprivation in some circumstances, as may be the obligation to support a child. It follows that lying about sterility or the effectiveness of birth control may constitute fraud vitiating consent. To take another example, lies about the prospect of marriage or false declarations of affection inducing consent, carry the risk of psychological suffering, depression and other consequences readily characterized as deprivation. The proposed rule thus has the potential to criminalize a vast array of sexual conduct. Deceptions, small and sometimes large, have from time immemorial been the by-product of romance and sexual encounters. They often carry the risk of harm to the deceived party. Thus far in the history of civilization, these deceptions, however sad, have been left to the domain of song, verse and social censure. Now, if the Crown's theory is accepted, they become crimes.

de vicier le consentement à des rapports sexuels. La thèse de la fraude commerciale en matière de consentement n'offre aucune raison fondée sur des principes de permettre que certains risques vicient le consentement à des rapports sexuels, mais non d'autres. Par exemple, la grossesse peut être considérée comme une privation dans certaines circonstances, tout comme l'obligation de subvenir aux besoins d'un enfant. Il s'ensuit que le mensonge au sujet de la stérilité ou de l'efficacité d'un moyen de contraception peut constituer une fraude viciant le consentement. De même, les mensonges au sujet de l'éventualité d'un mariage ou les fausses déclarations d'amour incitant à consentir risquent d'entraîner des souffrances morales, la dépression et d'autres conséquences pouvant facilement être qualifiées de privation. La règle proposée est donc susceptible de criminaliser une large gamme de comportements sexuels. Des tromperies mineures et parfois majeures accompagnent, de temps immémorial, les idylles et les relations sexuelles. Elles comportent souvent un risque de préjudice pour la personne trompée. Jusqu'à ce jour dans l'histoire des civilisations, ces tromperies, si tristes soient-elles, ont inspiré des chansons, des poèmes et la réprobation sociale. Maintenant, si la thèse du ministère public est acceptée, on en fait des crimes.

48

Cory J., recognizing the overbreadth of the theory upon which he founds his reasons, attempts to limit it by introducing an *ad hoc* qualifier: there must be a "significant risk of serious bodily harm" before consent is vitiated. This limitation, far from solving the problem, introduces new difficulties. First, it contradicts the general theory that deception coupled with risk of deprivation suffices to vitiate consent. A new theory is required to explain why some, but not all kinds of fraud, convert consensual sex into assault. Yet none is offered. Second, it introduces uncertainty. When is a risk significant enough to qualify conduct as criminal? In whose eyes is "significance" to be determined — the victim's, the accused's or the judge's? What is the ambit of "serious bodily harm"? Can a bright line be drawn between psychological harm and bodily harm, when the former may lead to depression, self-destructive behaviour and in extreme

Reconnaissant la portée excessive de la thèse sur laquelle reposent ses motifs, le juge Cory essaie de la limiter en ajoutant une réserve particulière: il doit y avoir un «risque important de lésions corporelles graves» pour que le consentement soit vicié. Cette restriction, loin de régler le problème, soulève de nouvelles difficultés. Premièrement, elle contredit la thèse générale selon laquelle la tromperie conjuguée au risque de privation suffit pour vicier le consentement. Une autre thèse est nécessaire pour expliquer pourquoi seulement certains types de fraude transforment des rapports sexuels consensuels en voies de fait. Pourtant aucune n'est présentée. Deuxièmement, cette restriction cause une incertitude. Dans quels cas le risque est-il assez important pour qu'une conduite soit qualifiée de criminelle? Aux yeux de qui l'«importance» doit-elle être déterminée — ceux de la victime, de l'accusé ou du juge? Quelle est la portée des mots

cases suicide? The criminal law must be certain. If it is uncertain, it cannot deter inappropriate conduct and loses its *raison d'être*. Equally serious, it becomes unfair. People who believe they are acting within the law may find themselves prosecuted, convicted, imprisoned and branded as criminals. Consequences as serious as these should not turn on the interpretation of vague terms like "significant" and "serious". Finally, Cory J.'s limitation of the new crime to significant and serious risk of harm amounts to making an *ad hoc* choice of where the line between lawful conduct and unlawful conduct should be drawn. This Court, *per* Lamer C.J., has warned that making *ad hoc* choices is properly the task of the legislatures, not the courts: *Schachter v. Canada*, [1992] 2 S.C.R. 679, at p. 707.

Another cause for concern is that the extension of the criminal law of assault proposed by Cory J. represents a curtailment of individual liberty sufficient to require endorsement by Parliament. The equation of non-disclosure with lack of consent oversimplifies the complex and diverse nature of consent. People can and do cast caution to the winds in sexual situations. Where the consenting partner accepts the risk, non-disclosure cannot logically vitiate consent. Non-disclosure can vitiate consent only where there is an assumption that disclosure will be made, and that if HIV infection were disclosed, consent would be refused. Where a person consents to take a risk from the outset, non-disclosure is irrelevant to consent. Yet the proposed test would criminalize non-disclosure nonetheless. This effectively writes out consent as a defence to sexual assault in such cases. The offence of sexual assault is replaced by a new

«lésions corporelles graves»? Est-il possible d'établir une ligne de démarcation claire entre le préjudice psychologique et les lésions corporelles, compte tenu du fait que le premier peut entraîner la dépression, un comportement autodestructeur et, dans certains cas extrêmes, le suicide? La certitude est essentielle au droit criminel. S'il est incertain, il ne peut pas dissuader d'adopter un comportement inapproprié et perd sa raison d'être. Et ce qui est tout aussi grave, il devient inéquitable. Des personnes qui croient agir conformément à la loi peuvent se retrouver poursuivies, déclarées coupables, emprisonnées et étiquetées comme criminels. Des conséquences aussi sérieuses ne doivent pas dépendre de l'interprétation de mots vagues comme «important» et «grave». Finalement, en limitant le nouveau crime aux cas comportant un risque important de préjudice, le juge Cory fait un choix particulier quant à savoir où devrait être tracée la ligne de démarcation entre ce qui est légal et ce qui est illégal. Notre Cour, par l'intermédiaire du juge en chef Lamer, a prévenu qu'il appartient au législateur et non aux tribunaux de faire des choix particuliers: *Schachter c. Canada*, [1992] 2 R.C.S. 679, à la p. 707.

Un autre sujet de préoccupation réside dans le fait que l'élargissement du droit criminel en matière de voies de fait, proposé par le juge Cory, représente une réduction de la liberté individuelle suffisante pour nécessiter la sanction du législateur. L'assimilation de la non-divulgence à l'absence de consentement simplifie à l'extrême la nature complexe et variée du consentement. Dans leur vie sexuelle, il peut arriver et il arrive que les gens fassent fi de toute prudence. Quand le partenaire consentant accepte le risque, la non-divulgence ne peut pas logiquement vicier le consentement. La non-divulgence ne peut vicier le consentement que dans les cas où l'on suppose qu'il y aurait divulgation et que le consentement serait refusé si la séropositivité était divulguée. Quand une personne consent à courir un risque au départ, la non-divulgence n'est pas pertinente pour ce qui est du consentement. Le critère proposé criminaliserait néanmoins la non-divulgence. Cela a pour effet d'écarter le consentement comme moyen de défense contre l'accusation d'agression

offence — the offence of failure to disclose a serious risk.

sexuelle en pareil cas. L'infraction d'agression sexuelle est remplacée par une nouvelle infraction — l'infraction d'omission de divulguer un risque grave.

50

Another way of putting the same point is to say that Cory J.'s approach omits the requirement that the fraud must induce the consent. At common law, fraud as to the nature of the act vitiates consent only if it induces the consent. By saying that non-disclosure itself suffices to vitiate consent, the causal requirement is eliminated. The defendant is guilty even in cases where the complainant would have consented anyway. This leads to the further problem that there would appear to be no deprivation, as required for commercial fraud, on which Cory J.'s theory is supposedly founded. Criminal liability is generally imposed only for conduct which causes injury to others or puts them at risk of injury. Yet on Cory J.'s theory of criminal liability for sex without disclosure, criminal liability could be imposed for conduct that is causally unrelated to harm or risk of harm. This in turn creates problems with respect to *mens rea* and raises the possibility that the new crime may violate the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

Autrement dit, la solution du juge Cory ne tient pas compte de l'exigence que la fraude incite à consentir. En common law, la fraude concernant la nature de l'acte ne vicie le consentement que si elle incite à consentir. Si l'on dit que la non-divulgateion est suffisante en soi pour vicier le consentement, l'exigence de causalité est supprimée. Le défendeur serait coupable même dans le cas où le plaignant aurait consenti de toute façon. L'autre problème qui résulterait serait l'absence apparente de la privation, requise en matière de fraude commerciale, sur laquelle la thèse du juge Cory est censée reposer. La responsabilité criminelle n'est généralement imputée que pour la conduite qui cause ou risque de causer des blessures à autrui. Pourtant, selon la thèse du juge Cory concernant la responsabilité criminelle pour les rapports sexuels sans divulgation, une telle responsabilité pourrait être imputée pour une conduite n'ayant aucun lien de causalité avec un préjudice ou un risque de préjudice. Cela engendre, à son tour, des problèmes de *mens rea* et soulève la possibilité que le nouveau crime viole la *Charte canadienne des droits et libertés*.

51

L'Heureux-Dubé J. correctly identifies the theoretical and practical indefensibility of introducing commercial notions of fraud and then limiting them on an *ad hoc* basis. Having concluded that Parliament intended to repeal the common law rule that fraud vitiating consent in assault is limited to the nature and quality of the act, she endorses a new, unqualified view of fraud as any deceit inducing consent to contact. This new definition of fraud is said to be based on the "objectives and context of . . . the assault scheme" under the *Criminal Code*, despite the absence of evidence that Parliament discussed or considered the matter. On the assumption that Parliament intended to broaden the provisions — indeed to throw them wide open — it is concluded that "fraud is simply about whether the dishonest act in question induced

Le juge L'Heureux-Dubé souligne à juste titre qu'il est indéfendable, sur les plans théorique et pratique, de recourir à des notions de fraude commerciale, pour ensuite les limiter en fonction de chaque cas particulier. Ayant conclu que le législateur a voulu abroger la règle de common law selon laquelle seule la fraude concernant la nature et le caractère de l'acte viciait le consentement en matière de voies de fait, elle prône une nouvelle conception qui n'est assortie d'aucune réserve et selon laquelle toute supercherie incitant à consentir à un contact constitue une fraude. Cette nouvelle définition de la fraude est basée, dit-elle, sur les «objectifs et [le] contexte [...] du régime des voies de fait» établi par le *Code criminel*, malgré l'absence de preuve que le législateur a débattu ou étudié la question. En supposant que le législateur

another to consent to the ensuing physical act” (para. 16).

The first difficulty with this position is that it involves an assumption of Parliamentary intent to change the common law of fraud for assault that is not, as I argue earlier, valid. The second difficulty is that this approach vastly extends the offence of assault. Henceforward, any deception or dishonesty intended to induce consent to touching, sexual or non-sexual, vitiates the consent and makes the touching a crime. Social touching hitherto rendered non-criminal by the implied consent inherent in the social occasion — the handshake or social buss — are transformed by fiat of judicial pen into crimes, provided it can be shown that the accused acted dishonestly in a manner designed to induce consent, and that the contact was, viewed objectively, induced by deception. No risk need be established, nor is there any qualifier on the nature of the deception. Will alluring make-up or a false moustache suffice to render the casual social act criminal? Will the false promise of a fur coat used to induce sexual intercourse render the resultant act a crime? The examples are not frivolous, given the absence of any qualifiers on deception. A third difficulty is that this approach, like that of Cory J., suffers from imprecision and uncertainty. The test is said to be objective. Yet what constitutes deception is by its very nature highly subjective. One person’s blandishment is another person’s deceit, and on this theory, crime.

Not only is the proposed extension of the law sweeping, it is unprecedented. We have been told of no courts or legislatures in this or other countries that have gone so far. To the extent that Canadian law has criminalized deception, it has done so only where the deception results in actual harm or

a voulu élargir les dispositions — voire en supprimer toute limite —, elle conclut qu’«il y a fraude simplement si l’acte malhonnête en cause a incité une autre personne à consentir à un acte physique» (par. 16).

La première difficulté que soulève ce point de vue est qu’il suppose notamment que le législateur a voulu changer la common law régissant la fraude en matière de voies de fait, laquelle supposition n’est pas valide, comme je l’ai fait valoir antérieurement. La deuxième difficulté réside dans le fait que ce point de vue élargit considérablement l’infraction de voies de fait. Désormais, toute tromperie ou malhonnêteté destinée à inciter à consentir à un attouchement sexuel ou autre vicie le consentement et en fait un crime. L’attouchement social qui, jusque-là, était non criminel en raison du consentement implicite inhérent à une rencontre sociale — poignée de main ou bise — est transformé par décision judiciaire en crime, pourvu qu’il soit possible de démontrer que l’accusé a agi malhonnêtement de manière à inciter à consentir et que le contact a, objectivement parlant, résulté de la tromperie. Il n’est pas nécessaire d’établir l’existence d’un risque et la nature de la tromperie ne fait pas non plus l’objet d’une restriction. Le maquillage attrayant ou la fausse moustache suffiront-ils pour criminaliser un acte social fortuit? La fausse promesse d’un manteau de fourrure destinée à inciter à avoir des rapports sexuels fera-t-elle de l’acte résultant un crime? Ces exemples ne sont pas superficiels, étant donné l’absence de toute restriction attachée à la tromperie. Une troisième difficulté réside dans le fait que cette solution, à l’instar de celle du juge Cory, est imprécise et incertaine. On dit que ce critère est objectif. Or, la tromperie est, de par sa nature même, très subjective. Ce qui est flatterie pour une personne est supercherie pour une autre personne, et un crime, selon cette thèse.

Non seulement l’élargissement du droit proposé est-il radical, mais encore il est sans précédent. On ne nous a mentionné aucun tribunal ni aucune assemblée législative de notre pays ou d’ailleurs qui soit allé aussi loin. Dans la mesure où le droit canadien a criminalisé la tromperie, c’est seule-

a risk of harm. The rule proposed by L'Heureux-Dubé J. would eliminate the need to show risk of harm and make deception alone the condition of criminal responsibility for sexual contact. Overbreadth on this scale cannot be cured by administrative action. Prosecutorial deference cannot compensate for overextension of the criminal law; it merely replaces overbreadth and uncertainty at the judicial level with overbreadth and uncertainty at both the prosecutorial level and the judicial level.

ment dans les cas où elle cause un préjudice réel ou un risque de préjudice. La règle proposée par le juge L'Heureux-Dubé éliminerait la nécessité de prouver le risque de préjudice et ferait de la tromperie l'unique condition de la responsabilité criminelle relative à un contact sexuel. Aucune action administrative ne peut corriger une portée aussi excessive. La 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.

54 The theoretical difficulties with both proposals put forward by my colleagues are matched by the practical problems they would introduce. The changes proposed are of great consequence. The law does not presently make it an offence to engage in sexual contact without disclosing to one's partner possible risks, as Cory J. proposes. Nor does it make every deception inducing consent to physical contact a crime, as L'Heureux-Dubé J. proposes. What we know about the spread of HIV and other venereal diseases suggests that thousands of people engage in just such conduct every day. Henceforward, if the sweeping changes suggested are accepted, these people will be criminals, subject to investigation, prosecution and imprisonment. Literally millions of acts, which have not to date been regarded as criminal, will now be criminalized. Individual liberty will be curtailed. Police, prosecutors, the courts and the prisons will be dramatically affected. Such a change, if it is to be made, is best made by Parliament after full debate as to its ramifications and costs.

Aux difficultés théoriques que soulèvent les deux propositions avancées par mes collègues s'ajoutent les problèmes pratiques qu'elles poseraient. Les changements proposés ont de graves conséquences. Selon l'état actuel du droit, ne constitue pas une infraction le fait d'avoir un contact sexuel sans en divulguer les risques possibles à son partenaire, comme le propose le juge Cory. Ne constitue pas non plus un crime toute tromperie incitant à consentir à un contact physique, comme le propose le juge L'Heureux-Dubé. D'après ce que nous savons sur la propagation du VIH et d'autres maladies vénériennes, il ressort que, chaque jour, des milliers de personnes adoptent précisément cette conduite. Désormais, si les changements radicaux proposés sont acceptés, ces personnes seront des criminels susceptibles de faire l'objet d'une enquête, d'être poursuivis et d'être emprisonnés. Littéralement, des millions d'actes qui, jusqu'ici, n'ont pas été tenus pour criminels seront désormais criminalisés. La liberté individuelle sera restreinte. Les répercussions sur la police, les poursuivants, les tribunaux et les prisons seront dramatiques. Il vaut mieux que pareil changement, s'il est nécessaire, soit apporté par le législateur à la suite d'une discussion complète des conséquences et des coûts.

55 The broad extensions of the law proposed by my colleagues may also have an adverse impact on the fight to reduce the spread of HIV and other serious sexually transmitted diseases. Public health workers argue that encouraging people to come forward

Les élargissements importants du droit proposés par mes collègues risquent également de nuire à la lutte contre la propagation du VIH et des autres maladies graves transmissibles sexuellement. Les travailleurs du secteur de l'hygiène publique font

for testing and treatment is the key to preventing the spread of HIV and similar diseases, and that broad criminal sanctions are unlikely to be effective: J. D. McGinnis, "Law and the Leprosies of Lust: Regulating Syphilis and AIDS" (1990), 22 *Ottawa L. Rev.* 49, at p. 59. Criminalizing a broad range of HIV related conduct will only impair such efforts. Moreover, because homosexuals, intravenous drug users, sex trade workers, prisoners, and people with disabilities are those most at risk of contracting HIV, the burden of criminal sanctions will impact most heavily on members of these already marginalized groups. The material before the Court suggests that a blanket duty to disclose may drive those with the disease underground: see, for example, R. Elliot, *Criminal Law and HIV/AIDS: Final Report* (March 1997); J. M. Dwyer, "Legislating AIDS Away: The Limited Role of Legal Persuasion in Minimizing the Spread of the Human Immunodeficiency Virus" (1993), 9 *J. Contemp. Health L. & Pol'y* 167; S. V. Kenney, "Criminalizing HIV Transmission: Lessons from History and a Model for the Future" (1992), 8 *J. Contemp. Health L. & Pol'y* 245; T. W. Tierney, "Criminalizing the Sexual Transmission of HIV: An International Analysis" (1992), 15 *Hastings Int'l & Comp. L. Rev.* 475.

These considerations suggest that the broad changes to the criminal law proposed by L'Heureux-Dubé J. and Cory J. will have complex ramifications. Parliament is better equipped than the courts to foresee the ramifications of such sweeping changes and make the necessary value choices. It can debate. It can commission studies. It can have public hearings across the country, should it deem this necessary. Through such means it may arrive at a considered conclusion as to whether such sweeping changes should be adopted.

I conclude that, attractive as the blanket criminalization of non-disclosure of risk or deceit inducing consent to contact may seem at first

valoir qu'encourager les gens à subir un test de dépistage et à se faire traiter est la clef de la prévention de la propagation du VIH et de maladies similaires, et que des sanctions pénales générales seront vraisemblablement inefficaces: J. D. McGinnis, «Law and the Leprosies of Lust: Regulating Syphilis and AIDS» (1990), 22 *R.D. Ottawa* 49, à la p. 59. Criminaliser un large éventail de comportements liés au VIH ne fera que nuire à ces efforts. De plus, comme ce sont les homosexuels, les toxicomanes qui se piquent, les personnes qui se livrent à la prostitution, les prisonniers et les personnes handicapées qui risquent le plus d'être infectés par le VIH, c'est surtout chez les membres de ces groupes déjà marginalisés que se fera sentir le fardeau des sanctions pénales. D'après la documentation soumise à la Cour, il ressort qu'une obligation générale de divulguer est susceptible de pousser à la clandestinité les personnes atteintes de cette maladie: voir, par exemple, R. Elliot, *Droit criminel et VIH/sida: rapport final* (mars 1997); J. M. Dwyer, «Legislating AIDS Away: The Limited Role of Legal Persuasion in Minimizing the Spread of the Human Immunodeficiency Virus» (1993), 9 *J. Contemp. Health L. & Pol'y* 167; S. V. Kenney, «Criminalizing HIV Transmission: Lessons from History and a Model for the Future» (1992), 8 *J. Contemp. Health L. & Pol'y* 245; T. W. Tierney, «Criminalizing the Sexual Transmission of HIV: An International Analysis» (1992), 15 *Hastings Int'l & Comp. L. Rev.* 475.

Ces considérations donnent à penser que les importants changements que les juges L'Heureux-Dubé et Cory proposent d'apporter au droit criminel auront des conséquences complexes. Le législateur est, plus que les tribunaux, en mesure de prévoir les conséquences de changements aussi radicaux et de faire les choix de valeur requis. Il peut débattre la question. Il peut commander des études. Il peut tenir des audiences publiques dans toutes les régions du pays, s'il le juge utile. Par ces moyens il peut décider, de manière réfléchie, s'il y a lieu d'apporter ces changements radicaux.

Je conclus que, aussi attrayante que puisse paraître à première vue la criminalisation générale de la non-divulgence du risque, ou de la superche-

blush, the theoretical and practical difficulties involved in extensions of this magnitude are prohibitive of judicial action. The version of the new offence adopted by Cory J. violates the theory upon which it is erected; if consent is revoked by fraud in the commercial sense of deception producing risk of deprivation, there is no basis for limiting the vitiating of consent to significant risk of serious bodily harm, whatever that may mean. The version advocated by L'Heureux-Dubé J. avoids this logical pitfall, but at the price of over-extension. Neither version, with respect, provides a satisfactory foundation for the attribution of criminal responsibility, and both versions would introduce changes with serious ramifications for individuals, law enforcement agencies and those struggling in the war against HIV. Such changes fall outside the proper sphere of judicial law reform.

(b) A Smaller, Incremental Change Can Be Made

58 I have concluded that the broad-based proposals for changing the law put forward by my colleagues go much further than the incremental change to the common law permitted to courts. However, it does not follow that all change to the law of assault is barred. It is open to courts to make incremental changes by extending the common law concepts of nature of the act and identity, provided the ramifications of the changes are not overly complex. Before the appeal can be rejected, it is necessary to consider whether this can be done.

59 It is the proper role of the courts to update the common law from time to time to bring it into harmony with the changing needs and mores of society: *Salituro*, *supra*. This applies to the common law concept of fraud in relation to assault. In *R. v. Maurantonio*, [1968] 1 O.R. 145, a majority of the Ontario Court of Appeal held that a man who secured sexual contact by falsely holding himself out to be a doctor had committed a fraud as to the

rie incitant à consentir à un contact, les difficultés théoriques et pratiques que soulève un élargissement d'une telle ampleur empêchent les tribunaux d'agir. La version de la nouvelle infraction adoptée par le juge Cory viole la thèse sur laquelle elle repose; si le consentement est révoqué par la fraude au sens de ce terme dans le contexte commercial, à savoir la tromperie engendrant un risque de privation, rien ne justifie de limiter le vice de consentement au risque important de lésions corporelles graves, quel que soit le sens de cette expression. La version préconisée par le juge L'Heureux-Dubé évite ce piège logique, mais au prix d'un élargissement excessif. En toute déférence, ni l'une ni l'autre de ces versions n'offre de raison suffisante pour imputer une responsabilité criminelle, et les deux versions introduiraient des changements ayant des conséquences graves pour les individus, les organismes chargés d'appliquer la loi et ceux qui livrent la lutte contre le VIH. Pareils changements excèdent la compétence des tribunaux au chapitre de la réforme du droit.

b) Un changement progressif moins important est possible

J'ai conclu que les propositions générales de changement du droit que formulent mes collègues vont beaucoup plus loin que le changement progressif de la common law que les tribunaux sont autorisés à réaliser. Toutefois, il ne s'ensuit pas que toute modification du droit en matière de voies de fait est interdite. Il est loisible aux tribunaux de réaliser des changements progressifs en élargissant les notions de common law de la nature de l'acte et de l'identité, à la condition que les conséquences de ces changements ne soient pas trop complexes. Il est nécessaire d'examiner si cela peut être fait avant de pouvoir rejeter le pourvoi.

Il convient que les tribunaux procèdent, à l'occasion, à la mise à jour de la common law pour qu'elle suive l'évolution des besoins et des mœurs de la société: *Salituro*, précité. Cela s'applique à la notion de common law de la fraude en matière de voies de fait. Dans *R. c. Maurantonio*, [1968] 1 O.R. 145, la Cour d'appel de l'Ontario a décidé, à la majorité, qu'un homme qui avait obtenu un contact sexuel en se faisant passer pour un médecin

nature and quality of the act. In rejecting a strict interpretation of the phrase “nature and quality of the act” found in the *Criminal Code*, Hartt J. (*ad hoc*) stated, at p. 153:

... the words “nature and quality of the act” ... should not be so narrowly construed as to include only the physical action but rather must be interpreted to encompass those concomitant circumstances which give meaning to the particular physical activity in question.

In order to determine the ambit of the common law on consent to contact, and in particular sexual contact, it is necessary to consider the history of the common law on consent in the context of assault and the origin of the phrase “nature of the act”.

Prior to *Clarence*, *supra*, the common law held that deceit as to the fact that one had a venereal disease was capable of vitiating consent to intercourse. *R. v. Bennett* (1866), 4 F. & F. 1105, 176 E.R. 925, and *R. v. Sinclair* (1867), 13 Cox C.C. 28, had established that consent to sexual intercourse could be vitiated by the failure to disclose infection with a venereal disease. In *Bennett*, at p. 925 E.R., Willes J. stated:

But although the girl may have consented to sleep, and therefore to have connexion with her uncle, yet, if she did not consent to the aggravated circumstances, *i.e.*, to connexion with a diseased man, and a fraud was committed on her, the prisoner’s act would be an assault by reason of such fraud. An assault is within the rule that fraud vitiates consent, and therefore, if the prisoner, knowing that he had a foul disease, induced his niece to sleep with him, intending to possess her, and infected her, she being ignorant of his condition, any consent, which she may have given, would be vitiated, and the prisoner would be guilty of an indecent assault.

In *Sinclair*, at p. 29, Shee J. applied *Bennett* and instructed the jury:

avait commis une fraude concernant la nature et le caractère de l’acte. Repoussant une interprétation stricte de l’expression «la nature et le caractère de l’acte» contenue dans le *Code criminel*, le juge Hartt (*ad hoc*) a affirmé, à la p. 153:

[TRADUCTION] ... les mots «la nature et le caractère de l’acte» [...] ne devraient pas être interprétés strictement au point de ne viser que l’acte concret qui a été accompli, mais devraient plutôt être interprétés comme englobant les circonstances concomitantes qui donnent un sens à l’acte en cause.

Pour déterminer la portée de la common law concernant le consentement à un contact et, en particulier, à un contact sexuel, il est nécessaire d’examiner l’historique de la common law relative au consentement en matière de voies de fait et l’origine de l’expression «la nature de l’acte».

Avant la décision *Clarence*, précitée, il était reconnu en common law que la supercherie quant au fait qu’une personne avait une maladie vénérienne était susceptible de vicier le consentement à des rapports sexuels. Les décisions *R. c. Bennett* (1866), 4 F. & F. 1105, 176 E.R. 925, et *R. c. Sinclair* (1867), 13 Cox C.C. 28, avaient établi que le consentement à des relations sexuelles pouvait être vicié par l’omission de divulguer une maladie vénérienne. Dans la décision *Bennett*, le juge Willes dit ceci (à la p. 925 E.R.):

[TRADUCTION] Mais bien que la jeune fille puisse avoir consenti à coucher et donc à avoir des rapports avec son oncle, il reste que, si elle n’a pas consenti aux circonstances aggravantes, c’est-à-dire les rapports sexuels avec un homme malade, et qu’elle a été victime d’une fraude, l’acte accompli par l’accusé constituera des voies de fait en raison de cette fraude. Les voies de fait sont visées par la règle selon laquelle la fraude vicie le consentement, et par conséquent, si l’accusé, qui savait qu’il avait cette maladie honteuse, a incité sa nièce à coucher avec lui dans le but de la posséder, et l’a infectée alors qu’elle ignorait son état, tout consentement qu’elle peut avoir donné sera vicié, et l’accusé sera coupable d’attentat à la pudeur.

Dans la décision *Sinclair*, à la p. 29, le juge Shee a appliqué la décision *Bennett* et donné au jury les directives suivantes:

60

61

If he knew that he had such a disease, and that the probable consequence would be its communication to the girl, and she in ignorance of it consented to the connection, and you are satisfied that she would not have consented if she had known the fact, then her consent is vitiated by the deceit practised upon her, and the prisoner would be guilty of assault. . . .

62 In addition to deceit as to venereal disease, the common law recognized deceit as to identity (*R. v. Dee* (1884), 14 L.R. Ir. 468) and deceit as to whether the act was a medical procedure as opposed to a sexual act, as being capable of vitiating consent to sexual intercourse (*R. v. Flattery* (1877), 2 Q.B.D. 410).

63 *Bennett and Sinclair* were disapproved of in *Hegarty v. Shine* (1878), 14 Cox C.C. 145. *Hegarty* involved a civil action for assault and breach of promise of marriage. After having intercourse out of wedlock for a year and becoming pregnant, the plaintiff discovered she and her baby had contracted syphilis from the defendant, who had concealed his condition. The Court of Appeal dismissed the plaintiff's claim on the ground of *ex turpi causa* because they deemed the acts to be immoral and illegal. In particular, the judges held that there was no duty to disclose in such an immoral relation. Ball C. observed, at p. 147:

We are not dealing with deceit as to the nature of the act to be done, such as occurred in the case cited in argument, of the innocent girl who was induced to believe that a surgical operation was being performed. There was here a lengthened cohabitation of the parties, deliberate consent to the act or acts out of which the cause of action has arisen. If deceit by one of them as to the condition of his health suffices to alter the whole relation in which they otherwise were to each other, so as to transform the intercourse between them into an assault on the part of the defendant, why should not any other deceit have the same effect? Suppose a woman to live with her paramour under and with a distinct and reiterated promise of marriage not fulfilled, nor, it may be, intended to be fulfilled, is every separate act of intercourse an

[TRADUCTION] S'il savait qu'il était atteint de cette maladie et qu'il la transmettrait probablement à la jeune fille, qui, ignorant ce fait, a consenti à la relation, et que vous êtes convaincus qu'elle n'aurait pas donné son consentement si elle avait connu ce fait, alors son consentement est vicié par la supercherie dont elle a été victime, et l'accusé sera coupable de voies de fait . . .

Outre la supercherie concernant une maladie vénérienne, la common law a reconnu que la supercherie concernant l'identité (*R. c. Dee* (1884), 14 L.R. Ir. 468), ainsi que la supercherie touchant la question de savoir si l'acte était un acte médical au lieu d'un acte sexuel, étaient susceptibles de vicier le consentement à des rapports sexuels (*R. c. Flattery* (1877), 2 Q.B.D. 410).

Les décisions *Bennett* et *Sinclair* ont été critiquées dans *Hegarty c. Shine* (1878), 14 Cox C.C. 145. Dans *Hegarty*, il était question d'une action civile pour voies de fait et rupture de promesse de mariage. Après avoir eu, pendant un an, des rapports sexuels en dehors des liens du mariage et être devenue enceinte, la demanderesse avait découvert qu'elle et son bébé avait contracté la syphilis du défendeur, qui avait dissimulé son état de santé. La Cour d'appel a rejeté l'action de la demanderesse sur la base de la règle *ex turpi causa* parce qu'elle a considéré que les actes étaient immoraux et illégaux. Les juges ont conclu, en particulier, qu'il n'existait aucune obligation de divulguer dans une telle relation immorale. Le juge Ball a fait observer ce qui suit, à la p. 147:

[TRADUCTION] Il n'est pas question ici de supercherie quant à la nature de l'acte devant être accompli, comme cela s'est produit dans le cas, cité au cours des plaidoiries, de la jeune fille innocente qui a été amenée à croire qu'une intervention chirurgicale était pratiquée. Il y a eu, en l'espèce, une longue cohabitation des parties, un consentement délibéré à l'acte ou aux actes ayant donné naissance à la cause d'action. Si une supercherie de la part d'une des parties quant à son état de santé suffit à modifier l'ensemble de la relation qui existait par ailleurs entre elles, de manière à transformer leurs rapports sexuels en voies de fait de la part du défendeur, pourquoi toute autre supercherie n'aurait-elle pas le même effet? Supposons qu'une femme vive avec son amant, qui lui a clairement promis, à maintes reprises, de l'épouser sans remplir sa promesse ni même peut-être avoir eu l'intention de la remplir, chaque rapport sexuel

assault? . . . No one, I think, would be prepared to answer these questions in the affirmative.

The majority in *Clarence*, *supra*, noting these comments in *Hegarty*, overruled the cases that had held that deceit as to venereal disease could vitiate consent. Venereal disease, in the majority's view, did not go to the nature of the act. That phrase was confined to whether the act was sexual or non-sexual, as in the "medical act" cases: *Flattery*, *supra*; *R. v. Case* (1850), 1 Den. 580, 169 E.R. 381. Stephen J. expressed concern that once the law ventured beyond the type of act (i.e., sexual or non-sexual) and the identity of the perpetrator, no clear line could be drawn between deceptions which should not properly engage the criminal law, and deceptions which could. In essence, the majority's view has stood as law ever since. When Parliament enacted the *Criminal Code* in 1892, the drafters added "quality" of the act to "nature" in describing the type of fraud capable of vitiating consent: *Criminal Code*, S.C. 1892, c. 29, ss. 259 and 266. However, it is unclear what, if anything, that this added to the original common law phrase "nature of the act".

Against this background, I return to the conditions for court-made change. The basic precondition of such change is that it is required to bring the law into step with the changing needs of society. This established, the change must meet the condition of being an incremental development of the common law that does not possess unforeseeable and complex ramifications.

In the case at bar, I am satisfied that the current state of the law does not reflect the values of Canadian society. It is unrealistic, indeed shocking, to think that consent given to sex on the basis that one's partner is HIV-free stands unaffected by blatant deception on that matter. To put it another way, few would think the law should condone a

constitue-il des voies de fait? [. . .] Personne, à mon avis, ne serait disposé à répondre par l'affirmative à ces questions.

Soulignant ces commentaires formulés dans la décision *Hegarty*, les juges majoritaires dans l'affaire *Clarence*, précitée, ont renversé les décisions où il avait été conclu que la supercherie au sujet d'une maladie vénérienne était susceptible de vicier le consentement. Selon les juges formant la majorité, la maladie vénérienne ne touchait pas la nature de l'acte. Cette expression ne concernait que la question de savoir si l'acte était sexuel ou non, comme dans les affaires d'«actes médicaux»: *Flattery*, précité; *R. c. Case* (1850), 1 Den. 580, 69 E.R. 381. Le juge Stephen a dit craindre que, dès que le droit irait au-delà du type d'acte (c'est-à-dire sexuel ou non sexuel) et de l'identité du contrevenant, aucune ligne de démarcation nette ne puisse être tracée entre les tromperies qui ne devraient pas déclencher à juste titre l'application du droit criminel et celles qui pourraient le faire. L'opinion des juges majoritaires représente essentiellement depuis lors l'état du droit. Lorsque le législateur a adopté le *Code criminel* en 1892, les rédacteurs ont ajouté le «caractère» de l'acte à sa «nature» pour décrire le type de fraude susceptible de vicier le consentement: *Code criminel*, S.C. 1892, ch. 29, art. 259 et 266. Toutefois, il n'est pas clair que cela ait ajouté quoi que ce soit à l'expression initiale de common law «la nature de l'acte».

Dans ce contexte, je reviens aux conditions auxquelles les tribunaux peuvent effectuer un changement. La condition préalable fondamentale d'un tel changement est qu'il soit nécessaire pour que le droit suive l'évolution des besoins de la société. Une fois cette nécessité établie, il doit s'agir d'un changement progressif de la common law qui n'aura pas de conséquences imprévisibles et complexes.

Dans la présente affaire, je suis persuadée que l'état actuel du droit ne reflète pas les valeurs de la société canadienne. Il est irréaliste, voire scandaleux, de penser que le consentement à des rapports sexuels donné parce que le partenaire est séronégatif n'est pas touché par une tromperie flagrante à ce sujet. Autrement dit, peu de gens estimeraient

64

65

66

person who has been asked whether he has HIV, lying about that fact in order to obtain consent. To say that such a person commits fraud vitiating consent, thereby rendering the contact an assault, seems right and logical.

que le droit devrait pardonner à la personne qui, s'étant fait demander si elle était séropositive, a menti à ce sujet afin d'obtenir un consentement. Il semble logique et juste d'affirmer que cette personne commet une fraude viciant le consentement, transformant ainsi le contact en voies de fait.

⁶⁷ Prior to *Clarence*, the common law recognized that deception as to sexually transmitted disease carrying a high risk of infection, constituted fraud vitiating consent to sexual intercourse. Returning the law to this position would represent an incremental change to the law. If it was an increment to reverse the previous common law rule that deceit as to venereal disease could vitiate consent, it is no greater increment to reverse that decision and return to the former state of the law. The change is, moreover, consistent with Parliament's 1983 amendment of the *Criminal Code* to remove the phrase "nature and quality of the act", which suggests that Parliament, while retaining the common law of fraud in relation to consent negating assault, did not wish to freeze the restrictive mould of *Clarence*.

Avant la décision *Clarence*, la common law reconnaissait que la tromperie quant à une maladie transmissible sexuellement et très contagieuse constituait une fraude viciant le consentement à des rapports sexuels. Revenir à cette position représenterait un changement progressif du droit. Si le renversement de la règle antérieure de common law voulant que la supercherie concernant une maladie vénérienne puisse vicier le consentement représentait un changement progressif, l'infirmité de cette décision et le retour à l'état antérieur du droit ne représenteraient pas un changement progressif plus grand. Ce changement est, en outre, compatible avec la modification que le législateur a apportée au *Code criminel* en 1983 lorsqu'il a supprimé l'expression «la nature et le caractère de l'acte», qui porte à croire que, même s'il a conservé la common law régissant la fraude relative au consentement qui permet de réfuter les voies de fait, le législateur n'a pas voulu figer le moule restrictif de la décision *Clarence*.

⁶⁸ The final and most difficult question is whether the change would introduce complex and unforeseeable changes of the sort better left to Parliament. The first objection under this head is that made by Stephen J. in *Clarence*, that no clear line can be drawn between criminal and non-criminal conduct once the law leaves the certainty of the dual criteria of nature of the act in the sense of whether it was sexual or non-sexual, and the identity of the perpetrator. The argument is made that to go beyond these criteria would be to open the door to convictions for assault in the case, for example, where a man promises a woman a fur coat in return for sexual intercourse: *Fifteenth Report of the Criminal Law Revision Committee on Sexual Offences* (Cmnd 9213), cited with

La dernière question, qui est la plus difficile, est de savoir si le changement apporterait le genre de modifications complexes et imprévisibles qu'il serait préférable de laisser au législateur le soin d'apporter. La première objection à ce chapitre est celle soulevée par le juge Stephen dans *Clarence*, à savoir l'impossibilité de tracer une ligne de démarcation nette entre la conduite criminelle et la conduite non criminelle une fois que le droit aura abandonné la certitude du double critère de la nature de l'acte — au sens de savoir s'il était sexuel ou non — et de l'identité du contrevenant. On fait valoir qu'aller au-delà de ce critère reviendrait à ouvrir la porte à une déclaration de culpabilité de voies de fait dans le cas, par exemple, où un homme promet un manteau de fourrure à une femme si elle accepte d'avoir des rapports sexuels avec lui: *Fifteenth Report of the Criminal Law Revision Committee on Sexual Offences* (Cmnd

approval in *R. v. Linekar*, [1995] 3 All E.R. 69 (C.A.).

This difficulty is a serious one. The courts should not broaden the criminal law to catch conduct that society generally views as non-criminal. If that is to be done, Parliament must do it. Furthermore, the criminal law must be clear. I agree with the fundamental principle affirmed in the English cases that it is imperative that there be a clear line between criminal and non-criminal conduct. Absent this, the criminal law loses its deterrent effect and becomes unjust. For these reasons, I earlier argued against Cory J.'s imposition of criminal liability for non-disclosure in cases of "significant risk of serious harm", and L'Heureux-Dubé J.'s approach of finding fraud for every deception inducing consent.

The question is whether a narrower increment is feasible that catches only harm of the sort at issue in this appeal and draws the required bright line. In my view, it is. A return to the pre-*Clarence* view of the common law would draw a clear line between criminal conduct and non-criminal conduct. As I have explained, pre-*Clarence*, the law permitted fraud to vitiate consent to contact where there was (a) a deception as to the sexual character of the act; (b) deception as to the identity of the perpetrator; or (c) deception as to the presence of a sexually transmitted disease giving rise to serious risk or probability of infecting the complainant (*Sinclair, supra*). This rule is clear and contained. It would catch the conduct here at issue, without permitting people to be convicted of assault for inducements like false promises of marriage or fur coats. The test for deception would be objective, focussing on whether the accused falsely represented to the complainant that he or she was disease-free when he knew or ought to have known that there was a high risk of infecting his partner. The test for inducement would be subjective, in the sense that the judge or jury must be satisfied

9213), cité et approuvé dans *R. c. Linekar*, [1995] 3 All E.R. 69 (C.A.).

C'est là une grave difficulté. Les tribunaux ne devraient pas élargir le droit criminel pour qu'il vise une conduite que la société considère en général comme non criminelle. Si un tel élargissement s'impose, il appartient au législateur de l'effectuer. De plus, le droit criminel doit être clair. Je souscris au principe fondamental de la jurisprudence anglaise voulant qu'il doive absolument exister une démarcation nette entre la conduite criminelle et la conduite non criminelle. En l'absence d'une telle démarcation, le droit criminel perd son effet dissuasif et devient injuste. C'est pour ces motifs que je me suis antérieurement prononcée contre l'imputation, proposée par le juge Cory, d'une responsabilité criminelle pour non-divulgaration dans les cas de «risque important de préjudice grave», et contre la solution du juge L'Heureux-Dubé consistant à qualifier de fraude toute tromperie incitant à consentir.

Il s'agit de savoir s'il est possible d'effectuer un changement progressif plus restreint qui ne viserait que le préjudice en cause dans le présent pourvoi tout en traçant la ligne de démarcation nette requise. À mon avis, c'est possible. Le retour à la conception de la common law antérieure à la décision *Clarence* permettrait de tracer une ligne de démarcation nette entre la conduite criminelle et la conduite non criminelle. Comme je l'ai expliqué, selon l'état du droit antérieur à la décision *Clarence*, la fraude pouvait vicier le consentement à un contact s'il y avait a) tromperie quant au caractère sexuel de l'acte, b) tromperie quant à l'identité du contrevenant, ou c) tromperie quant à l'existence d'une maladie transmissible sexuellement qui comportait une probabilité ou un risque importants d'infection pour le plaignant (*Sinclair, précité*). Cette règle est claire et circonscrite. Elle s'appliquerait à la conduite en cause en l'espèce, tout en évitant qu'une personne soit déclarée coupable de fait pour avoir eu recours à des incitations comme les fausses promesses de mariage ou d'achat de manteau de fourrure. Le critère applicable à la tromperie serait objectif et axé

69

70

beyond a reasonable doubt that the fraud actually induced the consent.

sur la question de savoir si l'accusé a fausement déclaré au plaignant qu'il n'était pas malade alors qu'il savait ou aurait dû savoir qu'il y avait un risque élevé d'infecter son partenaire. Le critère applicable à l'incitation serait subjectif en ce sens que le juge ou le jury devrait être convaincu hors de tout doute raisonnable que la fraude a réellement incité à consentir.

71 From a theoretical point of view, the proposed change follows the time-honoured methodology of making changes to the common law on an incremental basis. This, however, is not enough. The addition of a new common law category should reflect some underlying principle that ties it to the logic and policy underlying the existing rule and permits future developments, if any, to proceed on a reasoned, principled basis. If the underlying principle is so broad that it admits of extension into debateable or undesirable areas, then the proposed change should not be made. It was the inability to identify such a principle that seems to have lain behind the decision in *Clarence* to narrow the rule, and the recent decision of the English Court of Appeal in *Linekar* not to extend the rule to deceit as to payment for sexual services.

Du point de vue théorique, le changement proposé respecte la méthode consacrée du changement progressif de la common law. Cela est toutefois insuffisant. L'ajout d'une nouvelle catégorie de common law devrait refléter un principe sous-jacent qui la rattache à la logique et à la politique qui sous-tendent la règle existante, et qui permette d'effectuer tout changement éventuel de manière rationnelle et fondée sur des principes. Si le principe sous-jacent est général au point de permettre un élargissement dans des domaines contestables ou peu souhaitables, alors il n'y a pas lieu d'apporter le changement proposé. C'est l'incapacité de déceler un tel principe qui semble avoir inspiré la décision de resserrer la règle dans *Clarence*, et la récente décision de la Cour d'appel anglaise, dans *Linekar*, de ne pas étendre l'application de la règle à la supercherie quant au paiement de services sexuels.

72 With the greatest of deference to the learned judges in these cases, an explanation may be suggested for why deceit as to venereal disease may vitiate consent while deceit as to other inducements, like promises of marriage or fur coats, does not. Consent to unprotected sexual intercourse is consent to sexual congress with a certain person and to the transmission of bodily fluids from that person. Where the person represents that he or she is disease-free, and consent is given on that basis, deception on that matter goes to the very act of assault. The complainant does not consent to the transmission of diseased fluid into his or her body. This deception in a very real sense goes to the nature of the sexual act, changing it from an act that has certain natural consequences (whether pleasure, pain or pregnancy), to a potential sentence of disease or death. It differs fundamentally from deception as to the consideration that

En toute déférence pour les juges qui ont siégé dans ces affaires, il est possible de proposer une explication de la raison pour laquelle la supercherie quant à une maladie vénérienne peut vicier le consentement, et non pas la supercherie relative à d'autres incitations comme les promesses de mariage ou d'achat de manteau de fourrure. Consentir à des relations sexuelles non protégées c'est consentir à l'accouplement avec une certaine personne et à la transmission des fluides corporels de cette personne. Si la personne affirme qu'elle n'est pas malade, et que le consentement est donné sur la foi de cette affirmation, la tromperie à ce sujet touche l'acte même des voies de fait. La plaignante ne consent pas à la transmission de fluides malsains dans son corps. Cette tromperie touche véritablement la nature de l'acte sexuel qui, d'un acte entraînant certaines conséquences naturelles (que ce soit le plaisir, la douleur ou la grossesse),

will be given for consent, like marriage, money or a fur coat, in that it relates to the physical act itself. It differs, moreover, in a profoundly serious way that merits the criminal sanction.

This suffices to justify the position of the common law pre-*Clarence* that deception as to venereal disease may vitiate consent. The question of whether other categories of fraud could be logically added on the basis that deceit as to them also fundamentally alters the nature of the physical act itself, is better left for another day. It is doubtful that natural consequences, like pregnancy, would qualify, as they are the natural concomitant of the sexual act, and do not fundamentally alter its nature. Similarly, as discussed, promises as to future conduct used to induce consent do not fundamentally change the nature of the physical act. Again, protected sex would not be caught; the common law pre-*Clarence* required that there be a high risk or probability of transmitting the disease: *Sinclair, supra*. These observations largely displace the fear of unprincipled overextension that motivated the majority in *Clarence* to exclude deceit as to sexually transmitted disease as a basis on which fraud could vitiate consent.

It remains to consider the argument that extending the law, even in this limited fashion, will have unforeseen, complex and undesirable ramifications. Regrettable as it is, it may be that criminalizing deceit as to sexually transmitted disease inducing consent may prevent some people from seeking testing and treatment, out of fear that if they learn about their disease they will be forced to choose between abstaining from unprotected

devenir une condamnation potentielle à la maladie ou à la mort. Elle diffère fondamentalement de la tromperie relative à la contrepartie offerte en échange du consentement, tels le mariage, l'argent ou un manteau de fourrure, du fait qu'elle concerne l'acte physique lui-même. Elle en diffère, par surcroît, d'une manière extrêmement grave qui mérite la sanction pénale.

Cela suffit à justifier la position de la common law antérieure à la décision *Clarence* voulant que la tromperie concernant une maladie vénérienne soit susceptible de vicier le consentement. Il est préférable de remettre à une autre occasion l'examen de la question de savoir si l'on pourrait logiquement ajouter d'autres catégories de fraude pour le motif que la supercherie y ayant trait modifie elle aussi fondamentalement la nature de l'acte physique lui-même. Il est douteux que des conséquences naturelles, telle la grossesse, puissent remplir les conditions voulues étant donné qu'elles sont naturellement concomitantes à l'acte sexuel et qu'elles n'en changent pas fondamentalement la nature. De même, comme nous l'avons vu, les promesses de conduite future destinées à inciter à consentir ne changent pas fondamentalement la nature de l'acte physique. Là encore, les relations sexuelles protégées ne seraient pas visées, la common law antérieure à la décision *Clarence* exigeant qu'il y ait une probabilité ou un risque importants de transmission de la maladie: *Sinclair, précité*. Ces observations contribuent largement à dissiper la crainte d'élargissement excessif et non fondé sur des principes, qui, dans *Clarence*, a poussé les juges majoritaires à exclure la supercherie quant à une maladie transmissible sexuellement du domaine de la fraude susceptible de vicier le consentement.

Il reste à examiner l'argument selon lequel l'élargissement du droit, même de cette façon limitée, aura des conséquences imprévisibles, complexes et peu souhaitables. Aussi regrettable que cela puisse être, il se peut que la criminalisation de la supercherie au sujet d'une maladie sexuellement transmissible, qui incite à consentir, empêche certaines personnes de subir un test de dépistage et un traitement de crainte que le résultat ne les force à

73

74

sexual relations and becoming criminals. On the other hand, it may foster greater disclosure. The message that people must be honest about their communicable diseases is an important one. Conduct like that in the case at bar shocks the conscience and should permit of a criminal remedy. In addition, the proposed extension of the law is relatively narrow, catching only deceit as to venereal disease where it is established, beyond a reasonable doubt, that there was a high risk of infection and that the defendant knew or ought to have known that the fraud actually induced consent to unprotected sex. Finally, I note that s. 221 of the *Criminal Code* (criminal negligence causing bodily harm) already makes it a crime to engage in unprotected sexual intercourse without disclosing HIV-positive status where the sexual partner contracts HIV as a result: *R. v. Mercer* (1993), 84 C.C.C. (3d) 41 (Nfld. C.A.). There is no evidence that the application of s. 221 has had an adverse effect on testing by extending criminal responsibility to cases where the defendant's partners are unfortunate enough to have been infected. The extension I propose represents only a modest step beyond this offence. Bearing in mind all of these considerations, I am satisfied that this limited change will not have far-reaching, unforeseeable or undesirable ramifications.

choisir de s'abstenir d'avoir des relations sexuelles non protégées ou de devenir des criminels. Par contre, cela peut favoriser une plus grande divulgation. Le message selon lequel les gens doivent faire preuve d'honnêteté à propos de leurs maladies transmissibles est important. Une conduite comme celle dont il est question en l'espèce heurte la conscience et devrait pouvoir entraîner un recours au criminel. En outre, l'élargissement proposé du droit est relativement restreint, visant uniquement la supercherie quant à une maladie vénérienne dans les cas où il est établi hors de tout doute raisonnable qu'il y avait un risque élevé d'infection et que le défendeur savait ou aurait dû savoir que la fraude inciterait réellement à consentir à des relations sexuelles non protégées. Enfin, je souligne que l'art. 221 du *Code criminel* (négligence criminelle causant des lésions corporelles) prévoit déjà que la personne qui a des relations sexuelles non protégées, sans avoir divulgué sa séropositivité, commet un crime lorsque son partenaire contracte de ce fait le VIH: *R. c. Mercer* (1993), 84 C.C.C. (3d) 41 (C.A.T.-N.). Il n'y a aucune preuve que l'application de l'art. 221 a eu un effet négatif sur le dépistage en étendant la responsabilité criminelle aux cas où les partenaires du défendeur ont eu la malchance d'être infectés. Par rapport à cette infraction, l'élargissement que je propose ne représente qu'un petit pas de plus. Compte tenu de toutes ces considérations, je suis persuadée que ce changement limité n'aura pas de conséquences profondes, imprévisibles ou non souhaitables.

75 I conclude that the common law should be changed to permit deceit about sexually transmitted disease that induces consent to be treated as fraud vitiating consent under s. 265 of the *Criminal Code*.

Je conclus qu'il y a lieu de modifier la common law de façon à permettre que la supercherie au sujet d'une maladie transmissible sexuellement, qui incite à consentir, soit considérée comme une fraude viciant le consentement, au sens de l'art. 265 du *Code criminel*.

V. Conclusion

V. Conclusion

76 I would allow the appeal and order that a new trial be directed.

Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi et d'ordonner la tenue d'un nouveau procès.

The judgment of Cory, Major, Bastarache and Binnie JJ. was delivered by

CORY J. — Is a complainant's consent to engage in unprotected sexual intercourse vitiated by fraud when her partner knows he is HIV-positive and either fails to disclose or deliberately deceives her about it? If the consent is fraudulently obtained in those circumstances can s. 268 (aggravated assault) of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, be applicable? Would the application of the *Criminal Code* endanger public health policies pertaining to the disease of AIDS? Those are the issues that must be considered on this appeal.

I. Factual Background

The respondent tested positive for HIV in August 1992. At that time a public health nurse explicitly instructed him to use condoms every time he engaged in sexual intercourse and to inform all prospective sexual partners that he was HIV-positive. The respondent angrily rejected this advice. He complained that he would never be able to have a sex life if he told anyone that he was HIV-positive.

Three weeks later, the respondent met the complainant KM and an 18-month relationship began. The couple had sexual intercourse, for the most part unprotected, at least 100 times. Near the beginning of the relationship, KM discussed sexually transmitted diseases with the respondent and although she did not specifically ask him about HIV or AIDS, he assured her that he had tested negative for HIV eight or nine months earlier. KM developed hepatitis and was advised to have an HIV test. Both she and the respondent were tested in January 1993. In February, a nurse informed KM that her test was negative but that the respondent had tested HIV-positive. KM was advised to undertake subsequent tests to determine whether she had developed the virus.

Version française du jugement des juges Cory, Major, Bastarache et Binnie rendu par

LE JUGE CORY — Le consentement d'une plaignante à des rapports sexuels non protégés est-il vicié par une fraude lorsque son partenaire sait qu'il est séropositif et qu'il ne le lui dit pas ou l'induit délibérément en erreur à ce sujet? Si le consentement est obtenu frauduleusement dans ces circonstances, l'art. 268 (voies de fait graves) du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, est-il applicable? L'application du *Code criminel* compromettrait-elle les politiques adoptées en matière de santé publique relativement au sida? Voilà les questions qui doivent être examinées dans le cadre du présent pourvoi.

I. Les faits

En août 1992, l'intimé a subi un test de dépistage du VIH qui a révélé qu'il était séropositif. Une infirmière hygiéniste lui a alors explicitement conseillé d'utiliser des condoms chaque fois qu'il aurait des rapports sexuels et d'informer de sa séropositivité tous ses partenaires sexuels éventuels. L'intimé a repoussé avec colère ce conseil. Il s'est plaint qu'il ne pourrait jamais avoir de vie sexuelle s'il disait à qui que ce soit qu'il était séropositif.

Trois semaines plus tard, l'intimé a rencontré la plaignante KM et une liaison de 18 mois a commencé. Le couple a eu des rapports sexuels, pour la plupart non protégés, au moins une centaine de fois. Peu après le début de cette liaison, KM a discuté avec l'intimé des maladies transmissibles sexuellement et, même si elle ne lui a pas posé précisément de questions au sujet du VIH ou du sida, l'intimé lui a assuré que les résultats d'un test de dépistage du VIH qu'il avait subi huit ou neuf mois auparavant étaient négatifs. KM a développé une hépatite et s'est vu conseiller de subir un test de dépistage du VIH. La plaignante et l'intimé ont tous les deux subi un test en janvier 1993. En février, une infirmière a informé KM que les résultats de son test étaient négatifs, mais que le test subi par l'intimé révélait qu'il était séropositif. Elle a recommandé à KM de subir d'autres tests plus tard afin de déterminer si elle avait été infectée par le virus.

77

78

79

80 Once again, the respondent was told that he must use condoms and inform his sexual partners that he was HIV-positive. The respondent replied that in order to avoid using condoms he would wait and see if KM tested positive in a few months and, if not, he would leave her and start a relationship with an HIV-positive woman.

81 For several months KM continued to have unprotected sex with the respondent. This she did because she loved him and she did not want to put another woman at risk. Their relationship ended in May 1994. KM testified that if she had known that the respondent was HIV-positive she would never have engaged in unprotected sexual intercourse with him.

82 Upon hearing that the relationship between KM and the respondent had ended, a public health nurse delivered letters to the respondent ordering him to inform his future partners that he was HIV-positive and to use condoms. Shortly thereafter, the respondent formed a sexual relationship with BH. They had sex 10 times, on most occasions without a condom. Although BH told the respondent that she was afraid of diseases he did not inform her that he was HIV-positive. In late June BH discovered that the respondent had HIV. She confronted him and he apologized for lying. BH testified that if she had known the respondent had HIV she would never have engaged in unprotected sexual intercourse with him.

83 The respondent was charged with two counts of aggravated assault. At the time of trial, neither complainant had tested positive for the virus. The trial judge entered a directed verdict acquitting the respondent. The Court of Appeal refused to set aside the acquittals.

II. Judgments Below

A. *British Columbia Supreme Court*

84 The trial judge considered the wording of the relevant provisions of the *Code*. He concluded that

L'intimé s'est encore une fois fait dire qu'il devait utiliser des condoms et informer ses partenaires sexuels qu'il était séropositif. Il a répondu que, pour éviter d'utiliser des condoms, il attendrait pendant quelques mois pour savoir si KM était séropositive et, dans la négative, il la quitterait et chercherait une compagne séropositive.

KM a continué pendant plusieurs mois d'avoir des rapports sexuels non protégés avec l'intimé, et ce, parce qu'elle l'aimait et ne voulait pas mettre en danger la santé d'une autre femme. Les parties ont mis fin à leur liaison en mai 1994. KM a témoigné que si elle avait su que l'intimé était séropositif, elle n'aurait jamais eu de rapports sexuels non protégés avec lui.

Après avoir appris que KM et l'intimé ne se fréquentaient plus, une infirmière hygiéniste a fait parvenir à l'intimé des lettres dans lesquelles elle lui enjoignait d'informer ses futures partenaires qu'il était séropositif et d'utiliser des condoms. Peu après, l'intimé a commencé à avoir des rapports sexuels avec BH. Ils ont eu des rapports sexuels une dizaine de fois, la plupart du temps sans utiliser un condom. Même si BH lui avait dit qu'elle avait peur des maladies, l'intimé ne l'a pas informée qu'il était séropositif. À la fin de juin, BH a découvert que l'intimé était séropositif. Elle lui a demandé de s'expliquer et il s'est excusé de lui avoir menti. BH a témoigné que si elle avait su que l'intimé était séropositif, elle n'aurait jamais eu de rapports sexuels non protégés avec lui.

L'intimé a fait l'objet de deux chefs d'accusation de voies de fait graves. Au moment du procès, aucune des plaignantes n'était séropositive selon les tests qu'elles avaient subis. Le juge du procès a inscrit un verdict imposé d'acquiescement de l'intimé. La Cour d'appel a refusé d'annuler les acquittements.

II. Les jugements des tribunaux d'instance inférieure

A. *Cour suprême de la Colombie-Britannique*

Le juge du procès a examiné le texte des dispositions pertinentes du *Code*. Il a conclu que les

the words “endangers the life of the complainant” in s. 268(1) are applicable if an accused exposes a person to danger, harm or risk (*R. v. Thornton*, [1993] 2 S.C.R. 445). It was clear that by engaging in unprotected sexual intercourse with the complainants knowing he was HIV-positive, the accused endangered the lives of the complainants within s. 268(1).

He observed that the issues in the case had already been considered in *R. v. Ssenyonga* (1993), 81 C.C.C. (3d) 257 (Ont. Ct. (Gen. Div.)). He noted that the Crown in *Ssenyonga* had argued as in this case that the complainants’ consent to sexual intercourse was vitiated because the scope of consent had been exceeded as a result of fraud or by operation of public policy.

He agreed with the trial judge’s reasoning in *Ssenyonga* that consent is exceeded only where the amount of force is beyond that which would normally be expected in the course of sexual relations. Here, however, there was no exceptional force applied. He also rejected the Crown’s argument that the concept of informed consent should be imported into the criminal law.

The trial judge found that he could not accept the argument that the complainants consent was vitiated by fraud. It was his view that despite the change in the wording of the *Code*, the only type of fraud which will vitiate consent to sexual intercourse is that which goes to the nature and quality of the act or the identity of the offender (*R. v. Petrozzi* (1987), 35 C.C.C. (3d) 528 (B.C.C.A.)).

Finally, he considered the Crown’s argument that, because of the serious nature of the risk to which the complainants were exposed, public policy should intervene to vitiate their consent. This argument was based on *R. v. Jobidon*, [1991] 2 S.C.R. 714, which found that the vitiating factors listed in s. 265(3) were not exhaustive and that limited grounds exist upon which a court could base its conclusion that consent is vitiated on pol-

termes «met sa vie en danger», au par. 268(1), s’appliquent si un accusé expose quelqu’un à un danger, à un tort ou à un risque (*R. c. Thornton*, [1993] 2 R.C.S. 445). Il est évident qu’en ayant des rapports sexuels non protégés avec les plaignantes alors qu’il savait qu’il était séropositif, l’accusé a mis leur vie en danger, au sens du par. 268(1).

Il a fait remarquer que les questions en litige en l’espèce avaient déjà été examinées dans *R. c. Ssenyonga* (1993), 81 C.C.C. (3d) 257 (C. Ont. (Div. gén.)). Il a souligné que, dans *Ssenyonga*, le ministère public avait soutenu, comme en l’espèce, que le consentement des plaignantes aux rapports sexuels était vicié parce qu’on en avait excédé la portée à la suite d’une fraude, ou encore pour des raisons d’intérêt public.

Il a souscrit au raisonnement du juge du procès dans l’affaire *Ssenyonga*, suivant lequel on n’exécède le consentement donné que lorsque la force employée dépasse celle à laquelle on s’attendrait normalement pendant des rapports sexuels. En l’espèce, toutefois, il n’y a pas eu emploi d’une force exceptionnelle. Le juge a aussi rejeté l’argument du ministère public suivant lequel la notion de consentement éclairé devrait être incorporée au droit criminel.

Le juge du procès a conclu qu’il ne pouvait pas accepter l’argument selon lequel le consentement des plaignantes était vicié par une fraude. Il était d’avis que, malgré la modification du texte du *Code*, le seul type de fraude qui vicie le consentement à des rapports sexuels est celui qui touche la nature et le caractère de l’acte ou l’identité du contrevenant (*R. c. Petrozzi* (1987), 35 C.C.C. (3d) 528 (C.A.C.-B.)).

Enfin, il a examiné l’argument du ministère public suivant lequel, en raison de la gravité du risque couru par les plaignantes, leur consentement devrait être vicié pour des raisons d’intérêt public. Cet argument reposait sur l’arrêt *R. c. Jobidon*, [1991] 2 R.C.S. 714, où il a été statué que la liste des facteurs susceptibles de vicier le consentement, au par. 265(3), n’est pas exhaustive et qu’il y a des motifs limités sur lesquels une cour peut s’appuyer

85

86

87

88

icy grounds. This same argument was advanced in *Ssenyonga, supra*, where it was found at p. 265 that the assault provisions of the *Code* were not designed to control the spread of AIDS, rather they were intended to “control the non-consensual direct or indirect application of force by one person to another”.

pour conclure que le consentement est vicié pour des raisons de principe. Le même argument a été avancé dans l'affaire *Ssenyonga*, précitée, où il a été jugé, à la p. 265, que les dispositions du *Code* relatives aux voies de fait visaient non pas à freiner la propagation du sida, mais plutôt à [TRADUCTION] «réprimer l'emploi direct ou indirect de la force par une personne contre une autre personne sans son consentement».

⁸⁹ The trial judge concluded that although the accused's actions were repugnant and deserving of punishment, it would overstretch the offence of assault or aggravated assault to apply them to this case. He therefore allowed the application for a directed verdict and acquitted the accused.

Le juge du procès a conclu que, même si les actes de l'accusé étaient répugnants et méritaient d'être punis, on élargirait indûment la portée des infractions de voies de fait ou de voies de fait graves si on les appliquait en l'espèce. Il a donc accueilli la demande de verdict imposé et a acquitté l'accusé.

B. *British Columbia Court of Appeal* (1996), 141 D.L.R. (4th) 503

B. *Cour d'appel de la Colombie-Britannique* (1996), 141 D.L.R. (4th) 503

⁹⁰ Prowse J.A. began by reviewing the legislative and jurisprudential history of the fraud provision and noted that prior to the removal of the words “nature and quality of the act”, the case law had narrowly defined the types of fraud which could vitiate consent. Further, she concluded that the *Code* amendments were not intended to broaden the categories of fraud which would vitiate consent, and that the trial judge was correct in following the decision in *Petrozzi, supra*.

Le juge Prowse a d'abord fait l'historique législatif et jurisprudentiel de la disposition relative à la fraude, et a fait remarquer qu'avant la suppression des termes «la nature et le caractère de l'acte», la jurisprudence avait défini étroitement les types de fraude susceptibles de vicier le consentement. De plus, elle a conclu que les modifications du *Code* ne visaient pas à élargir les catégories de fraude qui vicieraient le consentement, et que le juge du procès avait eu raison de suivre l'arrêt *Petrozzi*, précité.

⁹¹ Prowse J.A. then considered whether a valid consent to sexual intercourse had to be an informed consent. She rejected the submission that the informed consent doctrine developed in *Norberg v. Wynrib*, [1992] 2 S.C.R. 226, should be applied in this case for two reasons. First, she did not find that the inequality of information which existed between the complainants and the respondent resulted in the power imbalance or exploitation contemplated in *Norberg*. Second, she was reluctant to import informed consent principles from tort law into the realm of criminal law.

Le juge Prowse s'est ensuite demandé si, pour être valide, le consentement à des rapports sexuels devait être éclairé. Elle a rejeté, pour deux motifs, l'argument selon lequel il y avait lieu d'appliquer en l'espèce la règle du consentement éclairé établie dans *Norberg c. Wynrib*, [1992] 2 R.C.S. 226. Premièrement, elle n'a pas considéré que l'inégalité qui existait entre les plaignantes et l'intimé, sur le plan des renseignements dont ils disposaient, avaient engendré l'inégalité du rapport de force ou l'exploitation envisagées dans *Norberg*. Deuxièmement, elle hésitait à incorporer dans le droit criminel les principes du consentement éclairé applicables en matière de responsabilité délictuelle.

Prowse J.A. also rejected the Crown argument that the respondent's conduct exceeded the scope of the complainants' consent. She concluded that the sexual acts engaged in by the respondent and the complainants involved no more force than is naturally inherent in the sexual act.

Finally, Prowse J.A. considered whether the complainants' consent should be rendered ineffective on grounds of public policy. She found it significant that the complainants in this case did not suffer physical injuries but were only exposed to the risk of injury. This was very different from the position presented in *Jobidon*, *supra*, where this Court vitiated a complainant's consent to engage in a fist fight where the force applied caused serious harm. Prowse J.A. concluded that the criminal law of assault is not the proper legal mechanism for dealing with the problem of HIV/AIDS transmission and she refused to create another category of conduct which would vitiate consent.

III. Relevant Statutory Provisions

Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46

265. (1) A person commits an assault when

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

. . . .

(2) This section applies to all forms of assault, including sexual assault, sexual assault with a weapon, threats to a third party or causing bodily harm and aggravated sexual assault.

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

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

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

Le juge Prowse a aussi rejeté l'argument du ministère public selon lequel le comportement de l'intimé excédait ce à quoi les plaignantes avaient consenti. Elle a conclu que les actes sexuels auxquels s'étaient livrés l'intimé et les plaignantes n'avaient pas comporté plus de force que celle qui est naturellement inhérente à un acte sexuel.

Enfin, le juge Prowse s'est demandé si le consentement des plaignantes devait être invalidé pour des raisons d'intérêt public. Elle a jugé important le fait que les plaignantes, en l'espèce, n'aient subi aucune blessure, mais n'aient été exposées qu'à un risque de blessure. Cela était très différent de la situation dans l'arrêt *Jobidon*, précité, où notre Cour a invalidé le consentement du plaignant à se livrer à une bagarre à coups de poing où la force employée avait causé un préjudice grave. Le juge Prowse a statué que le droit criminel en matière de voies de fait n'est pas le mécanisme juridique approprié pour régler le problème de la transmission du VIH ou du sida, et elle a refusé d'établir une autre catégorie de comportement qui vicierait le consentement.

III. Les dispositions législatives pertinentes

Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46

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

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

. . . .

(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.

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

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

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

92

93

94

(c) fraud; or

(d) the exercise of authority.

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

(2) Every one who commits an aggravated assault is guilty of an indictable offence and liable to imprisonment for a term not exceeding fourteen years.

IV. Analysis

95

The respondent was charged with two counts of aggravated assault. This charge requires the Crown to prove first that the accused's acts "endanger[ed] the life of the complainant" (s. 268(1)) and, second, that the accused intentionally applied force without the consent of the complainant (s. 265(1)(a)). Like the Court of Appeal and the trial judge I agree that the first requirement was satisfied. There can be no doubt the respondent endangered the lives of the complainants by exposing them to the risk of HIV infection through unprotected sexual intercourse. The potentially lethal consequences of infection permit no other conclusion. Further, it is not necessary to establish that the complainants were in fact infected with the virus. There is no prerequisite that any harm must actually have resulted. This first requirement of s. 268(1) is satisfied by the significant risk to the lives of the complainants occasioned by the act of unprotected intercourse.

96

The second requirement of applied force without the consent of the complainants presents greater difficulties. Both complainants consented to engage in unprotected sexual intercourse with the respondent. This must include consent to the application of the force inherent in that activity. The Crown contends that the complainants' consent was not legally effective because it was obtained by fraud. The complainants testified that if they had been informed that the respondent was HIV-positive they would never have agreed to unprotected sexual intercourse with him.

c) soit de la fraude;

d) soit de l'exercice de l'autorité.

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

(2) Quiconque commet des voies de fait graves est coupable d'un acte criminel et passible d'un emprisonnement maximal de quatorze ans.

IV. Analyse

L'intimé a fait l'objet de deux chefs d'accusation de voies de fait graves. Une telle accusation exige que le ministère public prouve, premièrement, que les actes de l'accusé ont mis en danger la vie du plaignant (par. 268(1)) et, deuxièmement, que l'accusé a, d'une manière intentionnelle, employé la force contre le plaignant sans son consentement (al. 265(1)a)). Je conviens avec la Cour d'appel et le juge du procès que la première condition est remplie. Il n'y a pas de doute que l'intimé a mis en danger la vie des plaignantes en les exposant au risque d'être infectées par le VIH en ayant avec elles des rapports sexuels non protégés. Aucune autre conclusion n'est possible compte tenu des conséquences potentiellement mortelles d'une telle infection. De plus, il n'est pas nécessaire d'établir que les plaignantes ont effectivement été infectées par le virus. Il n'y a pas d'exigence préalable qu'un préjudice ait réellement résulté. Le risque important auquel les rapports sexuels non protégés ont exposé la vie des plaignantes satisfait à la première condition du par. 268(1).

La deuxième condition, savoir l'emploi de la force sans le consentement des plaignantes, soulève plus de difficultés. Les deux plaignantes ont consenti à des rapports sexuels non protégés avec l'intimé. Cela doit comprendre le consentement à l'emploi de la force inhérente à cette activité. Le ministère public soutient que le consentement des plaignantes était sans effet en droit puisqu'il avait été obtenu par fraude. Les plaignantes ont témoigné que, si elles avaient su que l'intimé était séropositif, elles n'auraient jamais consenti à avoir des rapports sexuels non protégés avec lui.

A. *The Approach to Fraud Vitiating Consent After R. v. Clarence*

Up until 1983, the indecent assault provisions in the *Code* provided that consent was vitiated where it was obtained “by false and fraudulent representations as to the nature and quality of the act”. The requirement that fraud relate to the “nature and quality of the act” reflected the approach to consent in sexual assault cases which has existed at common law since *R. v. Clarence* (1888), 22 Q.B.D. 23. There it was held by the majority that a husband’s failure to disclose that he had gonorrhoea did not vitiate his wife’s consent to sexual intercourse. It was stated at p. 44 that

the only sorts of fraud which so far destroy the effect of a woman’s consent as to convert a connection consented to in fact into a rape are frauds as to the nature of the act itself, or as to the identity of the person who does the act.

Clarence was cited with approval in *Bolduc v. The Queen*, [1967] S.C.R. 677. In that case indecent assault charges arose from a medical examination conducted by a properly qualified intern. The examination was witnessed by a friend of the intern. The complainant was led to believe that the friend was also an intern but he was actually a voyeur. The Court held that the complainant consented to the examination and that the fraud did not go to the nature and quality of the act.

In *R. v. Maurantonio*, [1968] 1 O.R. 145 (C.A.), a man falsely held himself out to be a doctor and purported to conduct gynaecological examinations of several women. It was found that the victims consented to a medical examination but received something which was altogether different. It was held that the fraud related to the nature and quality of the act and thus vitiated their consent. It was stated at p. 152, that

[t]he general rule is that if deception causes a misunderstanding as to the nature of the act itself there is no

A. *L’interprétation de la fraude viciant le consentement après la décision R. c. Clarence*

Jusqu’en 1983, les dispositions du *Code* relatives à l’attentat à la pudeur prévoyaient que le consentement était vicié s’il était obtenu «par de fausses et frauduleuses représentations sur la nature et le caractère de l’acte». La condition que la fraude concerne «la nature et le caractère de l’acte» reflétait la façon dont la common law abordait le consentement dans les cas d’agression sexuelle, depuis la décision *R. c. Clarence* (1888), 22 Q.B.D. 23. Dans cette affaire, la cour à la majorité avait statué que l’omission du mari de révéler à son épouse qu’il avait la gonorrhée n’avait pas vicié le consentement de cette dernière à des rapports sexuels. La cour affirme, à la p. 44, que

[TRADUCTION] les seules sortes de fraude qui, jusqu’à maintenant, annihilent le consentement d’une femme de manière à transformer en un viol des rapports auxquels elle a consenti sont celles qui ont trait à la nature de l’acte lui-même ou à l’identité de la personne qui l’accomplit.

La décision *Clarence* a été citée et approuvée dans *Bolduc c. The Queen*, [1967] R.C.S. 677. Dans cet arrêt, des accusations d’attentat à la pudeur avaient été portées à la suite d’un examen médical par un interne dûment qualifié. L’examen avait été effectué en présence d’un ami de l’interne. On avait fait croire à la plaignante que l’ami était lui aussi un interne, alors qu’il était en réalité un voyeur. La Cour a statué que la plaignante avait consenti à l’examen et que la fraude ne concernait pas la nature et le caractère de l’acte.

Dans l’arrêt *R. c. Maurantonio*, [1968] 1 O.R. 145 (C.A.), un homme s’est fait passer pour un médecin et a prétendu effectuer des examens gynécologiques sur plusieurs femmes. Il a été jugé que les victimes avaient consenti à un examen médical, mais qu’elles avaient subi quelque chose de tout à fait différent. La cour a statué que la fraude était liée à la nature et au caractère de l’acte et qu’elle avait ainsi vicié leur consentement. Elle affirme, à la p. 152, que

[TRADUCTION] [e]n règle générale, si la tromperie provoque un malentendu quant à la nature de l’acte lui-

97

98

99

legally recognized consent because what happened is not that for which consent was given. . . .

However, in *obiter* Hartt J. (*ad hoc*) sagely suggested that a broader interpretation of “nature and quality of the act” would be appropriate in certain cases. Thus, by 1968 there was some indication that the archaic strictures of the *Clarence* approach might be loosened.

100 In 1983, the *Criminal Code* was amended. The rape and indecent assault provisions were replaced by the offence of sexual assault. The s. 265 assault provision was enacted in its present form, and it, by the terms of s. 265(2), applies to all forms of assault, including sexual assault.

101 Section 265(3)(c) simply states that no consent is obtained where the complainant submits or does not resist by reason of “fraud”. There are no limitations or qualifications on the term “fraud”. Nonetheless, some controversy has arisen as to whether the apparently clear language of the new section removed the requirement that fraud vitiating consent must relate to the “nature and quality of the act”.

102 In *Petrozzi, supra*, the British Columbia Court of Appeal found that despite the new wording of s. 265(3)(c) (then s. 244(3)(c)), the old common law rule that the fraud must relate to the “nature and quality of the act” was still applicable. It held that there was no indication that by amending the *Code* provisions, Parliament intended to broaden the types of fraud which could vitiate consent. The accused had agreed to pay the complainant \$100 for sexual services but did not intend to make that payment. The Court of Appeal held that this type of fraud could not be said to relate to the nature and quality of the act and was insufficient to vitiate the complainant’s consent. In reaching its conclu-

même, il n’y a pas de consentement reconnu en droit puisque ce qui s’est produit n’est pas ce à quoi on a consenti . . .

Toutefois, dans une opinion incidente, le juge Hartt (*ad hoc*) a judicieusement laissé entendre qu’il conviendrait dans certains cas de donner une interprétation large à l’expression «la nature et le caractère de l’acte». Ainsi, dès 1968, il y avait certaines indications que les restrictions archaïques de la méthode de la décision *Clarence* pourraient être assouplies.

En 1983, le *Code criminel* a été modifié. Les dispositions relatives au viol et à l’attentat à la pudeur ont été remplacées par l’infraction d’agression sexuelle. L’article 265 concernant les voies de fait a été adopté sous sa forme actuelle et, en vertu du par. 265(2), il s’applique à toutes les espèces de voies de fait, y compris les agressions sexuelles.

L’alinéa 265(3)c) prévoit simplement que ne constitue pas un consentement le fait pour le plaignant de se soumettre ou de ne pas résister en raison de la «fraude». Aucune restriction ou réserve n’est apportée au mot «fraude». Il y a eu, néanmoins, une certaine controverse quant à savoir si le texte apparemment clair de ce nouvel article supprimait la condition que la fraude viciant le consentement concerne «la nature et le caractère de l’acte».

Dans l’arrêt *Petrozzi*, précité, la Cour d’appel de la Colombie-Britannique a jugé que, malgré le nouveau libellé de l’al. 265(3)c) (alors l’al. 244(3)c)), l’ancienne règle de common law voulant que la fraude doive concerner «la nature et le caractère de l’acte» s’appliquait encore. Elle a statué que rien n’indiquait qu’en modifiant les dispositions du *Code* le législateur avait voulu élargir les types de fraude susceptibles de vicier le consentement. L’accusé avait accepté de verser 100 \$ à la plaignante pour des services sexuels, mais il n’avait pas l’intention de payer. La Cour d’appel a décidé qu’on ne pouvait pas dire que ce type de fraude concernait la nature et le caractère de l’acte, et qu’elle était insuffisante pour vicier le consentement de la plaignante. Pour tirer cette conclusion,

sion, the court relied heavily on the reasoning in *Clarence*, *supra*.

It cannot be forgotten that the decision in *Clarence* is based on a harsh and antiquated view of marriage. Specifically, that a husband could not be guilty of raping his wife since the marital relationship implied, in law, the wife's consent to all sexual relations. Further, the very narrow interpretation of fraud was based on the view that it would be undesirable to treat fraud in a case of assault or sexual assault in the same way that it is treated in criminal or commercial contexts.

Professor W. H. Holland's article, "HIV/AIDS and the Criminal Law" (1994), 36 *Crim. L.Q.* 279, at pp. 297-98, raises two important points with regard to the *Petrozzi* decision. First, neither the Crown nor the defence believed that the issue of fraud arose and both objected when the trial judge introduced it to the jury. The case had proceeded as if it were solely a question of deciding between the complainant's claim of rape and the accused's position that the act was consensual. It seems questionable whether *Petrozzi* was the appropriate case for determining the proper interpretation of fraud as it is set out in s. 265(3)(c). Second, Craig J.A. in *Petrozzi* noted at p. 542 that there was no policy reason for restricting fraud in assault and sexual assault cases to a case involving the nature and quality of the act. Nonetheless, he concluded that Parliament intended to confirm the old constructions. However, he did not cite a particular authority for that proposition. He wrote:

I fail to appreciate why, as a matter of policy, we should restrict fraud in so far as it relates to consent in common assault and sexual assault cases to a case involving the nature and quality of the act or to a case involving the identity of the offender. Notwithstanding this belief, I have concluded that in enacting the present s. 244, especially s. 244(3)(c), Parliament intended to confirm the construction which the courts have placed

la cour s'est fondée largement sur le raisonnement de la décision *Clarence*, précitée.

Il ne faut pas oublier que la décision *Clarence* repose sur une conception rigoureuse et dépassée du mariage, à savoir qu'un mari ne pouvait pas être coupable du viol de sa femme puisque les relations matrimoniales impliquaient, en droit, le consentement de l'épouse à tous les rapports sexuels. De plus, l'interprétation très restrictive de la fraude reposait sur l'idée qu'il ne serait pas souhaitable de traiter la fraude, dans un cas de voies de fait ou d'agression sexuelle, de la même manière que dans un contexte criminel ou commercial.

Dans son article intitulé «HIV/AIDS and the Criminal Law» (1994), 36 *Crim. L.Q.* 279, aux pp. 297 et 298, le professeur W. H. Holland soulève deux points importants au sujet de la décision *Petrozzi*. Premièrement, ni le ministère public ni la défense ne croyaient que la question de la fraude se posait et ils ont tous deux formulé des objections lorsque le juge du procès l'a soumise au jury. L'affaire avait été entendue comme s'il s'agissait uniquement de décider laquelle de la prétention de la plaignante qu'il y avait eu viol, ou de la thèse de l'accusé, selon laquelle il y avait eu consentement à l'acte, devait être retenue. Il semble douteux que l'affaire *Petrozzi* ait été appropriée pour déterminer l'interprétation à donner au mot «fraude» utilisé à l'al. 265(3)c). Deuxièmement, le juge Craig a fait remarquer, dans *Petrozzi*, à la p. 542, qu'il n'y avait aucune raison de principe de restreindre la fraude, dans les affaires de voies de fait et d'agression sexuelle, aux cas où il est question de la nature et du caractère de l'acte. Il a néanmoins conclu que le législateur avait voulu confirmer les anciennes interprétations. Il n'a toutefois cité aucun précédent à l'appui de cette affirmation. Il a écrit:

[TRADUCTION] Je ne vois pas pourquoi nous devrions, en principe, restreindre la fraude, dans la mesure où elle se rapporte au consentement dans des affaires de voies de fait simples et d'agression sexuelle, aux cas où il est question de nature et du caractère de l'acte ou aux cas où il est question de l'identité du contrevenant. Malgré cette conviction, j'ai conclu qu'en adoptant l'art. 244 actuel, en particulier l'al. 244(3)c), le législateur a voulu

103

104

on the type of fraud which may vitiate consent in sexual cases or assault cases.

confirmer l'interprétation que les tribunaux avaient donnée au type de fraude susceptible de vicier le consentement dans des affaires de sexe ou de voies de fait.

105 I respectfully disagree with this conclusion of Craig J.A. Similarly, I cannot accept the reasoning and conclusion of McDermid J. in *Ssenyonga*, *supra*, which was based on facts virtually identical to those at bar. In my opinion, both the legislative history and the plain language of the provision suggest that Parliament intended to move away from the rigidity of the common law requirement that fraud must relate to the nature and quality of the act. The repeal of statutory language imposing this requirement and its replacement by a reference simply to fraud indicates that Parliament's intention was to provide a more flexible concept of fraud in assault and sexual assault cases.

En toute déférence, je ne suis pas d'accord avec cette conclusion du juge Craig. Je ne puis non plus accepter le raisonnement et la conclusion du juge McDermid dans *Ssenyonga*, précité, qui reposait sur des faits presque identiques à ceux de la présente affaire. À mon avis, autant l'historique que le texte clair de cette disposition portent à croire que le législateur a voulu s'écarter de la rigidité de la condition de common law que la fraude soit liée à la nature et au caractère de l'acte. L'abrogation du texte législatif qui imposait cette condition et son remplacement par la mention de la fraude sans plus indiquent l'intention du législateur de prévoir une notion plus souple de la fraude dans les cas de voies de fait et d'agression sexuelle.

106 This view is consistent with that of several commentators. For example C. Boyle, *Sexual Assault* (1984), at p. 66, stated shortly after the amendments that:

Ce point de vue est compatible avec celui de plusieurs commentateurs. Par exemple, C. Boyle, dans *Sexual Assault* (1984), à la p. 66, a écrit ceci peu après l'adoption des modifications:

It appears that Parliament dropped the rape version and adopted the old assault approach across the board.

[TRADUCTION] Le législateur semble avoir laissé tomber la version du viol pour adopter de façon générale l'ancienne façon d'aborder les voies de fait.

... if it is now recognised that the decks have been cleared for a policy decision as to what is culpable in the context of fraud, then the law may be improved tremendously.

... s'il est maintenant reconnu qu'on se prépare à prendre une décision de principe sur ce qui est coupable dans le contexte d'une fraude, alors la loi peut être améliorée considérablement.

Similarly, A. W. Mewett and M. Manning, *Criminal Law* (2nd ed. 1985), at pp. 596-97, wrote:

De même, A. W. Mewett et M. Manning ont écrit, dans *Criminal Law* (2^e éd. 1985), aux pp. 596 et 597:

But the new provision refers only to "fraud" with no limitation as to the nature and quality of the act. This superficially slight change may actually have profound consequences. . . .

[TRADUCTION] Cependant, les nouvelles dispositions ne mentionnent que la «fraude», sans réserve quant à la nature et au caractère de l'acte. Cette modification apparemment anodine peut en réalité avoir de lourdes conséquences. . . .

All that the new provisions seem to require, however, is a fraud and a causal connection between that fraud and the submission or failure to resist.

Tout ce que les nouvelles dispositions semblent exiger, toutefois, c'est l'existence d'une fraude et d'un lien de causalité entre cette fraude et la soumission ou l'omission de résister.

(See also D. Watt, *The New Offences Against the Person* (1984), at pp. 216-20; and Holland, *supra*, at pp. 297-99.)

(Voir aussi D. Watt, *The New Offences Against the Person* (1984), aux pp. 216 à 220, et Holland, *loc. cit.*, aux pp. 297 à 299.)

I am mindful of the careful comments of Gonthier J. in *Jobidon*, *supra*, that the enactment of s. 265(3) “did not reflect an intent to remove the existing body of common law which already described those limitations and their respective scope” (p. 739). However, the issue in *Jobidon* was whether factors not explicitly listed in s. 265(3), which had previously been held to vitiate consent at common law, were still applicable. Gonthier J. concluded that s. 265(3) was not exhaustive and that consent could be vitiated on public policy grounds in a limited number of circumstances. By way of contrast the case at bar requires an interpretation of the concept of fraud which is explicitly included in s. 265(3) in an unlimited manner. The issue thus is whether limitations which previously existed at common law and in the *Code* should continue to apply. The reasoning in *Jobidon* indicates that it would be appropriate to broadly interpret fraud in these circumstances where the limiting words were specifically removed from the section.

I would therefore conclude that it is no longer necessary when examining whether consent in assault or sexual assault cases was vitiated by fraud to consider whether the fraud related to the nature and quality of the act. A principled approach consistent with the plain language of the section and an appropriate approach to consent in sexual assault matters is preferable. To that end, I see no reason why, with appropriate modifications, the principles which have historically been applied in relation to fraud in criminal law cannot be used.

It is now necessary to consider the nature of fraud and how it should be applied in the context of the wording of the present s. 265.

B. *How Has Fraud Been Defined?*

From its inception, the concept of criminal fraud has had two constituent elements. Stephen, *A His-*

Je n’oublie pas les observations prudentes du juge Gonthier dans l’arrêt *Jobidon*, précité, selon lesquelles l’adoption du par. 265(3) «n’exprim[ait] pas l’intention de supprimer l’ensemble des règles de common law qui décrivaient déjà ces limites et leur portée respective» (p. 739). Dans *Jobidon*, il s’agissait toutefois de savoir si des facteurs non énumérés explicitement au par. 265(3), qui avaient été considérés antérieurement comme viciant le consentement en common law, étaient toujours applicables. Le juge Gonthier a conclu que le par. 265(3) n’était pas exhaustif et que le consentement pouvait être vicié pour des raisons d’intérêt public dans un nombre limité de circonstances. Par contre, l’affaire dont nous sommes saisis requiert une interprétation de la notion de fraude qui est explicitement incluse, sans réserve, au par. 265(3). Il s’agit donc de décider si des limites qui existaient antérieurement en common law et dans le *Code* devraient continuer de s’appliquer. Le raisonnement de l’arrêt *Jobidon* indique qu’il conviendrait de donner une interprétation large à la fraude dans ces circonstances où les mots limitatifs ont été expressément retirés de cette disposition.

En conséquence, je suis d’avis de conclure que, pour déterminer si le consentement a été vicié par une fraude dans des affaires de voies de fait ou d’agression sexuelle, il n’est plus nécessaire de se demander si la fraude était liée à la nature et au caractère de l’acte. Il est préférable d’adopter une interprétation fondée sur des principes qui s’harmonise avec le texte clair de cette disposition et une interprétation appropriée du consentement dans les cas d’agression sexuelle. À cette fin, je ne vois pas pourquoi on ne pourrait pas utiliser les principes qui, dans le passé, ont été appliqués relativement à la fraude en droit criminel, après leur avoir apporté les modifications appropriées.

Il est maintenant nécessaire d’examiner la nature de la fraude et la façon dont elle devrait s’appliquer selon la formulation actuelle de l’art. 265.

B. *Comment la fraude a-t-elle été définie?*

La notion de fraude criminelle a toujours comporté deux éléments constitutifs. Dans *A History of*

107

108

109

110

tory of the Criminal Law of England (1883), vol. 2, described them in this way at pp. 121-22:

... there is little danger in saying that whenever the words “fraud” or “intent to defraud” or “fraudulently” occur in the definition of a crime two elements at least are essential to the commission of the crime; namely, first, deceit or an intention to deceive or in some cases mere secrecy; and, secondly, either actual injury or possible injury or an intent to expose some person either to actual injury or to a risk of possible injury by means of that deceit or secrecy.

111 This was the approach adopted in *In re London and Globe Finance Corp.*, [1903] 1 Ch. 728. Buckley J. described the act of fraud as follows, at pp. 732-33:

To defraud is to deprive by deceit: it is by deceit to induce a man to act to his injury. More tersely it may be put, that to deceive is by falsehood to induce a state of mind; to defraud is by deceit to induce a course of action.

112 A broader definition of fraud was given in *Scott v. Metropolitan Police Commissioner*, [1975] A.C. 819 (H.L.). There, the definition of fraud which was adopted did not include deceit as an essential element. Rather, dishonesty and deprivation were held to be basic to the concept.

113 In *R. v. Olan*, [1978] 2 S.C.R. 1175, the reasoning in *Scott* was adopted and it was held that the two elements of fraud are dishonesty and deprivation. It was put in these words (at p. 1182):

Courts, for good reason, have been loath to attempt anything in the nature of an exhaustive definition of “defraud” but one may safely say, upon the authorities, that two elements are essential, “dishonesty” and “deprivation”. To succeed, the Crown must establish dishonest deprivation.

As well the requirement of deprivation was widened so that the risk of deprivation alone is sufficient. Thus, the defrauded party need not show

the Criminal Law of England (1883), vol. 2, Stephen les décrit en ces termes, aux pp. 121 et 122:

[TRADUCTION] ... on peut affirmer sans trop risquer de se tromper que, chaque fois que les mots «fraude», «intention de frauder» ou «frauduleusement» figurent dans la définition d’un acte criminel, au moins deux éléments sont essentiels à la perpétration de cet acte criminel, à savoir, en premier lieu, la supercherie ou l’intention de tromper ou, dans certains cas, la dissimulation, et en deuxième lieu, le préjudice réel ou possible, ou l’intention d’exposer quelqu’un à un préjudice réel ou à un risque de préjudice au moyen de cette supercherie ou de cette dissimulation.

C’est le point de vue qui a été adopté dans *In re London and Globe Finance Corp.*, [1903] 1 Ch. 728. Le juge Buckley y décrit la fraude en ces termes, aux pp. 732 et 733:

[TRADUCTION] Frauder, c’est déposséder par supercherie: c’est recourir à la supercherie pour induire quelqu’un à agir à son détriment. De façon plus concise, on peut dire que tromper c’est recourir au mensonge pour susciter un état d’esprit, alors que frauder c’est recourir à la supercherie pour provoquer une façon d’agir.

Une définition plus large de la fraude a été donnée dans *Scott c. Metropolitan Police Commissioner*, [1975] A.C. 819 (H.L.). La définition de la fraude adoptée dans cet arrêt n’incluait pas la supercherie comme élément essentiel. On considérerait plutôt la malhonnêteté et la privation comme des éléments fondamentaux de cette notion.

Dans l’arrêt *R. c. Olan*, [1978] 2 R.C.S. 1175, la Cour a adopté le raisonnement suivi dans *Scott* et a conclu que les deux éléments de la fraude sont la malhonnêteté et la privation. Elle s’est exprimée en ces termes (à la p. 1182):

Les tribunaux ont de bonnes raisons d’hésiter à définir de façon exhaustive le mot «frauder» (frustrer), mais on peut sans crainte dire que, selon la jurisprudence, deux éléments sont essentiels: la «malhonnêteté» et la «privation». Pour avoir gain de cause, le ministère public doit donc prouver la privation malhonnête.

De même, l’exigence de privation a été élargie de sorte que le risque de privation est suffisant en soi. Ainsi, la victime de la fraude n’est pas tenue de

actual harm or loss resulted from the actions of the accused (at p. 1182):

The element of deprivation is satisfied on proof of detriment, prejudice, or risk of prejudice to the economic interests of the victim. It is not essential that there be actual economic loss as the outcome of the fraud.

The *Olan* approach was endorsed in *R. v. Thérroux*, [1993] 2 S.C.R. 5. There the importance of defining the offence of fraud in light of the underlying objective of promoting honesty in commercial dealings was emphasized. McLachlin J. described the requisite elements of criminal fraud in these words, at pp. 25-26:

To establish the *actus reus* of fraud, the Crown must establish beyond a reasonable doubt that the accused practised deceit, lied, or committed some other fraudulent act. . . . [I]t will be necessary to show that the impugned act is one which a reasonable person would see as dishonest. Deprivation or the risk of deprivation must then be shown to have occurred as a matter of fact. To establish the *mens rea* of fraud the Crown must prove that the accused knowingly undertook the acts which constitute the falsehood, deceit or other fraudulent means, and that the accused was aware that deprivation could result from such conduct.

It was held that mere negligent misrepresentation would not amount to a fraudulent act. However, “deliberately practised fraudulent acts which, in the knowledge of the accused, actually put the property of others at risk” should be subject to criminal sanction (p. 26).

Next it must be determined whether non-disclosure can constitute fraud. Traditionally, courts were of the view that fraud does not include non-disclosure (*R. v. Brasso Datsun (Calgary) Ltd.* (1977), 39 C.R.N.S. 1 (Alta. S.C.T.D.)). However, *Olan*, *supra*, and *Thérroux*, *supra*, have endorsed a wider interpretation of fraud which can include non-disclosure in circumstances where it would be viewed by the reasonable person as dishonest. This view was upheld in *R. v. Zlatic*, [1993] 2 S.C.R. 29. At p. 44 McLachlin J. speaking for the majority, held that if the means to the alleged fraud can

prouver que les actes de l'accusé lui ont réellement causé un préjudice ou une perte (à la p. 1182):

On établit la privation si l'on prouve que les intérêts pécuniaires de la victime ont subi un dommage ou un préjudice ou qu'il y a risque de préjudice à leur égard. Il n'est pas essentiel que la fraude mène à une perte pécuniaire réelle.

Le point de vue de l'arrêt *Olan* a été approuvé dans *R. c. Thérroux*, [1993] 2 R.C.S. 5, où on a souligné l'importance de définir l'infraction de fraude en fonction de l'objectif sous-jacent de promotion de l'honnêteté dans les opérations commerciales. Le juge McLachlin a décrit en ces termes les éléments nécessaires de la fraude criminelle, aux pp. 25 et 26:

Pour établir l'*actus reus* de la fraude, le ministère public doit prouver hors de tout doute raisonnable que l'accusé a eu recours à la supercherie ou au mensonge, ou qu'il a accompli quelque autre acte frauduleux. [. . .] [I]l faudra démontrer que l'acte reproché en est un qu'une personne raisonnable considérerait comme malhonnête. Il faut ensuite démontrer qu'il y a effectivement eu privation ou risque de privation. Pour établir la *mens rea* de la fraude, le ministère public doit démontrer que l'accusé a sciemment employé le mensonge, la supercherie ou un autre moyen dolosif alors qu'il savait qu'une privation pouvait en résulter.

La Cour a conclu que la simple déclaration inexacte faite par négligence ne constitue pas un acte frauduleux. Toutefois, «les actes frauduleux accomplis délibérément qui, à la connaissance de l'accusé, mettent vraiment en péril le bien d'autrui» devraient faire l'objet d'une sanction pénale (p. 26).

Il faut ensuite déterminer si la non-divulgence ou dissimulation peut constituer de la fraude. Les tribunaux étaient traditionnellement d'avis que la fraude ne comprend pas la non-divulgence (*R. c. Brasso Datsun (Calgary) Ltd.* (1977), 39 C.R.N.S. 1 (C.S. 1^{re} inst. Alb.)). Toutefois, dans les arrêts *Olan* et *Thérroux*, précités, la Cour a approuvé une interprétation plus large de la fraude, qui peut comprendre la dissimulation dans des circonstances où elle serait considérée comme malhonnête par une personne raisonnable. Ce point de vue a été confirmé dans *R. c. Zlatic*, [1993] 2 R.C.S. 29.

114

115

be characterized objectively as dishonest they are fraudulent. This, it was observed, can include the non-disclosure of important facts.

Le juge McLachlin a statué, au nom de la majorité, à la p. 44, que si les moyens employés pour commettre la fraude alléguée peuvent être qualifiés objectivement de malhonnêtes, ils sont dolosifs. Elle a fait observer que cela peut comprendre la dissimulation de faits importants.

116 In summary, it can be seen that the essential elements of fraud are dishonesty, which can include non-disclosure of important facts, and deprivation or risk of deprivation.

En résumé, on peut constater que les éléments essentiels de la fraude sont la malhonnêteté, qui peut comprendre la non-divulgaration de faits importants, et la privation ou le risque de privation.

117 The principles which have been developed to address the problem of fraud in the commercial context can, with appropriate modifications, serve as a useful starting point in the search for the type of fraud which will vitiate consent to sexual intercourse in a prosecution for aggravated assault. It is now necessary to consider the type of fraud or fraudulent conduct which will vitiate consent in cases of sexual assault.

Les principes établis pour résoudre le problème de la fraude dans le contexte commercial peuvent, sous réserve de modifications appropriées, servir de point de départ utile pour déterminer le type de fraude qui viciera le consentement à des relations sexuelles dans des poursuites pour voies de fait graves. Il est maintenant nécessaire d'examiner quel type de fraude ou de conduite frauduleuse vicie le consentement dans des affaires d'agression sexuelle.

C. What Is the Type of Fraud Which May Vitate Consent in Cases of Sexual Assault?

C. Quel type de fraude peut vicier le consentement dans des affaires d'agression sexuelle?

118 At the outset it can be accepted that fraud pertaining to the nature and quality of the act or the identity of the partner will still constitute fraud which can be found to vitiate consent. What other acts of dishonesty which give rise to the risk of deprivation can have the same effect?

On peut accepter, au départ, que la fraude ayant trait à la nature et au caractère de l'acte ou à l'identité du partenaire continuera de pouvoir être considérée comme une fraude viciant le consentement. Quels autres actes de malhonnêteté engendrant un risque de privation peuvent avoir le même effet?

119 As early as 1917 courts in the United States accepted that a woman's consent to sexual intercourse is vitiated by the man's fraudulent concealment of the risk of infection from venereal disease. See *State v. Lankford*, 102 A. 63 (Del. Ct. Gen. Sess. 1917). This principle was affirmed in *Kathleen K. v. Robert B.*, 198 Cal.Rptr. 273 (Ct. App. 1984). It was set out in these words at pp. 276-77:

Les tribunaux américains ont reconnu, dès 1917, que le consentement d'une femme à des rapports sexuels est vicié par la dissimulation frauduleuse par l'homme du risque de transmission d'une maladie vénérienne. Voir *State c. Lankford*, 102 A. 63 (Del. Ct. Gen. Sess. 1917). Ce principe a été confirmé dans *Kathleen K. c. Robert B.*, 198 Cal.Rptr. 273 (Ct. App. 1984). Il est énoncé en ces termes, aux pp. 276 et 277:

... a certain amount of trust and confidence exists in any intimate relationship, at least to the extent that one sexual partner represents to the other that he or she is free from venereal or other dangerous contagious disease. The basic premise underlying these old cases — consent to sexual intercourse vitiated by one partner's

[TRADUCTION] ... toute relation intime comporte une certaine confiance, à tout le moins dans la mesure où un partenaire sexuel déclare à l'autre qu'il n'est pas atteint d'une maladie vénérienne ou d'une autre maladie contagieuse grave. Le principe qui sous-tend ces anciennes décisions — le consentement à des rapports sexuels

fraudulent concealment of the risk of infection with venereal disease — is equally applicable today, whether or not the partners involved are married to each other.

Prior to the decision in *Clarence, supra*, this was also the position adopted by courts in England. In *R. v. Bennett* (1866), 4 F. & F. 1105, 176 E.R. 925, a man indecently assaulted his 13-year-old niece who as a result contracted a venereal disease. Although the niece was found to have consented to sexual intercourse with her uncle, it was held that the accused's failure to disclose that he was infected with a venereal disease amounted to fraud which vitiated that consent. In his instruction to the jury, Willes J. noted (at p. 925 E.R.):

An assault is within the rule that fraud vitiates consent, and therefore, if the prisoner, knowing that he had a foul disease, induced his niece to sleep with him, intending to possess her, and infected her, she being ignorant of his condition, any consent, which she may have given, would be vitiated, and the prisoner would be guilty of an indecent assault.

The *Bennett* principle that non-disclosure of a venereal disease is a type of fraud which will vitiate consent to sexual intercourse was applied in *R. v. Sinclair* (1867), 13 Cox C.C. 28. Sinclair had sexual intercourse with a 12-year-old girl who, as a result, contracted gonorrhoea. He was charged with inflicting actual bodily harm. The court noted that if she consented, the accused's failure to communicate that he was afflicted with the venereal disease would vitiate that consent. Shee J. instructed the jury as follows, at p. 29:

If he knew that he had such a disease, and that the probable consequence would be its communication to the girl, and she in ignorance of it consented to the connection, and you are satisfied that she would not have consented if she had known the fact, then her consent is vitiated by the deceit practised upon her, and the prisoner would be guilty of an assault. . . .

vicié par la dissimulation frauduleuse par l'un des partenaires du risque de transmission d'une maladie vénérienne — est tout aussi applicable aujourd'hui, peu importe que les partenaires soient ou non unis par les liens du mariage.

Avant la décision *Clarence*, précitée, c'était également le point de vue des tribunaux anglais. Dans *R. c. Bennett* (1866), 4 F. & F. 1105, 176 E.R. 925, un homme avait attenté à la pudeur de sa nièce de 13 ans et lui avait alors transmis une maladie vénérienne. Même si elle a jugé que la nièce avait consenti à la relation sexuelle avec son oncle, la cour a conclu que l'omission par l'accusé de divulguer qu'il était atteint d'une maladie vénérienne constituait une fraude qui viciait ce consentement. Dans ses directives au jury, le juge Willes a souligné (à la p. 925 E.R.):

[TRADUCTION] Les voies de fait sont visées par la règle selon laquelle la fraude vicie le consentement, et par conséquent, si l'accusé, qui savait qu'il avait cette maladie honteuse, a incité sa nièce à coucher avec lui dans le but de la posséder, et l'a infectée alors qu'elle ignorait son état, tout consentement qu'elle peut avoir donné sera vicié, et l'accusé sera coupable d'attentat à la pudeur.

Le principe de la décision *Bennett* selon lequel la non-divulgation d'une maladie vénérienne est un type de fraude qui vicie le consentement à des rapports sexuels a été appliqué dans *R. c. Sinclair* (1867), 13 Cox C.C. 28. Sinclair avait eu des rapports sexuels avec une jeune fille de 12 ans, à qui il avait alors transmis la gonorrhée. Il a été accusé d'avoir infligé des lésions corporelles. La cour a souligné que, si la victime avait consenti aux rapports sexuels, l'omission de l'accusé de l'informer qu'il était atteint de cette maladie vénérienne vicierait ce consentement. Le juge Shee a donné au jury les directives suivantes, à la p. 29:

[TRADUCTION] S'il savait qu'il était atteint de cette maladie et qu'il la transmettrait probablement à la jeune fille, qui, ignorant ce fait, a consenti à la relation, et que vous êtes convaincus qu'elle n'aurait pas donné son consentement si elle avait connu ce fait, alors son consentement est vicié par la supercherie dont elle a été victime, et l'accusé sera coupable de voies de fait . . .

120

121

- 122 The *Clarence* decision rejected the broad approach to fraud set out in *Bennett and Sinclair*. There the court held that non-disclosure of a venereal infection was not related to the nature of the act of sexual intercourse and therefore the fraud did not vitiate the consent. For the reasons set out earlier neither the reasoning or conclusion reached in *Clarence* are acceptable.
- 123 The deadly consequences that non-disclosure of the risk of HIV infection can have on an unknowing victim, make it imperative that as a policy the broader view of fraud vitiating consent advocated in the pre-*Clarence* cases and in the U.S. decisions should be adopted. Neither can it be forgotten that the *Criminal Code* has been evolving to reflect society's attitude towards the true nature of the consent. The marital rape exemption was repealed in Canada in 1983. The defence of mistaken belief in consent was narrowed in the 1992 amendments. Section 273.2(b) eliminated consent as a defence to sexual assault in situations where the accused did not take reasonable steps to ascertain that the complainant was consenting.
- 124 In my view, it should now be taken that for the accused to conceal or fail to disclose that he is HIV-positive can constitute fraud which may vitiate consent to sexual intercourse.
- D. *Will There Be a Valid Consent in the Absence of Disclosure?*
- 125 Persons knowing that they are HIV-positive who engage in sexual intercourse without advising their partner of the disease may be found to fulfil the traditional requirements for fraud namely dishonesty and deprivation. That fraud may vitiate a partner's consent to engage in sexual intercourse.
- 126 The first requirement of fraud is proof of dishonesty. In light of the provisions of s. 265, the
- La décision *Clarence* a rejeté l'interprétation large donnée à la fraude dans *Bennett et Sinclair*. La cour y a statué que la non-divulgence d'une maladie vénérienne n'avait aucun lien avec la nature des rapports sexuels et que, par conséquent, la fraude ne viciait pas le consentement. Pour les raisons mentionnées plus haut, ni le raisonnement suivi, ni la conclusion tirée dans la décision *Clarence* ne sont acceptables.
- Les conséquences fatales que la non-divulgence du risque d'infection par le VIH peut avoir pour la victime tenue dans l'ignorance rendent impérieuse l'adoption, à titre de principe, du point de vue plus général préconisé dans la jurisprudence antérieure à la décision *Clarence* et dans les décisions américaines, selon lequel la fraude vicie le consentement. Il ne faut pas oublier non plus que le *Code criminel* a évolué de façon à refléter l'attitude de la société à l'égard de la véritable nature du consentement. L'exception du viol commis par un conjoint a été abrogée au Canada en 1983. Le moyen de défense fondé sur la croyance erronée au consentement a été restreint par les modifications de 1992. L'alinéa 273.2b) a éliminé le consentement comme moyen de défense contre une accusation d'agression sexuelle lorsque l'accusé n'a pas pris les mesures raisonnables pour s'assurer du consentement du plaignant.
- À mon avis, il y a maintenant lieu de considérer que le fait pour l'accusé de dissimuler ou de ne pas divulguer sa séropositivité peut constituer une fraude susceptible de vicier le consentement à des rapports sexuels.
- D. *Le consentement sera-t-il valide en l'absence de divulgation?*
- Les personnes qui, sachant qu'elles sont séropositives, ont des rapports sexuels sans aviser leur partenaire de leur maladie peuvent être considérées comme satisfaisant aux conditions traditionnelles de l'existence d'une fraude, à savoir la malhonnêteté et la privation. Cette fraude peut vicier le consentement d'un partenaire à des rapports sexuels.
- La première condition pour qu'il y ait fraude est la preuve de la malhonnêteté. Selon les disposi-

dishonest action or behaviour must be related to the obtaining of consent to engage in sexual intercourse, in this case unprotected intercourse. The actions of the accused must be assessed objectively to determine whether a reasonable person would find them to be dishonest. The dishonest act consists of either deliberate deceit respecting HIV status or non-disclosure of that status. It cannot be forgotten that the act of intercourse is usually far more than the mere manifestation of the drive to reproduce. It can be the culminating demonstration of love, admiration and respect. It is the most intimate of physical relations and what actions and reactions led to mutual consent to undertake it will in retrospect be complex. It would be pointless to speculate whether consent would more readily follow deliberate falsehoods than failure to disclose. The possible consequence of engaging in unprotected intercourse with an HIV-positive partner is death. In these circumstances there can be no basis for distinguishing between lies and a deliberate failure to disclose.

Without disclosure of HIV status there cannot be a true consent. The consent cannot simply be to have sexual intercourse. Rather it must be consent to have intercourse with a partner who is HIV-positive. True consent cannot be given if there has not been a disclosure by the accused of his HIV-positive status. A consent that is not based upon knowledge of the significant relevant factors is not a valid consent. The extent of the duty to disclose will increase with the risks attendant upon the act of intercourse. To put it in the context of fraud the greater the risk of deprivation the higher the duty of disclosure. The failure to disclose HIV-positive status can lead to a devastating illness with fatal consequences. In those circumstances, there exists a positive duty to disclose. The nature and extent of the duty to disclose, if any, will always have to be considered in the context of the particular facts presented.

tions de l'art. 265, l'acte ou le comportement malhonnête doit avoir trait à l'obtention du consentement aux rapports sexuels, en l'occurrence des rapports non protégés. Les actes de l'accusé doivent être appréciés objectivement afin d'établir s'ils seraient considérés comme malhonnêtes par une personne raisonnable. L'acte malhonnête est soit une supercherie délibérée concernant la séropositivité, soit la non-divulgence de cet état de santé. Il ne faut pas oublier que les relations sexuelles sont habituellement plus qu'une simple manifestation de l'instinct de reproduction. Elles peuvent être le point culminant d'une démonstration d'amour, d'admiration et de respect. Elles représentent les relations physiques les plus intimes, et les actions et réactions à l'origine du consentement mutuel à s'y livrer sont complexes et difficiles à saisir rétrospectivement. Il ne servirait à rien de conjecturer sur la question de savoir si le consentement résulterait plus facilement de mensonges délibérés que de l'omission de divulguer. La mort est la conséquence possible de rapports sexuels non protégés avec un partenaire séropositif. Dans ces circonstances, il n'y a aucune raison d'établir une distinction entre les mensonges et l'omission délibérée de divulguer.

Sans divulgation de la séropositivité, il ne peut y avoir de consentement véritable. Le consentement ne peut se limiter uniquement aux rapports sexuels. Il doit plutôt s'agir d'un consentement à des rapports sexuels avec un partenaire séropositif. Il ne peut y avoir de consentement véritable s'il n'y a pas eu divulgation par l'accusé de sa séropositivité. Le consentement qui n'est pas fondé sur la connaissance d'importants facteurs pertinents n'est pas valide. L'obligation de divulguer augmentera avec les risques que comportent les rapports sexuels. En matière de fraude par exemple, plus le risque de privation est élevé, plus l'obligation de divulguer est grande. L'omission de divulguer la séropositivité peut conduire à une maladie dévastatrice ayant des conséquences mortelles. Dans ces circonstances, il existe une obligation absolue de divulguer. La nature et l'étendue de l'obligation de divulguer, s'il en est, devront toujours être examinées en fonction des faits en présence.

128 The second requirement of fraud is that the dishonesty result in deprivation, which may consist of actual harm or simply a risk of harm. Yet it cannot be any trivial harm or risk of harm that will satisfy this requirement in sexual assault cases where the activity would have been consensual if the consent had not been obtained by fraud. For example, the risk of minor scratches or of catching cold would not suffice to establish deprivation. What then should be required? In my view, the Crown will have to establish that the dishonest act (either falsehoods or failure to disclose) had the effect of exposing the person consenting to a significant risk of serious bodily harm. The risk of contracting AIDS as a result of engaging in unprotected intercourse would clearly meet that test. In this case the complainants were exposed to a significant risk of serious harm to their health. Indeed their very survival was placed in jeopardy. It is difficult to imagine a more significant risk or a more grievous bodily harm. As Holland, *supra*, at p. 283, wrote:

The consequences of transmission are grave: at the moment there is no “cure”, a person infected with HIV is considered to be infected for life. The most pessimistic view is that without a cure all people infected with the virus will eventually develop AIDS and die prematurely.

129 To have intercourse with a person who is HIV-positive will always present risks. Absolutely safe sex may be impossible. Yet the careful use of condoms might be found to so reduce the risk of harm that it could no longer be considered significant so that there might not be either deprivation or risk of deprivation. To repeat, in circumstances such as those presented in this case, there must be a significant risk of serious bodily harm before the section can be satisfied. In the absence of those criteria, the duty to disclose will not arise.

130 In situations such as that presented in this case it must be emphasized that the Crown will still be

La deuxième condition de l'existence d'une fraude est que la malhonnêteté entraîne une privation sous forme de préjudice réel ou, simplement, de risque de préjudice. Un préjudice ou risque de préjudice insignifiant ne satisfera pas toutefois à cette condition dans les cas d'agression sexuelle où l'activité aurait été consensuelle si le consentement n'avait pas été obtenu par fraude. Par exemple, le risque de subir de légères égratignures ou d'attraper un rhume ne suffirait pas pour établir la privation. Que faudrait-il alors? À mon avis, le ministère public devra établir que l'acte malhonnête (les mensonges ou l'omission de divulguer) a eu pour effet d'exposer la personne consentante à un risque important de lésions corporelles graves. Le risque de contracter le sida par suite de rapports sexuels non protégés satisferait clairement à ce critère. En l'espèce, les plaignantes étaient exposées à un risque important pour leur santé. En fait, leur survie même était menacée. Il est difficile d'imaginer un risque plus grand ou des lésions corporelles plus graves. Comme l'a écrit Holland, *loc. cit.*, à la p. 283:

[TRADUCTION] Les conséquences de la transmission sont graves: à l'heure actuelle, il n'existe aucun «remède», la personne infectée par le VIH est considérée comme infectée pour la vie. Le point de vue le plus pessimiste est que, sans la découverte d'un remède, toutes les personnes infectées par le virus développeront éventuellement le sida et décéderont prématurément.

Les relations sexuelles avec une personne séropositive comporteront toujours des risques. Il se peut que les relations sexuelles qui ne comportent absolument aucun risque soient impossibles. Toutefois, on pourrait juger que l'utilisation prudente de condoms réduit tellement le risque de préjudice que celui-ci ne serait plus considéré comme important, de sorte qu'il se pourrait qu'il n'y ait plus de privation ou de risque de privation. Encore une fois, dans des circonstances comme celles de la présente affaire, il doit y avoir un risque important de lésions corporelles graves pour qu'il soit satisfait aux exigences de l'article. En l'absence de ces critères, il n'y aura aucune obligation de divulguer.

Dans des situations comme celle qui se présente en l'espèce, il faut souligner que le ministère

required to prove beyond a reasonable doubt that the complainant would have refused to engage in unprotected sex with the accused if she had been advised that he was HIV-positive. As unlikely as that may appear it remains a real possibility. In the words of other decisions it remains a live issue.

Since writing I have had the opportunity of reading the reasons of L'Heureux-Dubé J. written with her customary clarity. It is her position (at para. 16) that any fraud that is "designed to induce the complainant to submit" to the act will vitiate consent and constitute an assault. In her view to do anything less would set a separate standard for fraud in cases of sexual assaults. With respect, this appears to add an additional *mens rea* requirement for fraud, but more importantly this position could give rise to unfortunate consequences. It would trivialize the criminal process by leading to a proliferation of petty prosecutions instituted without judicial guidelines or directions.

It must be remembered that what is being considered is a consensual sexual activity which would not constitute assault were it not for the effect of fraud. Obviously if the act of intercourse or other sexual activity was consensual it could not be an assault. It is only because the consent was obtained by fraud that it is vitiated. Aggravated assault is a very serious offence. Indeed, a conviction for any sexual assault has grave consequences. The gravity of those offences makes it essential that the conduct merit the consequences of conviction.

In the case at bar, the failure to disclose the presence of HIV put the victims at a significant risk of serious bodily harm. The assault provisions of the *Criminal Code* are applicable and appropriately framed to deter and punish this dangerous and deplorable behaviour. To say that any fraud which induces consent will vitiate consent would bring within the sexual assault provisions of the *Code* behaviour which lacks the reprehensible

public sera toujours tenu de prouver hors de tout doute raisonnable que la plaignante aurait refusé d'avoir des relations sexuelles non protégées avec l'accusé si elle avait été informée qu'il était séropositif. Aussi improbable que cela puisse paraître, il s'agit là d'une possibilité réelle. Pour reprendre les termes d'autres décisions, cette question se pose toujours.

Depuis la rédaction des présents motifs, j'ai pris connaissance de ceux que le juge L'Heureux-Dubé a rédigés avec sa clarté habituelle. Elle considère (au par. 16) que toute fraude destinée «à inciter le plaignant à se soumettre» à l'acte vicie le consentement donné et constitue des voies de fait. Se contenter de moins reviendrait, selon elle, à établir une norme distincte pour la fraude dans les affaires d'agression sexuelle. En toute déférence, cela semble ajouter une exigence de *mens rea* applicable à la fraude et, qui plus est, cette position pourrait avoir de fâcheuses conséquences. Elle banaliserait le processus criminel en entraînant une prolifération de poursuites mineures engagées sans lignes directrices ni directives judiciaires.

Il faut se rappeler que ce qui est examiné c'est une activité sexuelle consensuelle qui ne constituerait pas des voies de fait n'était-ce de la fraude. Manifestement, si les rapports ou autres actes sexuels étaient consensuels, il ne pourrait s'agir de voies de fait. Ce n'est que parce que le consentement a été obtenu par fraude qu'il est vicié. Les voies de fait graves sont une infraction très sérieuse. En fait, la déclaration de culpabilité d'agression sexuelle a de lourdes conséquences. En raison de la gravité de ces infractions, il est essentiel de s'assurer que la conduite en cause mérite les conséquences de la déclaration de culpabilité.

En l'espèce, l'omission de divulguer la séropositivité a exposé les victimes à un risque important de lésions corporelles graves. Les dispositions du *Code criminel* relatives aux voies de fait s'appliquent et sont conçues pour punir ce type de comportement dangereux et déplorable, et pour dissuader les gens de l'adopter. Affirmer que toute fraude qui incite à consentir vicie le consentement donné aurait pour effet d'assujettir aux dispositions

131

132

133

character of criminal acts. Let us consider some of the situations which would become criminal if this approach were followed.

134 In these examples I will assume that it will more often be the man who lies but the resulting conviction and its consequences would be the same if it were the woman. Let us assume that the man lied about his age and consensual sexual act or acts then took place. The complainant testifies and establishes that her consent would never have been given were it not for this lie and that detriment in the form of mental distress, had been suffered. Fraud would then be established as a result of the dishonesty and detriment and although there had been no serious risk of significant bodily harm a conviction would ensure.

135 The same result would necessarily follow if the man lied as to the position of responsibility held by him in a company; or the level of his salary; or the degree of his wealth; or that he would never look at or consider another sexual partner; or as to the extent of his affection for the other party; or as to his sexual prowess. The evidence of the complainant would establish that in each case the sexual act took place as a result of the lie and detriment was suffered. In each case consent would have been obtained by fraud and a conviction would necessarily follow. The lies were immoral and reprehensible but should they result in a conviction for a serious criminal offence? I trust not. It is no doubt because of this potential trivialization that the former provisions of the *Code* required the fraud to be related to the nature and quality of the act. This was too restrictive. Yet some limitations on the concept of fraud as it applies to s. 265(3)(c) are clearly necessary or the courts would be overwhelmed and convictions under the sections would defy common sense. The existence of fraud should not vitiate consent unless there is a significant risk of serious harm. Fraud which leads to consent to a sexual act but which does not have that significant risk might ground a civil action. However, it

du *Code* relatives à l'agression sexuelle un comportement qui n'a pas le caractère répréhensible d'un acte criminel. Examinons certaines des situations qui deviendraient criminelles si ce point de vue était adopté.

Dans les exemples qui suivent, je vais présumer que c'est plus souvent l'homme qui ment, mais la déclaration de culpabilité et les conséquences seraient les mêmes si c'était la femme qui mentait. Supposons qu'un seul ou plusieurs actes sexuels consensuels aient été accomplis après que l'homme eut menti au sujet de son âge. La plaignante établit dans son témoignage que, n'eût été ce mensonge, elle n'aurait jamais donné son consentement et qu'elle a subi un préjudice sous forme de souffrances morales. Il y aurait alors fraude en raison de la malhonnêteté et du préjudice et, même s'il n'y avait pas eu de risque important de lésions corporelles graves, une déclaration de culpabilité s'ensuivrait.

On arriverait nécessairement au même résultat si l'homme avait menti au sujet de son poste de responsabilité dans une compagnie, de son salaire, de sa fortune, de son affection pour l'autre, de ses prouesses sexuelles, ou encore en affirmant qu'il ne regarderait ou ne rechercherait jamais une autre partenaire sexuelle. Le témoignage de la plaignante établirait, dans chaque cas, que l'acte sexuel a résulté du mensonge en question et qu'un préjudice a été subi. Dans chaque cas, le consentement aurait été obtenu par fraude et une déclaration de culpabilité s'ensuivrait nécessairement. Les mensonges étaient immoraux et répréhensibles, mais devraient-ils entraîner une déclaration de culpabilité d'infraction criminelle grave? J'espère que non. C'est sans doute à cause de ce risque de banalisation que les dispositions antérieures du *Code* exigeaient que la fraude ait trait à la nature et au caractère de l'acte. Cette exigence était trop restrictive. Pourtant, il est clairement nécessaire d'apporter certaines restrictions à la notion de fraude applicable à l'al. 265(3)c), si on veut éviter l'engorgement des tribunaux et des déclarations de culpabilité fondées sur ces dispositions, qui soient contraires au bon sens. L'existence d'une fraude ne devrait vicier le consentement que s'il y a un ris-

should not provide the foundation for a conviction for sexual assault. The fraud required to vitiate consent for that offence must carry with it the risk of serious harm. This is the standard which I think is appropriate and provides a reasonable balance between a position which would deny that the section could be applied in cases of fraud vitiating consent and that which would proliferate petty prosecutions by providing that any fraud which induces consent will vitiate that consent.

Nor can prosecutorial discretion be used or considered as a means of restraining these prosecutions. In *R. v. Nikal*, [1996] 1 S.C.R. 1013, it was held that “the holder of a constitutional right need not rely upon the exercise of prosecutorial discretion and restraint for the protection of [that] right” (p. 1063). This same principle is applicable in this situation. There is a healthy reluctance to endorse the exercise of prosecutorial discretion as a legitimate means of narrowing the applicability of a criminal section.

It follows that in circumstances such as those presented in this case there must be a significant risk of serious harm if the fraud resulting from non-disclosure is to vitiate the consent to the act of intercourse. For the purposes of this case, it is not necessary to consider every set of circumstances which might come within the proposed guidelines. The standard is sufficient to encompass not only the risk of HIV infection but also other sexually transmitted diseases which constitute a significant risk of serious harm. However, the test is not so broad as to trivialize a serious offence.

In summary, on facts presented in this case, it would be open to the trier of fact to conclude that

que important de préjudice grave. La fraude qui amène à consentir à un acte sexuel mais qui ne comporte pas ce risque important pourrait justifier des poursuites civiles. Cependant, elle ne devrait pas servir de fondement à une déclaration de culpabilité d’agression sexuelle. La fraude requise pour vicier le consentement relativement à cette infraction doit comporter un risque de préjudice grave. Telle est la norme qui convient, à mon avis, et qui établit un équilibre raisonnable entre un point de vue qui rendrait impossible l’application de l’article aux cas de fraude viciant le consentement donné et celui qui favoriserait la prolifération de poursuites mineures en prévoyant que toute fraude qui incite à consentir vicie le consentement ainsi donné.

Ce n’est pas non plus au pouvoir discrétionnaire de poursuivre qu’il faut songer ou recourir pour limiter le nombre de poursuites semblables. Dans *R. c. Nikal*, [1996] 1 R.C.S. 1013, il a été statué que «le titulaire d’un droit constitutionnel n’a pas, pour jouir de la protection de ce droit, à compter que le ministère public fera montre de retenue dans l’exercice de son pouvoir discrétionnaire de poursuivre» (p. 1063). Le même principe est applicable à la présente situation. Il existe 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.

Il s’ensuit que, dans des circonstances comme celles qui se présentent en l’espèce, il doit y avoir un risque important de préjudice grave pour que la fraude découlant d’une non-divulgate vicie le consentement à des rapports sexuels. Aux fins de la présente affaire, il n’est pas nécessaire d’examiner chaque ensemble de circonstances susceptible de relever des lignes directrices proposées. La norme est suffisante pour viser non seulement le risque d’infection par le VIH, mais aussi celui de contracter d’autres maladies transmissibles sexuellement qui constituent un risque important de préjudice grave. Cependant, elle n’est pas large au point de banaliser une infraction grave.

En résumé, d’après les faits de la présente affaire, il serait loisible au juge des faits de con-

136

137

138

the respondent's failure to disclose his HIV-positive status was dishonest; that it resulted in deprivation by putting the complainants at a significant risk of suffering serious bodily harm. If that conclusion is reached, the complainants' consent to sexual intercourse could properly be found to have been vitiated by fraud. It can be seen that applying the proposed standard effectively resolves the issue in this case. However, it is said that the test is too vague. Yet, it cannot be forgotten that all tests or definitions are based on words. They are the building blocks of the law.

139

The phrase "significant risk of serious harm" must be applied to the facts of each case in order to determine if the consent given in the particular circumstances was vitiated. Obviously consent can and should, in appropriate circumstances, be vitiated. Yet this should not be too readily undertaken. The phrase should be interpreted in light of the gravity of the consequences of a conviction for sexual assault and with the aim of avoiding the trivialization of the offence. It is difficult to draw clear bright lines in defining human relations particularly those of a consenting sexual nature. There must be some flexibility in the application of a test to determine if the consent to sexual acts should be vitiated. The proposed test may be helpful to courts in achieving a proper balance when considering whether on the facts presented, the consent given to the sexual act should be vitiated.

E. Does Public Policy Require that the Provisions of Public Health Acts and Regulations Be Used to the Exclusion of the Criminal Code?

140

Intervenors submitted that the criminal law is not the most effective tool for dealing with HIV transmission. They argued that public health initiatives are more appropriately employed to control the spread of HIV and AIDS. They submitted that provinces have established a wide network of testing, education, counselling and support services for people infected by HIV/AIDS. Additionally, it

clure que l'omission de l'intimé de divulguer sa séropositivité était malhonnête et qu'elle a entraîné une privation en exposant les plaignantes à un risque important de lésions corporelles graves. Si une telle conclusion est tirée, on pourrait, à juste titre, conclure que le consentement des plaignantes aux rapports sexuels a été vicié par une fraude. On peut constater que l'application de la norme proposée règle effectivement la question en l'espèce. Toutefois, on dit que ce critère est trop vague. Pourtant, on ne saurait oublier que tous les critères ou toutes les définitions reposent sur des mots. Ils sont les composantes de base du droit.

L'expression «risque important de préjudice grave» doit être appliquée aux faits de chaque cas pour décider si le consentement donné dans les circonstances en cause était vicié. Il est évident que le consentement peut et devrait être vicié dans des circonstances appropriées. Encore est-il que cela ne devrait pas être fait trop aisément. Cette expression devrait être interprétée en fonction de la gravité des conséquences d'une déclaration de culpabilité d'agression sexuelle et de manière à éviter la banalisation de l'infraction. Il est difficile de tracer des lignes claires et précises lorsqu'il s'agit de définir des rapports humains, particulièrement ceux de nature sexuelle consensuelle. L'application d'un critère pour déterminer si le consentement à des actes sexuels devrait être vicié doit être marquée par une certaine souplesse. Le critère proposé peut permettre aux tribunaux d'atteindre un juste équilibre en examinant, si d'après les faits en présence, le consentement donné à l'acte sexuel devrait être vicié.

E. L'intérêt public exige-t-il que seules soient appliquées les dispositions des lois et règlements sur la santé publique, à l'exclusion du Code criminel?

Des intervenants ont fait valoir que le droit criminel n'est pas le meilleur moyen de régler le problème de la transmission du VIH. Ils ont prétendu que les initiatives en matière de santé publique sont plus appropriées pour freiner la propagation du VIH et du sida. Ils ont soutenu que les provinces ont établi un vaste réseau de services de dépistage, d'éducation, de consultation et de sou-

was argued that all Canadian provinces have in place comprehensive public health legislation which gives public health authorities broad powers which can be exercised for the protection of public health. These Acts also provide for the monitoring of the spread of HIV/AIDS and other diseases, the imposition of reporting obligations and mandatory treatment or testing of those suspected of being infected with a transmissible disease.

It was forcefully contended that these endeavours may well prove more effective in controlling the disease than any criminal sanctions which can be devised. However, the criminal law does have a role to play both in deterring those infected with HIV from putting the lives of others at risk and in protecting the public from irresponsible individuals who refuse to comply with public health orders to abstain from high-risk activities. This case provides a classic example of the ineffectiveness of the health scheme. The respondent was advised that he was HIV-positive and on three occasions he was instructed to advise his partner of this and not to have unprotected sex. Nevertheless, he blithely ignored these instructions and endangered the lives of two partners.

Where public health endeavours fail to provide adequate protection to individuals like the complainants, the criminal law can be effective. It provides a needed measure of protection in the form of deterrence and reflects society's abhorrence of the self-centered recklessness and the callous insensitivity of the actions of the respondent and those who have acted in a similar manner. The risk of infection and death of partners of HIV-positive individuals is a cruel and ever present reality. Indeed the potentially fatal consequences are far more invidious and graver than many other actions prohibited by the *Criminal Code*. The risks of infection are so devastating that there is a real and urgent need to provide a measure of protection for those in the position of the complainants. If ever there was a place for the deterrence provided by criminal sanctions it is present in these circum-

ten pour les personnes infectées par le VIH ou atteintes du sida. Ils ont ajouté que toutes les provinces canadiennes ont adopté une législation complète en matière de santé publique qui confère aux autorités sanitaires de larges pouvoirs pour assurer la protection de la santé publique. Ces lois prescrivent aussi la surveillance de la propagation du VIH ou du sida ainsi que d'autres maladies, l'obligation de signaler les maladies et le traitement ou dépistage obligatoire des personnes soupçonnées d'être atteintes d'une maladie transmissible.

On a prétendu avec vigueur que ces efforts pourraient bien se révéler plus efficaces que n'importe quelle sanction pénale pour freiner la maladie. Le droit criminel a toutefois un rôle à jouer à la fois pour dissuader les personnes infectées par le VIH de mettre en danger la vie d'autrui et pour protéger le public contre les individus irresponsables qui refusent de se conformer aux ordonnances en matière de santé publique leur enjoignant d'éviter les activités à risques élevés. La présente affaire est un exemple classique des limites du régime de soins de santé. L'intimé a été informé qu'il était séropositif et s'est vu conseiller, à trois reprises, d'avertir sa partenaire de ce fait et d'éviter les relations sexuelles non protégées. Il a néanmoins passé outre à ces conseils et a mis en danger la vie de deux partenaires.

Lorsque les efforts en matière de santé publique ne permettent pas d'assurer une protection adéquate à des personnes comme les plaignantes, le droit criminel peut être efficace. Il fournit une mesure de protection nécessaire sous forme de dissuasion et reflète l'aversion de la société à l'égard de l'insouciance égocentrique et de l'indifférence grossière de l'intimé et de ceux qui agissent pareillement. Le risque d'infection et de mort qui menace les partenaires des personnes séropositives est une réalité cruelle et permanente. En fait, les conséquences potentiellement fatales sont beaucoup plus odieuses et graves que celles de bien d'autres actes prohibés par le *Code criminel*. Les risques d'infection sont si dévastateurs qu'il existe un besoin réel et urgent d'assurer une certaine protection aux personnes qui se trouvent dans la situation des plaignantes. Si la dissuasion assurée par

141

142

stances. It may well have the desired effect of ensuring that there is disclosure of the risk and that appropriate precautions are taken.

les sanctions pénales a sa place, c'est bien dans les présentes circonstances. Elle peut bien avoir l'effet souhaité, qui est d'assurer que le risque soit divulgué et que les précautions qui s'imposent soient prises.

143 One of the arguments put forward against criminalization was that it will deter those in high-risk groups or marginalized communities from seeking testing. I cannot accept this argument. It is unlikely that individuals would be deterred from seeking testing because of the possibility of criminal sanctions arising later. Those who seek testing basically seek treatment. It is unlikely that they will forego testing because of the possibility of facing criminal charges should they ignore the instructions of public health workers. Although some contrary opinions were referred to, I prefer that of Holland, *supra*, who wrote at p. 288:

L'un des arguments avancés contre la criminalisation est qu'elle dissuadera les membres de groupes à risques élevés ou de communautés marginalisées de recourir au dépistage. Je ne puis retenir cet argument. Il est peu probable que des personnes soient dissuadées de recourir au dépistage en raison de la possibilité de sanctions pénales ultérieures. Les personnes qui demandent à subir un test de dépistage demandent essentiellement un traitement. Il est improbable qu'elles renonceront au dépistage par crainte de faire l'objet de poursuites criminelles si jamais elles ne tiennent pas compte des conseils d'employés des services de santé publique. Bien que des opinions contraires aient été mentionnées, je préfère celle de Holland, *loc. cit.*, qui écrit à la p. 288:

Individuals will not be deterred from testing just because of the possibility that at some future stage they may face criminal liability. . . . People want to know whether they are infected or not and whether any treatment is available. Fear of possible future prosecution for something which has not yet occurred is most unlikely to deter anyone from being tested.

[TRADUCTION] Les gens ne seront pas dissuadés de recourir au dépistage en raison du seul risque d'être éventuellement tenus criminellement responsables. [. . .] Les gens veulent savoir s'ils sont infectés ou non et s'il existe un traitement. La crainte de poursuites ultérieures pour quelque chose qui n'a pas encore eu lieu n'est vraisemblablement pas susceptible de dissuader qui que ce soit de subir un test de dépistage.

144 It was also argued that criminalizing non-disclosure of HIV status will undermine the educational message that all are responsible for protecting themselves against HIV infection. Yet this argument can have little weight. Surely those who know they are HIV-positive have a fundamental responsibility to advise their partners of their condition and to ensure that their sex is as safe as possible. It is true that all members of society should be aware of the danger and take steps to avoid the risk. However, the primary responsibility for making the disclosure must rest upon those who are aware they are infected. I would hope that every member of society no matter how "marginalized" would be sufficiently responsible that they would advise their partner of risks. In these circumstances it is, I trust, not too much to expect that the infected person would advise his partner of his

On a aussi fait valoir que la criminalisation de la non-divulgence de la séropositivité minera le message éducatif selon lequel chaque personne a la responsabilité de se protéger contre le VIH. Encore est-il que cet argument a peu de poids. Il est certain que les personnes qui savent qu'elles sont séropositives ont la responsabilité fondamentale d'aviser leur partenaire de leur séropositivité et de s'assurer que leurs rapports sexuels présentent le moins de risques possible. Il est vrai que tous les membres de la société devraient être conscients du danger et prendre des mesures pour éviter ce risque. Toutefois, la responsabilité première de la divulgation doit incomber aux personnes qui savent qu'elles sont infectées. J'ose espérer que chaque membre de la société, quel que soit son degré de «marginalisation», est suffisamment responsable pour aviser son partenaire des risques en

infection. That responsibility cannot be lightly shifted to unknowing members of society who are wooed, pursued and encouraged by infected individuals to become their sexual partners.

It was also contended that criminalization would further stigmatize all persons with HIV/AIDS. However it cannot be forgotten that the further stigmatization arises as a result of a sexual assault and not because of the disease. Just as an HIV-positive individual convicted of armed robbery will be further stigmatized but it will not be related to the status of his health. To proceed by way of a criminal charge for assault is not to “criminalize” the respondent’s activities. Rather, it is simply to apply the provisions of the *Code* to conduct which could constitute the crime of assault and thereby infringe s. 265.

As Benjamin Disraeli so aptly put it, there are lies, damn lies and statistics. Yet statistics may be useful in certain circumstances. No doubt both sides can gain comfort from statistics when the public policy issue is considered. The following statistics may in any event be important. First, it is significant that the percentage of persons using condoms in the U.S. and Canada, despite the threat of HIV/AIDS, remains alarmingly low. According to U.S. Department of Health and Human Services, Centers for Disease Control and Prevention in 1995 only 13.1 percent of women between the ages of 15-44 used condoms (National Center for Health Statistics, *Vital and Health Statistics: Fertility, Family Planning, and Women’s Health — New Data From the 1995 National Survey of Family Growth*, Series 23, No. 19 (May 1997)). In Canada, regular condom use prior to 1990 was reported only in 24.8 percent of men and 15.6 percent of women in college or university (Health Canada, “Oral Contraceptive and Condom Use”, in *STD Epi Update* (November 1997)). Perhaps most distressing is the fact that the rate of new HIV infections in Canada continues to rise steadily. In 1996 there were between 3,000 and 5,000 esti-

cause. En pareil cas, selon moi, on devrait pouvoir s’attendre à ce que la personne infectée avise son partenaire de son infection. Cette responsabilité ne peut être transmise à la légère à des membres de la société, tenus dans l’ignorance, que des personnes infectées courtisent, poursuivent et encouragent à devenir leur partenaire sexuel.

On a également prétendu que la criminalisation stigmatiserait encore davantage toutes les personnes infectées par le VIH ou atteintes du sida. Il faut toutefois se rappeler que la stigmatisation accrue découle d’une agression sexuelle et non de la maladie. Ainsi, la personne séropositive qui est déclarée coupable de vol à main armée sera stigmatisée davantage, mais cela n’aura rien à voir avec son état de santé. Procéder par voie d’accusation criminelle de voies de fait n’est pas «criminaliser» les activités de l’intimé. Au contraire, c’est simplement appliquer les dispositions du *Code* à une conduite susceptible de constituer un crime de voies de fait et d’enfreindre ainsi l’art. 265.

Comme l’a si bien dit Benjamin Disraeli, il y a les mensonges, les maudits mensonges et les statistiques. Les statistiques peuvent pourtant être utiles dans certaines circonstances. Il n’y a aucun doute que les statistiques peuvent reconforter les deux parties lorsque la question de l’intérêt public est en cause. Les statistiques suivantes peuvent de toute façon être importantes. Premièrement, on constate la faiblesse alarmante du pourcentage de personnes utilisant le condom aux États-Unis et au Canada, malgré la menace du VIH et du sida. Selon les Centers for Disease Control and Prevention du U.S. Department of Health and Human Services, en 1995, seulement 13,1 pour 100 des femmes âgées entre 15 et 44 ans utilisaient le condom (National Center for Health Statistics, *Vital and Health Statistics: Fertility, Family Planning, and Women’s Health — New Data From the 1995 National Survey of Family Growth*, Series 23, No. 19 (mai 1997)). Au Canada, on rapporte qu’avant 1990 seulement 24,8 pour 100 des hommes et 15,6 pour 100 des femmes fréquentant les collèges ou universités utilisaient régulièrement le condom (Santé Canada, «Utilisation des contraceptifs oraux et du condom», dans *Actualités en*

145

146

mated new infections up from 2,500-3,000 per year in the period 1989-1994 (Health Canada, "AIDS and HIV in Canada", in *HIV/AIDS Epi Update* (November 1997)). This appears to indicate that public education alone has not been successful in modifying the behaviour of individuals at risk of contracting AIDS. It follows that if the deterrence of criminal law is applicable it may well assist in the protection of individuals and it should be utilized.

épidémiologie sur les MTS (novembre 1997)). Le plus désolant est peut-être le fait que le taux de nouveaux cas de séropositivité au Canada continue d'augmenter régulièrement. On a estimé qu'il y a eu, en 1996, entre 3 000 et 5 000 nouveaux cas d'infection, alors qu'il y en avait eu entre 2 500 et 3 000 par année de 1989 à 1994 (Santé Canada, «VIH et le sida au Canada», dans *Actualités en épidémiologie sur le VIH/sida* (novembre 1997)). Cela semble indiquer que l'éducation du public n'a pas réussi, à elle seule, à modifier le comportement des individus susceptibles de contracter le sida. Il s'ensuit que, si la dissuasion qu'offre le droit criminel est applicable, elle peut bien aider à protéger les gens et devrait être utilisée.

¹⁴⁷ In summary, an individual who knows he is HIV-positive and has unprotected sexual intercourse without disclosing this condition to his partner may be found guilty of contravening the provisions of s. 265 of the *Criminal Code*. The section provides protection by way of deterrence for those in the position of the complainants. This section like so many provisions of the *Code* is designed to protect society and this protective role must be recognized and enforced. It is right and proper for Public Health authorities to be concerned that their struggles against AIDS should not be impaired. Yet the *Criminal Code* does have a role to play. Through deterrence it will protect and serve to encourage honesty, frankness and safer sexual practices. If the application of the *Criminal Code* really does impede the control of AIDS it will be for Parliament to determine whether the protection afforded by the *Code* should be curtailed in the interests of controlling the plague solely by public health measures.

En résumé, la personne qui sait qu'elle est séropositive et qui a des rapports sexuels non protégés sans divulguer son état de santé à son partenaire peut être déclarée coupable de violation des dispositions de l'art. 265 du *Code criminel*. Cet article protège, par voie de dissuasion, les personnes qui se trouvent dans la situation des plaignantes. À l'instar de tant de dispositions du *Code*, cet article vise à protéger la société et ce rôle de protection doit être reconnu et respecté. C'est bien le moins que les autorités en matière de santé publique soient soucieuses d'éviter que leur lutte contre le sida ne soit pas entravée. Le *Code criminel* a toutefois un rôle à jouer. Grâce à la dissuasion, il protégera et contribuera à encourager l'honnêteté, la franchise et les pratiques sexuelles moins risquées. Si l'application du *Code criminel* nuit effectivement à la lutte contre le sida, il appartiendra au législateur de déterminer s'il y a lieu de réduire la protection accordée par le *Code* et de miser exclusivement sur les mesures en matière de santé publique pour lutter contre ce fléau.

V. Disposition

V. Dispositif

¹⁴⁸ In the result the appeal is allowed, the orders of the Court of Appeal and of the trial judge are set aside and a new trial is directed.

En définitive, le pourvoi est accueilli, les ordonnances de la Cour d'appel et du juge du procès sont annulées et un nouveau procès est ordonné.

Appeal allowed and new trial ordered.

Pourvoi accueilli et nouveau procès ordonné.

Solicitor for the appellant: The Ministry of the Attorney General, Vancouver.

Procureur de l'appelante: Le ministère du Procureur général, Vancouver.

Solicitor for the respondent: Douglas J. Stewart, Vancouver.

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

Solicitors for the intervener the British Columbia Civil Liberties Association: Bull, Housser & Tupper, Vancouver.

Solicitors for the interveners Canadian AIDS Society, Persons with AIDS Society of British Columbia and Canadian HIV/AIDS Legal Network: Goodman & Carr, Toronto; Iler, Campbell, Klippenstein, Toronto.

Procureur de l'intimé: Douglas J. Stewart, Vancouver.

Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Ontario: Le ministère du Procureur général, Toronto.

Procureurs de l'intervenante British Columbia Civil Liberties Association: Bull, Housser & Tupper, Vancouver.

Procureurs des intervenants Société canadienne du sida, Persons with AIDS Society of British Columbia et Réseau juridique canadien VIH/sida: Goodman & Carr, Toronto; Iler, Campbell, Klippenstein, Toronto.

Appendix B

Her Majesty The Queen *Appellant*

v.

Clato Lual Mabior *Respondent*

and

Canadian HIV/AIDS Legal Network, HIV & AIDS Legal Clinic Ontario, Coalition des organismes communautaires québécois de lutte contre le sida, Positive Living Society of British Columbia, Canadian AIDS Society, Toronto People With AIDS Foundation, Black Coalition for AIDS Prevention, Canadian Aboriginal AIDS Network, British Columbia Civil Liberties Association, Criminal Lawyers' Association of Ontario, Association des avocats de la défense de Montréal and Institut national de santé publique du Québec *Interveners*

INDEXED AS: R. v. MABIOR

2012 SCC 47

File No.: 33976.

2012: February 8; 2012: October 5.

Present: McLachlin C.J. and LeBel, Deschamps, Fish, Abella, Rothstein, Cromwell, Moldaver and Karakatsanis JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR MANITOBA

Criminal law — Aggravated assault — Consent — Fraud — Non-disclosure of HIV status — Accused undergoing antiretroviral therapy and having protected and unprotected sexual relations knowing he was HIV-positive — Whether approach outlined in R. v. Cuerrier, [1998] 2 S.C.R. 371, remains valid in determining whether fraud vitiates consent to sexual relations — Whether non-disclosure of HIV status in circumstances where no realistic possibility of transmission exists can constitute fraud vitiating consent — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 265(3)(c), 268, 273.

Sa Majesté la Reine *Appelante*

c.

Clato Lual Mabior *Intimé*

et

Réseau juridique canadien VIH/sida, HIV & AIDS Legal Clinic Ontario, Coalition des organismes communautaires québécois de lutte contre le sida, Positive Living Society of British Columbia, Société canadienne du sida, Toronto People With AIDS Foundation, Black Coalition for AIDS Prevention, Réseau canadien autochtone du sida, Association des libertés civiles de la Colombie-Britannique, Criminal Lawyers' Association of Ontario, Association des avocats de la défense de Montréal et Institut national de santé publique du Québec *Intervenants*

RÉPERTORIÉ : R. c. MABIOR

2012 CSC 47

N° du greffe : 33976.

2012 : 8 février; 2012 : 5 octobre.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU MANITOBA

Droit criminel — Agression sexuelle grave — Consentement — Fraude — Omission de révéler la séropositivité — Accusé sous traitement aux antirétroviraux ayant des rapports sexuels protégés et non protégés tout en se sachant séropositif — La démarche établie dans R. c. Cuerrier, [1998] 2 R.C.S. 371, demeure-t-elle valable pour déterminer si la fraude vicie le consentement aux rapports sexuels? — L'omission de révéler la séropositivité lorsqu'il n'existe aucune possibilité réaliste de transmission du VIH peut-elle constituer une fraude viciant le consentement? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 265(3)c), 268, 273.

M was charged with nine counts of aggravated sexual assault based on his failure to disclose his HIV-positive status to nine complainants before having sex with them (ss. 265(3)(c) and 273 *Cr. C.*). None of the complainants contracted HIV. The trial judge convicted him on six of the counts and acquitted him on the other three, on the basis that sexual intercourse using a condom when viral loads are undetectable does not place a sexual partner at “significant risk of serious bodily harm”, as required by *Cuerrier*. The Court of Appeal varied the decision, holding that either low viral loads or condom use could negate significant risk. This reduced to two the counts on which M could be convicted, and the Court of Appeal entered acquittals on the four remaining counts. The Crown appealed the acquittals.

Held: The appeal should be allowed in part and the convictions in respect of the complaints by S.H., D.C.S. and D.H. should be restored. The appeal should be dismissed in respect of the complaint by K.G.

This Court, in *Cuerrier*, established that failure to disclose that one has HIV may constitute fraud vitiating consent to sexual relations under s. 265(3)(c) *Cr. C.* Because HIV poses a risk of serious bodily harm, the operative offence is one of aggravated sexual assault (s. 273 *Cr. C.*). To obtain a conviction under ss. 265(3)(c) and 273, the Crown must show, beyond a reasonable doubt, that the complainant’s consent to sexual intercourse was vitiated by the accused’s fraud as to his HIV status. The test boils down to two elements: (1) a *dishonest act* (either falsehoods or failure to disclose HIV status); and (2) *deprivation* (denying the complainant knowledge which would have caused him or her to refuse sexual relations that exposed him or her to a significant risk of serious bodily harm). Failure to disclose may amount to fraud where the complainant would not have consented had he or she known the accused was HIV-positive, and where sexual contact poses a significant risk of or causes actual serious bodily harm.

Two main criticisms of the *Cuerrier* test have been advanced: first, that it is uncertain, failing to draw a clear line between criminal and non-criminal conduct, and second, that it either overextends the criminal law or confines it too closely — the problem of breadth. While it may be difficult to apply, the *Cuerrier* approach is in principle valid. It carves out an appropriate

M a été inculpé de neuf chefs d’agression sexuelle grave par suite de son omission d’informer les neuf plaignantes de sa séropositivité avant d’avoir des rapports sexuels avec elles (al. 265(3)c) et art. 273 *C. cr.*). Aucune des plaignantes n’a contracté le VIH. La juge du procès a déclaré M coupable de six des chefs d’accusation et l’a acquitté des trois autres au motif qu’avoir des rapports sexuels en utilisant un condom lorsque la charge virale est indétectable n’expose pas le partenaire sexuel à un « risque important de lésions corporelles graves » comme l’exige l’arrêt *Cuerrier*. La Cour d’appel a modifié la décision, concluant qu’une faible charge virale ou l’utilisation du condom pouvait écarter tout risque important. Dès lors, M ne pouvait être déclaré coupable que de deux chefs, et la Cour d’appel a inscrit des acquittements pour les quatre autres. Le ministère public a interjeté appel de ces acquittements.

Arrêt : Le pourvoi est accueilli en partie, et les déclarations de culpabilité pour agression sexuelle grave sont rétablies relativement aux plaignantes S.H., D.C.S. et D.H. Le pourvoi est rejeté en ce qui concerne la plaignante K.G.

Dans l’arrêt *Cuerrier*, notre Cour établit que l’omission de révéler sa séropositivité peut constituer une fraude viciant le consentement aux relations sexuelles pour l’application de l’al. 265(3)c) *C. cr.* Étant donné que le VIH présente un risque de lésions corporelles graves, l’infraction applicable est celle d’agression sexuelle grave (art. 273 *C. cr.*). Pour obtenir une déclaration de culpabilité sous le régime de l’al. 265(3)c) et de l’art. 273, le ministère public doit démontrer, hors de tout doute raisonnable, que le consentement du plaignant aux relations sexuelles est vicié par la fraude de l’accusé concernant sa séropositivité. Le critère exige essentiellement deux choses : (1) *un acte malhonnête* (le mensonge sur l’état de santé ou l’omission de révéler la séropositivité) et (2) *la privation* (d’éléments d’information qui auraient causé le refus du plaignant d’avoir des relations sexuelles l’exposant à un risque important de lésions corporelles graves). L’omission de révéler peut constituer une fraude lorsque le plaignant n’aurait pas donné son consentement s’il avait su que l’accusé était séropositif et lorsqu’un contact sexuel présente un risque important de lésions corporelles graves ou inflige effectivement de telles lésions.

Le critère issu de l’arrêt *Cuerrier* fait l’objet de deux critiques principales. Premièrement, on lui reproche son caractère incertain en ce qu’il ne permet pas de départager clairement actes criminels et actes non criminels. Deuxièmement, il confère au droit criminel une portée soit trop grande, soit trop restreinte (le problème de la portée). Bien qu’il puisse être difficile à appliquer,

area for the criminal law — one restricted to “significant risk of serious bodily harm”. The test’s approach to consent accepts the wisdom of the common law that not every deception that leads to sexual intercourse should be criminalized, while still according consent meaningful scope.

The *Cuerrier* requirement of “significant risk of serious bodily harm” should be read as requiring disclosure of HIV status if there is a realistic possibility of transmission of HIV. This view is supported by the common law and statutory history of fraud vitiating consent to sexual relations, and is in line with *Charter* values of autonomy and equality that respect the interest of a person to choose whether to consent to sex with a particular person or not. It also gives adequate weight to the nature of the harm involved in HIV transmission, and avoids setting the bar for criminal conviction too high or too low. If there is no realistic possibility of transmission of HIV, failure to disclose that one has HIV will not constitute fraud vitiating consent to sexual relations under s. 265(3)(c).

The evidence adduced in this case leads to the conclusion that, as a general matter, a realistic possibility of transmission of HIV is negated if: (i) the accused’s viral load at the time of sexual relations was low *and* (ii) condom protection was used. This general proposition does not preclude the common law from adapting to future advances in treatment and to circumstances where risk factors other than those considered in this case are at play.

Here, the four complainants all consented to sexual intercourse with M, and testified that they would not have had sex with him had they known he was HIV-positive. M had intercourse by vaginal penetration with the four complainants, during which he ejaculated. At the time of intercourse with the complainants S.H., D.C.S. and D.H., M had a low viral load but did not use a condom. Consequently, those convictions should be maintained. As regards K.G., the record shows that M’s viral load was low. When combined with condom protection, this did not expose K.G. to a significant risk of serious bodily harm. This conviction must accordingly be reversed.

le critère de l’arrêt *Cuerrier* demeure valable sur le plan des principes. Il circonscrit avec justesse la portée du droit criminel — réprimer les actes qui exposent à un « risque important de lésions corporelles graves ». La notion de consentement qui le sous-tend s’inspire de la sagesse de la common law (qui s’abstient de criminaliser toute tromperie incitant à consentir à un rapport sexuel) tout en accordant une grande importance au consentement.

L’exigence d’un « risque important de lésions corporelles graves » formulée dans l’arrêt *Cuerrier* doit être interprétée comme obligeant une personne à révéler sa séropositivité lorsqu’il existe une possibilité réaliste de transmission du VIH. Cette interprétation est étayée par l’évolution de la common law et des lois en matière de fraude viciant le consentement aux relations sexuelles. Elle est en outre dans le droit fil des valeurs d’autonomie et d’égalité de la *Charte* qui ont pour effet de protéger le droit de chacun de consentir ou non à des rapports sexuels avec une personne en particulier. Aussi, cette interprétation tient dûment compte de la nature du préjudice causé par la transmission du VIH et elle ne place la barre ni trop haut ni trop bas pour qu’il puisse y avoir déclaration de culpabilité. En l’absence de possibilité réaliste de transmission du VIH, l’omission de dévoiler sa séropositivité ne constitue pas une fraude viciant le consentement aux relations sexuelles pour l’application de l’al. 265(3)c).

Il appert généralement de la preuve admise au procès que la possibilité réaliste de transmission du VIH n’est pas établie dans la mesure où, (i) au moment considéré, la charge virale de l’accusé était faible *et* (ii) un condom a été utilisé. Cet énoncé général n’empêche pas la common law de s’adapter aux futures avancées thérapeutiques et aux circonstances où des facteurs de risque différents sont en cause.

En l’espèce, les quatre plaignantes ont toutes consenti aux rapports sexuels avec M et témoigné qu’elles n’auraient pas eu ces rapports si elles avaient su que M était séropositif. Il y a eu pénétration vaginale et éjaculation lors des rapports sexuels avec les quatre plaignantes. Lors de ses relations sexuelles avec S.H., D.C.S. et D.H., M avait une charge virale faible, mais il n’a pas utilisé de condom. Les déclarations de culpabilité doivent donc être confirmées dans ces cas. En ce qui concerne K.G., le dossier révèle que la charge virale de M était faible. Combinée à l’utilisation du condom, cette charge virale faible n’a pas exposé K.G. à un risque important de lésions corporelles graves. Par conséquent, la déclaration de culpabilité prononcée dans ce cas doit être annulée.

Cases Cited

Applied: *R. v. Cuerrier*, [1998] 2 S.C.R. 371; **referred to:** *R. v. D.C.*, 2012 SCC 48, [2012] 2 S.C.R. 626; *Proprietary Articles Trade Association v. Attorney-General for Canada*, [1931] A.C. 310; *Reference re Validity of Section 5(a) of the Dairy Industry Act*, [1949] S.C.R. 1, aff'd [1951] A.C. 179; *Lord's Day Alliance of Canada v. Attorney General of British Columbia*, [1959] S.C.R. 497; *The Queen v. Sault Ste. Marie*, [1978] 2 S.C.R. 1299; *Boggs v. The Queen*, [1981] 1 S.C.R. 49; *Skoke-Graham v. The Queen*, [1985] 1 S.C.R. 106; *R. v. Roy*, 2012 SCC 26, [2012] 2 S.C.R. 60; *R. v. Beatty*, 2008 SCC 5, [2008] 1 S.C.R. 49; *The Queen v. Clarence* (1888), 22 Q.B.D. 23; *R. v. Flattery* (1877), 13 Cox C.C. 388; *R. v. Dee* (1884), 15 Cox C.C. 579; *R. v. Bennett* (1866), 4 F. & F. 1105, 176 E.R. 925; *R. v. Sinclair* (1867), 13 Cox C.C. 28; *Hegarty v. Shine* (1878), 14 Cox C.C. 124, aff'd 14 Cox C.C. 145; *Papadimitropoulos v. The Queen* (1957), 98 C.L.R. 249; *R. v. Harms* (1943), 81 C.C.C. 4; *Bolduc v. The Queen*, [1967] S.C.R. 677; *R. v. Petrozzi* (1987), 35 C.C.C. (3d) 528; *R. v. Lee* (1991), 3 O.R. (3d) 726; *R. v. Ssenyonga* (1993), 81 C.C.C. (3d) 257; *State v. Marcks*, 41 S.W. 973 (1897), and 43 S.W. 1095 (1898); *State v. Lankford*, 102 A. 63 (1917); *United States v. Johnson*, 27 M.J. 798 (1988); *United States v. Dumford*, 28 M.J. 836 (1989); *R. v. Maurantonio*, [1968] 1 O.R. 145; *R. v. Sharpe*, 2001 SCC 2, [2001] 1 S.C.R. 45; *Application under s. 83.28 of the Criminal Code (Re)*, 2004 SCC 42, [2004] 2 S.C.R. 248; *R. v. Ewanchuk*, [1999] 1 S.C.R. 330; *R. v. B.*, [2006] EWCA Crim 2945, [2007] 1 W.L.R. 1567; *R. v. Mwai*, [1995] 3 N.Z.L.R. 149; *R. v. Find*, 2001 SCC 32, [2001] 1 S.C.R. 863; *R. v. Spence*, 2005 SCC 71, [2005] 3 S.C.R. 458; *Twining v. Morrice* (1788), 2 Bro. C.C. 326, 29 E.R. 182; *Conolly v. Parsons* (1797), 3 Ves. 625n; *Walters v. Morgan* (1861), 3 De G. F. & J. 718, 45 E.R. 1056; *R. v. McCraw*, [1991] 3 S.C.R. 72; *R. v. Jones*, 2002 NBQB 340, [2002] N.B.J. No. 375 (QL); *R. v. J.A.T.*, 2010 BCSC 766 (CanLII).

Statutes and Regulations Cited

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

Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 7.

Crimes Act 1958 (Vic.), ss. 22, 23.

Crimes Act 1961 (N.Z.), 1961, No. 43, ss. 145, 188(2).

Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 265, 268, 271(1), 273.

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

Criminal Code Act (N.T.), ss. 174C, 174D.

Jurisprudence

Arrêt appliqué : *R. c. Cuerrier*, [1998] 2 R.C.S. 371; **arrêts mentionnés :** *R. c. D.C.*, 2012 CSC 48, [2012] 2 R.C.S. 626; *Proprietary Articles Trade Association c. Attorney-General for Canada*, [1931] A.C. 310; *Reference re Validity of Section 5(a) of the Dairy Industry Act*, [1949] R.C.S. 1, conf. par [1951] A.C. 179; *Lord's Day Alliance of Canada c. Attorney General of British Columbia*, [1959] R.C.S. 497; *La Reine c. Sault Ste-Marie*, [1978] 2 R.C.S. 1299; *Boggs c. La Reine*, [1981] 1 R.C.S. 49; *Skoke-Graham c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 106; *R. c. Roy*, 2012 CSC 26, [2012] 2 R.C.S. 60; *R. c. Beatty*, 2008 CSC 5, [2008] 1 R.C.S. 49; *The Queen c. Clarence* (1888), 22 Q.B.D. 23; *R. c. Flattery* (1877), 13 Cox C.C. 388; *R. c. Dee* (1884), 15 Cox C.C. 579; *R. c. Bennett* (1866), 4 F. & F. 1105, 176 E.R. 925; *R. c. Sinclair* (1867), 13 Cox C.C. 28; *Hegarty c. Shine* (1878), 14 Cox C.C. 124, conf. par 14 Cox C.C. 145; *Papadimitropoulos c. The Queen* (1957), 98 C.L.R. 249; *R. c. Harms* (1943), 81 C.C.C. 4; *Bolduc c. The Queen*, [1967] R.C.S. 677; *R. c. Petrozzi* (1987), 35 C.C.C. (3d) 528; *R. c. Lee* (1991), 3 O.R. (3d) 726; *R. c. Ssenyonga* (1993), 81 C.C.C. (3d) 257; *State c. Marcks*, 41 S.W. 973 (1897), et 43 S.W. 1095 (1898); *State c. Lankford*, 102 A. 63 (1917); *United States c. Johnson*, 27 M.J. 798 (1988); *United States c. Dumford*, 28 M.J. 836 (1989); *R. c. Maurantonio*, [1968] 1 O.R. 145; *R. c. Sharpe*, 2001 CSC 2, [2001] 1 R.C.S. 45; *Demande fondée sur l'art. 83.28 du Code criminel (Re)*, 2004 CSC 42, [2004] 2 R.C.S. 248; *R. c. Ewanchuk*, [1999] 1 R.C.S. 330; *R. c. B.*, [2006] EWCA Crim 2945, [2007] 1 W.L.R. 1567; *R. c. Mwai*, [1995] 3 N.Z.L.R. 149; *R. c. Find*, 2001 CSC 32, [2001] 1 R.C.S. 863; *R. c. Spence*, 2005 CSC 71, [2005] 3 R.C.S. 458; *Twining c. Morrice* (1788), 2 Bro. C.C. 326, 29 E.R. 182; *Conolly c. Parsons* (1797), 3 Ves. 625n; *Walters c. Morgan* (1861), 3 De G. F. & J. 718, 45 E.R. 1056; *R. c. McCraw*, [1991] 3 R.C.S. 72; *R. c. Jones*, 2002 NBQB 340, [2002] N.B.J. No. 375 (QL); *R. c. J.A.T.*, 2010 BCSC 766 (CanLII).

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 7.

Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 265, 268, 271(1), 273.

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

Crimes Act 1958 (Vic.), art. 22, 23.

Crimes Act 1961 (N.-Z.), 1961, No. 43, art. 145, 188(2).

Criminal Code Act (N.T.), art. 174C, 174D.

Criminal Law Consolidation Act 1935 (S.A.), art. 29.

Loi modifiant le Code criminel en matière d'infractions sexuelles et d'autres infractions contre la personne et apportant des modifications corrélatives à d'autres lois, S.C. 1980-81-82-83, ch. 125, art. 19.

Criminal Law Consolidation Act 1935 (S.A.), s. 29.
Offences against the Person Act, 1861 (U.K.), 24 & 25
 Vict., c. 100, ss. 18, 20.

Authors Cited

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

Boily, Marie-Claude, et al. “Heterosexual risk of HIV-1 infection per sexual act: systematic review and meta-analysis of observational studies” (2009), 9 *Lancet Infect. Dis.* 118.

Burris, Scott, et al. “Do Criminal Laws Influence HIV Risk Behavior? An Empirical Trial” (2007), 39 *Ariz. St. L.J.* 467.

Cohen, Myron S., et al. “Prevention of HIV-1 Infection with Early Antiretroviral Therapy” (2011), 365 *New Eng. J. Med.* 493.

Grant, Isabel. “The Prosecution of Non-disclosure of HIV in Canada: Time to Rethink *Cuerrier*” (2011), 5 *M.J.L.H.* 7.

Leigh, L. H. “Two cases on consent in rape” (2007), 5 *Arch. News* 6.

Nightingale, Brenda L. *The Law of Fraud and Related Offences*. Scarborough, Ont.: Carswell, 1996 (loose-leaf updated 2011, release 3).

Wainberg, Mark A. “Criminalizing HIV transmission may be a mistake” (2009), 180 *C.M.A.J.* 688.

Weller, Susan C., and Karen Davis-Beaty. “Condom effectiveness in reducing heterosexual HIV transmission” (2002), 1 *Cochrane Database Syst. Rev.* CD003255.

APPEAL from a judgment of the Manitoba Court of Appeal (Steel, MacInnes and Beard J.J.A.), 2010 MBCA 93, 258 Man. R. (2d) 166, 261 C.C.C. (3d) 520, 79 C.R. (6th) 1, [2011] 2 W.W.R. 211, [2010] M.J. No. 308 (QL), 2010 CarswellMan 587, setting aside convictions for aggravated sexual assault entered by McKelvey J., 2008 MBQB 201, 230 Man. R. (2d) 184, [2008] M.J. No. 277 (QL), 2008 CarswellMan 406. Appeal allowed in part.

Elizabeth Thomson and Ami Kotler, for the appellant.

Amanda Sansregret and Corey La Berge, for the respondent.

Jonathan Shime, Corie Langdon, Richard Elliott and Ryan Peck, for the interveners the Canadian HIV/AIDS Legal Network, the HIV &

Offences against the Person Act, 1861 (R.-U.), 24 & 25
 Vict., ch. 100, art. 18, 20.

Doctrine et autres documents cités

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

Boily, Marie-Claude, et al. « Heterosexual risk of HIV-1 infection per sexual act : systematic review and meta-analysis of observational studies » (2009), 9 *Lancet Infect. Dis.* 118.

Burris, Scott, et al. « Do Criminal Laws Influence HIV Risk Behavior? An Empirical Trial » (2007), 39 *Ariz. St. L.J.* 467.

Cohen, Myron S., et al. « Prevention of HIV-1 Infection with Early Antiretroviral Therapy » (2011), 365 *New Eng. J. Med.* 493.

Grant, Isabel. « The Prosecution of Non-disclosure of HIV in Canada : Time to Rethink *Cuerrier* » (2011), 5 *R.D.S.M.* 7.

Leigh, L. H. « Two cases on consent in rape » (2007), 5 *Arch. News* 6.

Nightingale, Brenda L. *The Law of Fraud and Related Offences*. Scarborough, Ont. : Carswell, 1996 (loose-leaf updated 2011, release 3).

Wainberg, Mark A. « Criminalizing HIV transmission may be a mistake » (2009), 180 *J.A.M.C.* 688.

Weller, Susan C., and Karen Davis-Beaty. « Condom effectiveness in reducing heterosexual HIV transmission » (2002), 1 *Cochrane Database Syst. Rev.* CD003255.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d’appel du Manitoba (les juges Steel, MacInnes et Beard), 2010 MBCA 93, 258 Man. R. (2d) 166, 261 C.C.C. (3d) 520, 79 C.R. (6th) 1, [2011] 2 W.W.R. 211, [2010] M.J. No. 308 (QL), 2010 CarswellMan 587, qui a annulé des déclarations de culpabilité d’agression sexuelle grave inscrites par la juge McKelvey, 2008 MBQB 201, 230 Man. R. (2d) 184, [2008] M.J. No. 277 (QL), 2008 CarswellMan 406. Pourvoi accueilli en partie.

Elizabeth Thomson et Ami Kotler, pour l’appelante.

Amanda Sansregret et Corey La Berge, pour l’intimé.

Jonathan Shime, Corie Langdon, Richard Elliott et Ryan Peck, pour les intervenants le Réseau juridique canadien VIH/sida, HIV & AIDS Legal Clinic

AIDS Legal Clinic Ontario, Coalition des organismes communautaires québécois de lutte contre le sida, the Positive Living Society of British Columbia, the Canadian AIDS Society, the Toronto People With AIDS Foundation, the Black Coalition for AIDS Prevention and the Canadian Aboriginal AIDS Network.

Michael A. Feder and Angela M. Juba, for the intervener the British Columbia Civil Liberties Association.

P. Andras Schreck and Candice Suter, for the intervener the Criminal Lawyers' Association of Ontario.

François Dadour, for the intervener Association des avocats de la défense de Montréal.

Lucie Joncas and François Côté, for the intervener Institut national de santé publique du Québec.

The judgment of the Court was delivered by

THE CHIEF JUSTICE —

I. Overview

[1] This case raises the issue of whether an HIV-positive person who engages in sexual relations without disclosing his condition commits aggravated sexual assault.

[2] Sex without consent is sexual assault under s. 265 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46. *R. v. Cuerrier*, [1998] 2 S.C.R. 371, establishes that failure to advise a partner of one's HIV status may constitute fraud vitiating consent. Because HIV poses a risk of serious bodily harm, the operative offence is one of aggravated sexual assault, attracting a maximum sentence of life imprisonment: *Cuerrier*, at para. 95; ss. 265, 268 and 273 *Cr. C.*

Ontario, la Coalition des organismes communautaires québécois de lutte contre le sida, Positive Living Society of British Columbia, la Société canadienne du sida, Toronto People With AIDS Foundation, Black Coalition for AIDS Prevention et le Réseau canadien autochtone du sida.

Michael A. Feder et Angela M. Juba, pour l'intervenante l'Association des libertés civiles de la Colombie-Britannique.

P. Andras Schreck et Candice Suter, pour l'intervenante Criminal Lawyers' Association of Ontario.

François Dadour, pour l'intervenante l'Association des avocats de la défense de Montréal.

Lucie Joncas et François Côté, pour l'intervenant l'Institut national de santé publique du Québec.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LA JUGE EN CHEF —

I. Aperçu

[1] Le présent pourvoi soulève la question de savoir si une personne porteuse du VIH qui a des relations sexuelles sans révéler sa séropositivité commet une agression sexuelle grave.

[2] La personne qui a des rapports sexuels avec une autre sans le consentement de cette dernière commet une agression sexuelle suivant l'art. 265 du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46. Dans l'arrêt *R. c. Cuerrier*, [1998] 2 R.C.S. 371, la Cour établit que l'omission d'informer le partenaire de sa séropositivité peut constituer une fraude viciant le consentement. Étant donné que le VIH présente un risque de lésions corporelles graves, l'infraction applicable est celle d'agression sexuelle grave, dont la perpétration rend passible de la peine maximale d'emprisonnement à perpétuité : *Cuerrier*, par. 95; art. 265, 268 et 273 *C. cr.*

[3] While *Cuerrier* laid down the basic requirements for the offence, the precise circumstances when failure to disclose HIV status vitiates consent and converts sexual activity into a criminal act remain unclear. The parties ask this Court for clarification.

[4] I conclude that a person may be found guilty of aggravated sexual assault under s. 273 of the *Criminal Code* if he fails to disclose HIV-positive status before intercourse and there is a realistic possibility that HIV will be transmitted. If the HIV-positive person has a low viral count as a result of treatment and there is condom protection, the threshold of a realistic possibility of transmission is not met, on the evidence before us.

II. Background

[5] The respondent, Mr. Mabior, lived in Winnipeg. His house was a party place. People came in and out, including a variety of young women. Alcohol and drugs were freely dispensed. From time to time, Mr. Mabior had sex with women who came to his house, including the nine complainants in this case.

[6] Mr. Mabior did not tell the complainants that he was HIV-positive before having sex with them; indeed, he told one of them that he had no STDs. On some occasions, he wore condoms, on others he did not. Sometimes the condoms broke or were removed, and in some cases, the precise nature of the protections taken is unclear. Eight of the nine complainants testified that they would not have consented to sex with Mr. Mabior had they known he was HIV-positive. None of the complainants contracted HIV.

[7] Mr. Mabior was charged with nine counts of aggravated sexual assault (and other related offences), based on his failure to disclose to the complainants that he was HIV-positive. In defence, Mr. Mabior called evidence that he was under treatment,

[3] Bien que l'arrêt *Cuerrier* définisse les éléments fondamentaux de l'infraction, les circonstances précises dans lesquelles l'omission de révéler sa séropositivité vicie le consentement et fait de l'activité sexuelle un acte criminel demeurent floues. Les parties demandent à notre Cour de les clarifier.

[4] Je conclus qu'une personne peut être déclarée coupable d'agression sexuelle grave en application de l'art. 273 du *Code criminel* lorsqu'elle omet de révéler sa séropositivité avant d'avoir des rapports sexuels et qu'il existe une possibilité réaliste qu'elle transmette le VIH. Lorsque la charge virale de la personne séropositive est faible en raison d'un traitement et qu'il y a utilisation du condom, la condition de la possibilité réaliste de transmission n'est pas remplie, au vu de la preuve qui figure au dossier.

II. Contexte

[5] L'intimé, M. Mabior, habitait Winnipeg et, chez lui, on faisait beaucoup la fête. Les gens entraient et sortaient, y compris de nombreuses jeunes femmes. L'alcool et la drogue abondaient. À l'occasion, M. Mabior avait des relations sexuelles avec ses jeunes invitées, dont les neuf plaignantes en l'espèce.

[6] M. Mabior n'a pas informé les plaignantes de sa séropositivité avant d'avoir des rapports sexuels avec elles; au contraire, il a dit à l'une d'elles qu'il n'avait aucune MTS. Parfois, il enfilait un condom, d'autres fois non. Il arrivait qu'un condom se brise ou soit retiré, et dans certains cas la nature précise de la protection n'est pas claire. Huit des neuf plaignantes ont témoigné qu'elles n'auraient pas consenti aux rapports sexuels si elles avaient su que M. Mabior était séropositif. Aucune n'a contracté le VIH.

[7] M. Mabior a été inculpé de neuf chefs d'agression sexuelle grave (et autres infractions connexes) au motif qu'il a omis de révéler aux plaignantes sa séropositivité. En défense, il a présenté des éléments de preuve selon lesquels il suivait un traitement et

and that he was not infectious or presented only a low risk of infection at the relevant times.

[8] The trial judge convicted Mr. Mabior of six counts of aggravated sexual assault (2008 MBQB 201, 230 Man. R. (2d) 184). She acquitted him on the other three, on the basis that sexual intercourse using a condom when viral loads are undetectable does not place a sexual partner at “significant risk of serious bodily harm”, as required by *Cuerrier*.

[9] Mr. Mabior appealed from these six convictions; the Crown did not appeal from the three acquittals. The Manitoba Court of Appeal varied the trial judge’s decision, holding that *either* low viral loads *or* condom use could negate significant risk (2010 MBCA 93, 258 Man. R. (2d) 166). This reduced to two the counts on which Mr. Mabior could be convicted, and the Court of Appeal entered acquittals on the four remaining counts. The Crown appeals these acquittals. Mr. Mabior has not cross-appealed against the two convictions upheld by the Court of Appeal.

III. The Legislation

[10] Sections 265 and 273 of the *Criminal Code* provide:

265. (1) A person commits an assault when

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

. . .

(2) This section applies to all forms of assault, including sexual assault . . . and aggravated sexual assault.

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

. . .

(c) fraud;

. . .

n’était pas infectieux ou ne présentait qu’un faible risque d’infection aux moments considérés.

[8] La juge du procès a déclaré M. Mabior coupable de six chefs d’agression sexuelle grave (2008 MBQB 201, 230 Man. R. (2d) 184). Elle l’a acquitté des trois autres chefs au motif qu’avoir des rapports sexuels en utilisant un condom lorsque sa charge virale est indétectable n’expose pas le partenaire sexuel à un « risque important de lésions corporelles graves » comme l’exige l’arrêt *Cuerrier*.

[9] M. Mabior a fait appel des six déclarations de culpabilité; le ministère public n’a pas interjeté appel des trois acquittements. La Cour d’appel du Manitoba a modifié la décision de la juge du procès, concluant qu’une faible charge virale *ou* l’utilisation du condom (*l’une ou l’autre*) pouvait écarter tout risque important (2010 MBCA 93, 258 Man. R. (2d) 166). Dès lors, M. Mabior ne pouvait être déclaré coupable que de deux chefs, et la Cour d’appel a inscrit des acquittements pour les quatre autres. Le ministère public interjette appel de ces acquittements. M. Mabior ne forme pas d’appel incident à l’encontre des deux déclarations de culpabilité confirmées par la Cour d’appel.

III. Les dispositions législatives

[10] Les articles 265 et 273 du *Code criminel* disposent :

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

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

. . .

(2) Le présent article s’applique à toutes les espèces de voies de fait, y compris les agressions sexuelles [. . .] et les agressions sexuelles graves.

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

. . .

c) . . . de la fraude;

. . .

273. (1) Every one commits an aggravated sexual assault who, in committing a sexual assault, wounds, maims, disfigures or endangers the life of the complainant.

(2) Every person who commits an aggravated sexual assault is guilty of an indictable offence and liable

. . . .

(b) in any other case, to imprisonment for life.

IV. The Issues

[11] The issues are as follows:

A. What is the correct interpretation of “fraud” vitiating consent to sexual activity in s. 265(3)(c) of the *Criminal Code*?

(1) Problems with the existing interpretation of “fraud” vitiating consent:

- (a) Uncertainty;
- (b) Breadth.

(2) Guides to interpretation:

- (a) The purposes of the criminal law;
- (b) The common law and statutory history of fraud vitiating consent to sexual relations;
- (c) *Charter* values;
- (d) The experience of other common law jurisdictions.

(3) Finding a solution:

- (a) The active misrepresentation approach;
- (b) The absolute disclosure approach;
- (c) A case-by-case fact-based approach;
- (d) Judicial notice;
- (e) Relationship-based distinctions;
- (f) The reasonable partner approach;
- (g) An evolving common law approach.

(4) Realistic possibility of HIV transmission.

273. (1) Commet une agression sexuelle grave qui-conque, en commettant une agression sexuelle, blesse, mutilé ou défigure le plaignant ou met sa vie en danger.

(2) Quiconque commet une agression sexuelle grave est coupable d'un acte criminel passible :

. . . .

b) dans les autres cas, de l'emprisonnement à perpétuité.

IV. Les questions en litige

[11] Les questions en litige sont les suivantes :

A. Que faut-il entendre par « fraude » viciant le consentement à une activité sexuelle pour l'application de l'al. 265(3)c) du *Code criminel*?

(1) Difficultés découlant de l'interprétation actuelle de la « fraude » viciant le consentement :

- a) l'incertitude;
- b) la portée.

(2) Considérations présidant à l'interprétation :

- a) les objectifs du droit criminel;
- b) l'évolution de la fraude viciant le consentement aux relations sexuelles dans la common law et dans la loi;
- c) les valeurs consacrées par la *Charte*;
- d) la situation dans les autres ressorts de common law.

(3) Recherche d'une solution :

- a) la tromperie active;
- b) l'obligation absolue de révéler;
- c) la prise en compte des faits de chaque espèce;
- d) la connaissance d'office;
- e) la distinction fondée sur la nature du lien entre les personnes;
- f) la notion de partenaire raisonnable;
- g) faire évoluer la common law.

(4) Possibilité réaliste de transmission du VIH.

V. DiscussionA. *What is the Correct Interpretation of “Fraud” Vitiating Consent to Sexual Activity in Section 265(3)(c) of the Criminal Code?*(1) Problems With the Existing Interpretation of “Fraud” Vitiating Consent

[12] This Court considered “fraud” under s. 265(3)(c) 14 years ago in *Cuerrier*. The majority test in *Cuerrier* may be stated in different ways, but boils down to two elements: (1) *a dishonest act* (either falsehoods or failure to disclose HIV status); and (2) *deprivation* (denying the complainant knowledge which would have caused her to refuse sexual relations that exposed her to a significant risk of serious bodily harm).

[13] We are invited to revisit the *Cuerrier* test by the parties and by the Manitoba Court of Appeal in this case and the Quebec Court of Appeal in the companion case of *R. v. D.C.*, 2012 SCC 48, [2012] 2 S.C.R. 626. Two main criticisms of the *Cuerrier* test are advanced: first, that it is uncertain, failing to draw a clear line between criminal and non-criminal conduct (uncertainty), and second, that it either overextends the criminal law or confines it too closely — the problem of breadth.

[14] I turn first to the criticism that the *Cuerrier* test is uncertain. It is a fundamental requirement of the rule of law that a person should be able to predict whether a particular act constitutes a crime at the time he commits the act. The rule of law requires that laws provide in advance what can and cannot be done: Lord Bingham, *The Rule of Law* (2010). Condemning people for conduct that they could not have reasonably known was criminal is Kafkaesque and anathema to our notions of justice. After-the-fact condemnation violates the concept of liberty in s. 7 of the *Canadian Charter*

V. AnalyseA. *Que faut-il entendre par « fraude » viciant le consentement à l'activité sexuelle pour l'application de l'al. 265(3)c) du Code criminel?*(1) Difficultés découlant de l'interprétation actuelle de la « fraude » viciant le consentement

[12] Il y a 14 ans, dans l'arrêt *Cuerrier*, notre Cour s'est penchée sur la notion de « fraude » visée à l'al. 265(3)c). Le critère qu'ont établi les juges majoritaires peut être formulé de différentes manières, mais il exige essentiellement deux choses : (1) *un acte malhonnête* (le mensonge sur l'état de santé ou l'omission de révéler sa séropositivité) et (2) *la privation* (d'éléments d'information qui auraient causé le refus du plaignant d'avoir des relations sexuelles l'exposant à un risque important de lésions corporelles graves).

[13] Les parties et la Cour d'appel du Manitoba en l'espèce, de même que la Cour d'appel du Québec dans le pourvoi connexe *R. c. D.C.*, 2012 CSC 48, [2012] 2 R.C.S. 626, nous invitent à revoir le critère issu de l'arrêt *Cuerrier*. Ce critère fait l'objet de deux critiques principales. Premièrement, on lui reproche son caractère incertain en ce qu'il ne permet pas de départager clairement actes criminels et actes non criminels (d'où l'incertitude). Deuxièmement, il conférerait au droit criminel une portée soit trop grande, soit trop restreinte (le problème de la portée).

[14] Examinons d'abord le caractère incertain imputé au critère de l'arrêt *Cuerrier*. L'une des exigences fondamentales de la règle de droit veut qu'une personne puisse savoir qu'un acte est criminel avant de l'accomplir. La règle de droit exige que les lois délimitent à l'avance ce qui est permis et ce qui est interdit : lord Bingham, *The Rule of Law* (2010). Condamner une personne pour un acte dont elle ne pouvait raisonnablement savoir qu'il était criminel est digne de l'univers kafkaïen et va à l'encontre de notre conception de la justice. La condamnation d'un acte après coup est contraire au

of *Rights and Freedoms* and has no place in the Canadian legal system.

[15] The *Cuerrier* test gives rise to two uncertainties — what constitutes “significant risk” and what constitutes “serious bodily harm”? These terms are broad and different people can and do read them in different ways.

[16] About “significant risk”, some people say that virtually any risk of serious bodily harm is significant. Others argue that to be significant, the risk must rise to a higher level. These debates centre on statistical percentages. Is a 1% risk “significant”? Or should it be 10% or 51% or, indeed, .01%? How is a prosecutor to know or a judge decide? And if prosecutors, defence counsel and judges debate the point, how — one may ask — is the ordinary Canadian citizen to know? This uncertainty is compounded by the fact that a host of variables may affect the actual risk of infection.

[17] Debate has also surrounded the requirement that the risk be one of “serious bodily harm”. Some sexually transmitted diseases (“STDs”) involve little beyond treatable temporary discomfort. Yet even that discomfort, while it persists, may be serious from the perspective of the victim. Other STDs, like HIV, are extremely serious, involving permanent and life-altering symptoms, and in some cases death. Between these two extremes lie many other STDs, some more debilitating than others. Which are sufficiently serious to attract the sanction of the criminal law? *Cuerrier* offers no clear answer.

[18] The uncertainty inherent in the concepts of significant risk and serious bodily harm is compounded by the fact that they are interrelated. The more serious the nature of the harm, the lower the probability of transmission need be to amount to a significant risk of serious bodily harm, it is argued.

concept de liberté consacré à l’art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés* et elle répugne au système de justice canadien.

[15] Le critère de l’arrêt *Cuerrier* se révèle incertain sur deux points : ce qu’il faut entendre par « risque important » et ce en quoi consistent les « lésions corporelles graves ». Il s’agit de termes généraux susceptibles d’être interprétés différemment par différentes personnes.

[16] S’agissant de la notion de « risque important », certains affirment que tout risque de lésions corporelles graves est pour ainsi dire important. D’autres font valoir que pour être important le risque doit atteindre un degré élevé. Les tenants de l’une et l’autre thèses invoquent des données statistiques. Un risque de 1 % est-il « important »? Doit-on plutôt fixer la barre à 10 % ou à 51 %, et pourquoi pas à 0,01 %? Comment le poursuivant peut-il le déterminer, et le juge trancher? Et dans la mesure où ni les poursuivants, ni les avocats de la défense, ni les juges ne sont fixés sur ce point, comment le citoyen canadien ordinaire peut-il s’y retrouver? À cette incertitude fondamentale s’ajoute une multitude de variables susceptibles d’influer sur le risque réel d’infection.

[17] On s’est aussi interrogé sur l’exigence d’un risque de « lésions corporelles graves ». Certaines maladies transmissibles sexuellement (« MTS ») n’occasionnent guère plus qu’un inconfort temporaire qui peut être traité. Or, même cet inconfort, tant qu’il persiste, peut être grave du point de vue de la victime. D’autres MTS, comme le VIH, sont extrêmement graves, s’accompagnant de symptômes permanents et invalidants et entraînant parfois la mort. Il existe entre ces deux pôles de nombreuses autres MTS, certaines plus débilitantes que d’autres. Lesquelles sont suffisamment graves pour commander l’application du droit criminel? L’arrêt *Cuerrier* n’offre pas de réponse claire.

[18] L’incertitude inhérente aux notions de risque important et de lésions corporelles graves est d’autant plus grande que ces notions sont interreliées. On fait valoir que plus la nature du préjudice est grave, moins la probabilité de transmission doit être grande pour qu’il y ait risque important

So it is not simply a matter of percentage of risk and seriousness of the potential disease. It is a matter of the two as they relate to each other.

[19] What emerges is a complex calculus that makes it impossible, in many cases, to predict in advance whether a particular act is criminal under s. 265(3)(c) or not. The second major criticism of *Cuerrier* relates to the scope of the conduct it catches. The danger of an overbroad interpretation is the criminalization of conduct that does not present the level of moral culpability and potential harm to others appropriate to the ultimate sanction of the criminal law. A criminal conviction and imprisonment, with the attendant stigma that attaches, is the most serious sanction the law can impose on a person, and is generally reserved for conduct that is highly culpable — conduct that is viewed as harmful to society, reprehensible and unacceptable. It requires both a culpable act — *actus reus* — and a guilty mind — *mens rea* — the parameters of which should be clearly delineated by the law.

(2) Guides to Interpretation

[20] As for all issues of statutory interpretation, the basic question is what Parliament intended. That intention is discovered by looking at the words of the provision, informed by its history, context and purpose.

[21] The words of s. 265(3)(c) do not on their face reveal much about how Parliament intended “fraud” to be interpreted. The concept was taken by Parliament from the common law.

[22] The interpretation of “fraud” vitiating consent to sexual relations is informed by four considerations: (a) the purposes of the criminal law; (b) the common law and statutory history of the concept; (c) *Charter* values, particularly equality, autonomy, liberty, privacy and human dignity; and (d) the experience of other common law jurisdictions. I will consider each in turn.

de lésions corporelles graves. Il ne s’agit donc pas d’une simple question de pourcentage de risque et de gravité de la maladie possible. C’est l’interrelation entre les deux qui importe.

[19] Dès lors, on se retrouve aux prises avec des calculs complexes qui empêchent souvent de savoir à l’avance si un acte donné constitue ou non un acte criminel pour les besoins de l’al. 265(3)c). La seconde grande critique dont fait l’objet le critère de l’arrêt *Cuerrier* concerne sa portée. Une interprétation trop large risque de criminaliser un acte malgré l’absence du degré de culpabilité morale et du risque de causer préjudice à autrui qui justifient l’application de la sanction la plus grave du droit criminel. La déclaration de culpabilité assortie d’une peine d’emprisonnement, sans compter les stigmates qui s’y rattachent, est la sanction la plus grave que la loi puisse infliger, et on la réserve généralement à l’auteur d’un acte hautement coupable, un acte perçu comme préjudiciable à la société, répréhensible et inacceptable. Elle requiert à la fois un acte coupable — l’*actus reus* — et une intention coupable — la *mens rea* — dont les paramètres doivent être clairement définis par la loi.

(2) Considérations présidant à l’interprétation

[20] Fondamentalement, pour interpréter une disposition législative, il faut déterminer quelle était l’intention du législateur, ce qui requiert d’examiner le libellé en cause à la lumière de l’historique, du contexte et de l’objet de la disposition.

[21] À première vue, le libellé de l’al. 265(3)c) ne renseigne guère sur le sens qu’entendait donner le législateur au mot « fraude », une notion empruntée à la common law.

[22] Quatre considérations président à l’interprétation de la « fraude » viciant le consentement aux relations sexuelles : a) les objectifs du droit criminel, b) l’évolution de la notion dans la common law et dans la loi, c) les valeurs consacrées par la *Charte*, en particulier l’égalité, l’autonomie, la liberté, le droit à la vie privée et la dignité humaine, de même que d) la situation dans les autres ressorts de common law. J’examine chacune de ces considérations successivement.

(a) *The Purposes of the Criminal Law*

[23] The interpretation of fraud vitiating consent to sexual relations should further the purposes of the criminal law, notably identifying, deterring and punishing criminal conduct, defined by a wrongful act and guilty mind. Morality infuses the criminal law. But the law does not seek to criminalize all immorality. The principal objective of the criminal law is the public identification of wrongdoing *qua* wrongdoing which violates public order and is so blameworthy that it deserves penal sanction: *Proprietary Articles Trade Association v. Attorney-General for Canada*, [1931] A.C. 310 (P.C.); *Reference re Validity of Section 5(a) of the Dairy Industry Act*, [1949] S.C.R. 1, aff'd [1951] A.C. 179 (P.C.); *Lord's Day Alliance of Canada v. Attorney General of British Columbia*, [1959] S.C.R. 497; *The Queen v. Sault Ste. Marie*, [1978] 2 S.C.R. 1299; *Boggs v. The Queen*, [1981] 1 S.C.R. 49; *Skoke-Graham v. The Queen*, [1985] 1 S.C.R. 106.

[24] The law draws a sharp distinction between civil wrongdoing and criminal wrongdoing. Criminal conduct requires both a wrongful act and a guilty mind. It requires “a significant fault element”: *R. v. Roy*, 2012 SCC 26, [2012] 2 S.C.R. 60, at para. 32. As Charron J. stated for the majority of this Court in *R. v. Beatty*, 2008 SCC 5, [2008] 1 S.C.R. 49, at para. 34:

If every departure from the civil norm is to be criminalized, regardless of the degree, we risk casting the net too widely and branding as criminals persons who are in reality not morally blameworthy. Such an approach risks violating the principle of fundamental justice that the morally innocent not be deprived of liberty.

The potential consequences of a conviction for aggravated sexual assault — up to life imprisonment — underline the importance of insisting on moral blameworthiness in the interpretation of s. 265(3)(c) of the *Criminal Code*.

a) *Les objectifs du droit criminel*

[23] L'interprétation de la fraude viciant le consentement aux relations sexuelles doit favoriser la réalisation des objectifs du droit criminel, notamment la détection, la prévention et la répression de la conduite criminelle, laquelle est constituée d'un acte fautif et d'une intention coupable. La moralité imprègne le droit criminel, mais le législateur n'entend pas criminaliser toute forme d'immoralité. L'objet principal du droit criminel est la réprobation publique d'actes fautifs en ce qu'ils portent atteinte à l'ordre public et sont si répréhensibles qu'ils justifient une sanction pénale : *Proprietary Articles Trade Association c. Attorney-General for Canada*, [1931] A.C. 310 (C.P.); *Reference re Validity of Section 5(a) of the Dairy Industry Act*, [1949] R.C.S. 1, conf. dans [1951] A.C. 179 (C.P.); *Lord's Day Alliance of Canada c. Attorney General of British Columbia*, [1959] R.C.S. 497; *La Reine c. Sault Ste-Marie*, [1978] 2 R.C.S. 1299; *Boggs c. La Reine*, [1981] 1 R.C.S. 49; *Skoke-Graham c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 106.

[24] Le droit établit une nette distinction entre la faute civile et la faute criminelle. La conduite criminelle exige à la fois un acte fautif et une intention coupable. Elle requiert un « haut degré de négligence » : *R. c. Roy*, 2012 CSC 26, [2012] 2 R.C.S. 60, par. 32. Comme le dit la juge Charron au nom des juges majoritaires dans l'arrêt *R. c. Beatty*, 2008 CSC 5, [2008] 1 R.C.S. 49, par. 34 :

S'il faut considérer comme une infraction criminelle chaque écart par rapport à la norme civile, quelle qu'en soit la gravité, on risque de ratisser trop large et de qualifier de criminelles des personnes qui en réalité ne sont pas moralement blâmables. Une telle approche risque de porter atteinte au principe de justice fondamentale voulant qu'une personne moralement innocente ne doive pas être privée de sa liberté.

Les conséquences éventuelles d'une déclaration de culpabilité d'agression sexuelle grave — qui peuvent aller jusqu'à l'emprisonnement à perpétuité — font ressortir l'importance d'interpréter l'al. 265(3)(c) du *Code criminel* en mettant l'accent sur le caractère moralement blâmable de la conduite en cause.

(b) *The Common Law and Statutory History of Fraud Vitiating Consent to Sexual Relations*

[25] The common law history of fraud vitiating consent to sexual relations reveals three periods. The early cases support the view that failure to disclose to a partner the fact that one has a serious sexually transmitted disease could constitute fraud vitiating consent to sexual relations, resulting in convictions for rape or assault. This was reversed in *The Queen v. Clarence* (1888), 22 Q.B.D. 23 (Cr. Cas. Res.), which held that fraud was confined to deception as to the sexual nature of the act or as to the identity of the male sexual partner. In the post-*Charter* era, a return to a broader view of fraud vitiating consent is appropriate.

[26] The first recorded cases to look at the problem before us took a generous approach to consent to sexual intercourse — one that accepted that sexual partners (always women in those days) were entitled to refuse sexual intercourse and should not be tricked into it by deceit. The courts adopted a flexible approach to “fraud” vitiating consent to sexual relations. Without attempting to define the term, they showed themselves willing to extend the term to fundamental aspects of sexual intercourse.

[27] For example, in *R. v. Flattery* (1877), 13 Cox C.C. 388 (C.C.A.), a conviction of rape was upheld for a man operating a booth at a fair who had obtained sex from a girl of 19 on the pretext of medical treatment. It was held that the victim’s consent to physical contact with the accused was vitiated by his fraud, because she had only consented to a surgical operation, and not to a sexual act.

[28] Similarly, early common law cases accepted that impersonation of the spouse — falsely pretending to be the victim’s husband — could constitute

b) *L'évolution de la fraude viciant le consentement aux relations sexuelles dans la common law et dans la loi*

[25] On relève trois périodes dans l’histoire de la common law en ce qui a trait à la fraude viciant le consentement aux relations sexuelles. Dans un premier temps, les tribunaux ont estimé que l’omission d’une personne de révéler à un partenaire qu’elle était atteinte d’une grave maladie transmissible sexuellement pouvait constituer une telle fraude, et la personne fautive pouvait être reconnue coupable de viol ou de voies de fait. Dans la décision *The Queen c. Clarence* (1888), 22 Q.B.D. 23 (Cr. Cas. Res.), le tribunal a mis fin à ce courant et statué qu’il ne pouvait y avoir fraude qu’en cas de tromperie sur la nature sexuelle de l’acte ou sur l’identité du partenaire masculin. Après maintes années d’application de la *Charte*, le retour à une conception plus large de la fraude viciant le consentement s’impose.

[26] Les premières décisions rendues sur la question dont nous sommes aujourd’hui saisis résultent d’une interprétation extensive de la notion de consentement aux rapports sexuels, à savoir qu’un partenaire sexuel (toujours une femme à l’époque) était en droit de refuser un rapport sexuel et que son consentement ne devait pas être obtenu par la tromperie. Les tribunaux privilégiaient alors une interprétation souple de la « fraude » viciant le consentement aux relations sexuelles. Sans tenter de la définir, ils se montraient disposés à ce que la notion englobe les éléments fondamentaux du rapport sexuel.

[27] Par exemple, dans *R. c. Flattery* (1877), 13 Cox C.C. 388 (C.C.A.), une déclaration de culpabilité de viol a été confirmée dans le cas d’un exploitant de kiosque qui, lors d’une foire, avait eu des rapports sexuels avec une jeune femme de 19 ans en prétendant qu’il s’agissait d’un traitement médical. La cour a statué que le consentement de la victime au contact physique avec l’accusé avait été vicié par la fraude, la victime n’ayant consenti qu’à une intervention chirurgicale, et non à un acte sexuel.

[28] De même, il appert des premières décisions fondées sur la common law que l’usurpation de l’identité de l’époux — prétendre faussement être le

fraud vitiating consent. In *R. v. Dee* (1884), 15 Cox C.C. 579 (Cr. Cas. Res. Ir.), O'Brien J. left no doubt on this issue:

That brings us back to the question which in law is the crime of rape. The crime is the invasion of a woman's person without her consent, and I see no real difference between the want of consent and the act being against her will, which is the language of the indictment, though the distinction is taken by Lord Campbell, or between the negation of consent and positive dissent. Whether the act of consent be the result of overpowering force, or of fear, or of incapacity, or of natural condition, or of deception, it is still want of consent, and the consent must be, not consent to the act, but to the act of the particular person — not in the abstract, but in the concrete . . . [p. 598]

[29] In *R. v. Bennett* (1866), 4 F. & F. 1105, 176 E.R. 925 (West. Cir.), similar reasoning was applied to hold that concealment of venereal disease amounted to fraud vitiating consent:

An assault is within the rule that fraud vitiates consent, and therefore, if the prisoner, knowing that he had a foul disease, induced his niece to sleep with him, intending to possess her, and infected her, she being ignorant of his condition, any consent, which she may have given, would be vitiated, and the prisoner would be guilty of an indecent assault. [p. 925]

[30] Again in *R. v. Sinclair* (1867), 13 Cox C.C. 28, the Central Criminal Court found fraud vitiating consent for non-disclosure of gonorrhœa, stating that if the complainant “would not have consented if she had known the fact, then her consent is vitiated by the deceit practised upon her, and the prisoner would be guilty of an assault” (p. 29).

[31] These cases evinced a generous approach to the issue of consent and when deceit might vitiate it, an approach that respected the right of the women involved to choose whether to have intercourse or not. However, this jurisprudence was shortly to be set aside, in a series of cases which culminated in *Clarence*. To read these cases is to

mari de la victime — pouvait constituer une fraude viciant le consentement. Dans *R. c. Dee* (1884), 15 Cox C.C. 579 (Cr. Cas. Res. Ir.), le juge O'Brien ne laisse subsister aucun doute sur ce point :

[TRADUCTION] Cela nous ramène à la question de ce en quoi consiste légalement le crime de viol. C'est l'atteinte à l'intégrité physique d'une femme sans son consentement, et je ne vois aucune différence réelle entre l'acte commis sans son consentement et celui commis contre sa volonté, celui-ci correspondant à la formulation de l'acte d'accusation, bien que lord Campbell fasse cette distinction, ou encore entre le refus du consentement et l'opposition. Le consentement obtenu par le recours à la force ou à la tromperie, ou qui résulte de la crainte, de l'incapacité ou d'un état naturel n'en est pas un. Le consentement doit viser non pas l'acte, mais l'acte avec la personne en cause — non dans l'abstrait, mais dans la réalité . . . [p. 598]

[29] Dans *R. c. Bennett* (1866), 4 F. & F. 1105, 176 E.R. 925 (West. Cir.), on a eu recours à un raisonnement semblable pour conclure que la dissimulation d'une maladie vénérienne équivalait à une fraude viciant le consentement :

[TRADUCTION] Les voies de fait sont visées par la règle selon laquelle la fraude vicie le consentement, et par conséquent, si l'accusé, qui savait qu'il avait cette maladie honteuse, a incité sa nièce à coucher avec lui dans le but de la posséder, et l'a infectée alors qu'elle ignorait son état, tout consentement qu'elle peut avoir donné sera vicié, et l'accusé sera coupable d'attentat à la pudeur. [p. 925]

[30] Également, dans *R. c. Sinclair* (1867), 13 Cox C.C. 28, la Central Criminal Court conclut à la fraude viciant le consentement dans une affaire où l'accusé avait omis de révéler qu'il avait la gonorrhée. Elle statue que dans le cas où la plaignante [TRADUCTION] « n'aurait pas donné son consentement si elle avait connu ce fait, son consentement est vicié par la tromperie dont elle a été victime, et l'accusé sera déclaré coupable de voies de fait » (p. 29).

[31] Ces décisions se caractérisaient par une interprétation généreuse du consentement et des circonstances où la tromperie pouvait le vicier, une interprétation qui reconnaissait aux femmes en cause le droit de décider d'avoir ou non des rapports sexuels. Toutefois, elles ont rapidement été écartées par une série de jugements qui ont débouché sur

enter a world foreign to modern sensitivities — the world of Victorian morality.

[32] The case that announced the change was *Hegarty v. Shine* (1878), 14 Cox C.C. 124 (H.C.J. Ir. (Q.B.D.)), a civil case involving an action for assault. Mr. Shine, the master of the house, had sexual relations with his domestic servant over a period of two years. She became pregnant and had a child. Both she and the child were infected with syphilis. The court dismissed the action against Mr. Shine on the basis of *ex turpi causa non oritur actio* — the plaintiff was the victim of her own immoral act, which the law could not condone. On the matter of fraud, the majority stated that the doctrine of fraud was confined to *mistake as to whether the act was sexual or not*: “In the case before us the defendant actively consented to the very thing, that is to say, sexual intercourse, with full knowledge and experience of the nature of the act” (p. 130). The appeal court ((1878), 14 Cox C.C. 145) confirmed that only deceit as to the nature of the act could vitiate consent. The court emphasized the pitiable condition of the victim, but concluded the law could not assist her.

[33] The point of no return for the earlier, more open view of fraud was reached in *Clarence*. That case confirmed that fraud could vitiate consent to sexual relations only if the complainant was deceived as to the *sexual nature* of the act or as to the identity of the man. The facts were simple. The couple were married. The husband did not tell his wife he had gonorrhœa and infected her. The husband was charged with assault and unlawful infliction of bodily harm.

[34] The fact that 13 judges sat suggests the case was viewed as important. The court divided nine to four, and the husband was acquitted. The majority held that fraud in the context of sexual relations had been interpreted too broadly by the earlier cases, and that it was necessary to limit its application to situations where the complainant was deceived as

la décision *Clarence*. La lecture des motifs rendus dans ces affaires nous fait plonger dans un univers étranger à notre sensibilité actuelle, celui de la moralité victorienne.

[32] La décision qui amorce le changement de cap est *Hegarty c. Shine* (1878), 14 Cox C.C. 124 (H.C.J. Ir. (Q.B.D.)), une instance engagée au civil pour voies de fait. Le maître des lieux, M. Shine, avait eu des relations sexuelles avec sa domestique pendant deux ans. Celle-ci était devenue enceinte, puis avait donné naissance à un enfant. La mère et l'enfant avaient contracté la syphilis. La cour rejette l'action contre M. Shine sur le fondement de la règle *ex turpi causa non oritur actio*, la demanderesse étant victime de sa propre immoralité, que la loi ne pouvait approuver. Au sujet de la fraude, les juges majoritaires opinent que cette notion ne s'applique qu'à l'erreur quant à la nature sexuelle de l'acte : [TRADUCTION] « dans la présente affaire, la défenderesse a activement consenti à la chose même, c'est-à-dire aux rapports sexuels, en ayant pleinement connaissance et conscience de la nature de l'acte » (p. 130). La Cour d'appel ((1878), 14 Cox C.C. 145) confirme que seule la tromperie sur la nature de l'acte peut vicier le consentement. Elle déplore le triste sort fait à la victime, mais conclut que la loi n'y peut rien.

[33] La décision *Clarence* marque la rupture définitive avec l'interprétation antérieure — plus extensive — de la fraude. Elle confirme que la fraude ne peut vicier le consentement aux relations sexuelles que si la plaignante est trompée quant à la *nature sexuelle* de l'acte ou à l'identité de l'homme. Dans cette affaire, les faits étaient simples et il s'agissait d'un couple marié. Le mari n'avait pas dit à sa femme qu'il avait la gonorrhée et il la lui avait transmise. Il a été accusé de voies de fait et d'infliction illicite de lésions corporelles.

[34] Le fait que 13 juges ont entendu l'affaire montre l'importance accordée à celle-ci. Ils statuent à raison de neuf contre quatre en faveur de l'acquiescement du mari. Les juges majoritaires estiment qu'on a jusqu'alors interprété trop largement la notion de fraude dans le contexte de relations sexuelles, et qu'il faut en limiter l'application aux

to the sexual nature of the act or as to the identity of the man. This produced a rule that was to prevail for almost a 100 years that fraud could not vitiate consent to sexual intercourse unless it went to the “sexual nature of the act” or to the identity of the sexual partner.

[35] The opinion of Stephen J. encapsulates the view of the majority in *Clarence*. Stephen J. found that the offence of unlawful infliction of bodily harm could not apply to the case. While the act posed by the husband was indeed unlawful — infecting one’s wife was forbidden by the law relating to marriage since it constituted cruelty and could be evidence of adultery —, it could not be said that it constituted infliction of bodily harm. Indeed, the words “infliction of bodily harm” were construed as requiring a physical assault. Stephen J. found that infecting a person with a disease did not constitute such an assault.

[36] Stephen J. went on to consider the question of obtaining sexual relations by fraud. He expressed the view that the only fraud capable of vitiating consent to sexual relations was fraud as to the nature of the act of intercourse, or as to the identity of the sexual partner. If the victim knew the act was sexual, and was not deceived as to the identity of her partner, she could not complain that she had been deceived and her “consent” fraudulently obtained. Stephen J. commented briefly that neither *Bennett* nor *Sinclair* could be relied upon as precedent.

[37] The reasons of Pollock B., also in the majority, added that sexual acts done by a husband to his wife cannot be unlawful (pp. 63-64). The husband possessed conjugal rights over his wife to which she had consented by marrying him. Once married, the wife had no right to refuse her husband’s demands. Since sexual acts between spouses were lawful, Pollock B. reasoned, all such acts done by a husband — including those characterized by cruelty — must be lawful.

situations où la plaignante a été trompée sur la nature sexuelle de l’acte ou sur l’identité de l’homme. Dès lors s’est appliquée pendant près de 100 ans la règle selon laquelle la fraude ne vicie le consentement aux rapports sexuels que si elle a trait à la « nature sexuelle de l’acte » ou à l’identité du partenaire sexuel.

[35] L’opinion du juge Stephen résume le point de vue des juges majoritaires dans *Clarence*. Il conclut que l’infraction d’infliction illicite de lésions corporelles ne pouvait avoir été perpétrée en l’espèce. Le mari avait certes agi illicitement — infecter son épouse étant cruel et susceptible de prouver l’adultère, les dispositions sur le mariage l’interdisaient —, mais on ne pouvait affirmer qu’il avait infligé des lésions corporelles graves. En effet, on considérerait que l’[TRADUCTION] « infliction de lésions corporelles graves » devait comporter une agression physique. Le juge Stephen arrive à la conclusion que communiquer une maladie à autrui n’équivaut pas à l’agresser physiquement.

[36] Le juge Stephen examine ensuite la question de l’obtention de relations sexuelles par la fraude. Il estime que la seule fraude susceptible de vicier le consentement aux rapports sexuels est celle touchant à la nature des rapports ou à l’identité du partenaire sexuel. La victime qui savait que l’acte était sexuel et qui n’a pas été trompée sur l’identité de son partenaire ne peut prétendre avoir été trompée ni soutenir que son « consentement » a été obtenu frauduleusement. Le juge Stephen ajoute brièvement que ni *Bennett* ni *Sinclair* ne s’appliquent.

[37] Le baron Pollock, également de la majorité, ajoute dans ses motifs que l’activité sexuelle d’un mari avec sa femme ne saurait être illicite (p. 63-64). Le mari possède des droits conjugaux sur sa femme, ce à quoi cette dernière a consenti en l’épousant. Une fois mariée, l’épouse ne peut se soustraire aux exigences de son mari. Suivant le raisonnement du baron Pollock, comme les actes sexuels entre époux sont licites, ceux accomplis par le mari, même lorsqu’ils revêtent un caractère cruel, doivent être tenus pour licites.

[38] The *Clarence* test was accepted throughout the common law world and prevailed until recent times. The strictness with which it was applied is illustrated by a 1957 decision of the Australian High Court, *Papadimitropoulos v. The Queen* (1957), 98 C.L.R. 249. The accused had induced the complainant to have sexual intercourse by duping her into believing that they were legally married. He was acquitted of the charge of rape. The court summed up the law as follows:

To say that in having intercourse with him she supposed that she was concerned in a perfectly moral act is not to say that the intercourse was without her consent. To return to the central point; rape is carnal knowledge of a woman without her consent: carnal knowledge is the physical fact of penetration; it is the consent to that which is in question; such a consent demands a perception as to what is about to take place, as to the identity of the man and the character of what he is doing. But once the consent is comprehending and actual the inducing causes cannot destroy its reality and leave the man guilty of rape. [Emphasis added; p. 261.]

[39] The views of the majority in *Clarence* were reflected in the first Canadian *Criminal Code* in 1892 (S.C. 1892, c. 29). Parliament defined fraud for purposes of rape and indecent assault narrowly, by restricting it to “false and fraudulent representations as to the nature and quality of the act”: ss. 259(b) and 266. The *Code* thus incorporated the concerns of the majority in *Clarence*. The deceitful act was limited to “false and fraudulent representations” by opposition to simple concealment, and the subject of the fraud was limited to the “nature and quality of the act”. As a consequence, Canadian courts accepted *Clarence* as settled law and continued to hold that only active fraud as to the nature of the act, i.e. fraud as to its sexual character, or as to the identity of one’s sexual partner constituted fraud vitiating consent to sexual intercourse: see, e.g., *R. v. Harms* (1943), 81 C.C.C. 4 (Sask. C.A.); *Bolduc v. The Queen*, [1967] S.C.R. 677.

[38] Le critère de l’arrêt *Clarence* a été reconnu dans tous les ressorts de common law et s’est appliqué jusqu’à une époque récente. Une décision de 1957 de la Haute Cour d’Australie, *Papadimitropoulos c. The Queen* (1957), 98 C.L.R. 249, illustre la rigueur de son application. L’accusé avait incité la plaignante à avoir des rapports sexuels avec lui en lui faisant croire qu’ils étaient légalement mariés. Il a été acquitté de l’accusation de viol. La cour résume ainsi la règle :

[TRADUCTION] L’affirmation selon laquelle elle a supposé qu’il était parfaitement moral d’avoir des relations sexuelles avec lui ne revient pas à dire qu’il n’y a pas eu consentement. Pour revenir au point central, le viol consiste dans l’union charnelle avec une femme sans son consentement. L’union charnelle s’entend de l’acte physique de la pénétration. C’est le consentement à cet acte qui est requis. Un tel consentement exige la connaissance de ce qui est sur le point de se produire, de l’identité de l’homme et de la nature de ce qu’il fait. Mais dès lors que la personne consent véritablement et en toute connaissance, ce qui l’y a incité ne peut annuler la réalité du consentement et rendre l’homme coupable de viol. [Je souligne; p. 261.]

[39] Les opinions exprimées par les juges majoritaires dans *Clarence* ont trouvé écho dans le premier *Code criminel* canadien en 1892 (S.C. 1892, ch. 29). Le législateur a défini strictement la fraude en matière de viol et d’attentat à la pudeur de manière qu’elle ne s’entende que des « fausses et frauduleuses représentations à l’égard de la nature et du caractère de l’acte » : al. 259b) et art. 266. Le législateur donnait ainsi suite aux préoccupations des juges majoritaires dans *Clarence*. Il n’y avait tromperie qu’en présence de « fausses et frauduleuses représentations » par opposition à la seule dissimulation, et l’objet de la fraude se limitait à la « nature et [au] caractère de l’acte ». En conséquence, les tribunaux canadiens ont considéré que la décision *Clarence* établissait le droit applicable et ils ont continué de considérer que seule la fraude active quant à la nature de l’acte (son caractère sexuel) ou à l’identité du partenaire sexuel constituait une fraude viciant le consentement aux relations sexuelles : voir, p. ex., *R. c. Harms* (1943), 81 C.C.C. 4 (C.A. Sask.); *Bolduc c. The Queen*, [1967] R.C.S. 677.

[40] In 1983, Parliament amended the *Criminal Code* to create the present s. 265(3)(c): S.C. 1980-81-82-83, c. 125, s. 19. This amendment was part of a major overhaul of the law of sexual offences which aimed, *inter alia*, at protecting the integrity of the person and eliminating sexual discrimination in the criminal law. The new provision referred simply to “fraud”, dropping the qualifying phrases “false and fraudulent representations” and “nature and quality of the act”. Arguably, this change evidenced Parliament’s intent that “fraud” should be read more broadly than it had been in the past. However, courts continued to apply a restrictive interpretation to the term: see *R. v. Petrozzi* (1987), 35 C.C.C. (3d) 528 (B.C.C.A.); *R. v. Lee* (1991), 3 O.R. (3d) 726 (Gen. Div.); *R. v. Ssenyonga* (1993), 81 C.C.C. (3d) 257 (Ont. Ct. (Gen. Div.)).

[41] Occasionally, a more generous approach surfaced as to when fraud could vitiate consent to sexual relations. For instance, American caselaw was more inclined to convict the accused of assault or rape on facts similar to those in *Clarence: State v. Marcks*, 41 S.W. 973 (Miss. 1897), at p. 973, and 43 S.W. 1095 (1898), at pp. 1097-98; *State v. Lankford*, 102 A. 63 (Del. Ct. Gen. Sess. 1917), at p. 64; *United States v. Johnson*, 27 M.J. 798 (A.F.C.M.R. 1988), at p. 804; *United States v. Dumford*, 28 M.J. 836 (A.F.C.M.R. 1989), at p. 839. And in Canada, in *R. v. Maurantonio*, [1968] 1 O.R. 145 (C.A.), Hart J. (*ad hoc*) held that “the words ‘nature and quality of the act’ . . . should not be so narrowly construed as to include only the physical action but rather must be interpreted to encompass those concomitant circumstances which give meaning to the particular physical activity in question” (p. 153). But these were minority voices.

[42] There are not many cases on the books, to be sure. One understands why when one considers the practical implications of the *Clarence* test. The cases where a woman consents to sex but thinks it is *not* sex or that it is sex with a different man are necessarily rare. Submitting to a medical examination

[40] En 1983, le législateur a modifié le *Code criminel* pour créer l’actuel al. 265(3)c) : S.C. 1980-81-82-83, ch. 125, art. 19. La mesure s’inscrivait dans une réforme en profondeur du régime applicable aux infractions sexuelles en vue, notamment, de protéger l’intégrité de la personne et de purger le droit criminel de toute discrimination sexuelle. La nouvelle disposition renvoyait seulement à la « fraude », laissant tomber les éléments « fausses et frauduleuses représentations » et « la nature et [le] caractère de l’acte » qui en limitaient la portée. On pouvait certes y voir l’intention du législateur d’élargir la notion de « fraude », mais les tribunaux ont continué à interpréter cette notion restrictivement : voir *R. c. Petrozzi* (1987), 35 C.C.C. (3d) 528 (C.A.C.-B.); *R. c. Lee* (1991), 3 O.R. (3d) 726 (Div. gén.); *R. c. Ssenyonga* (1993), 81 C.C.C. (3d) 257 (C. de l’Ont. (Div. gén.)).

[41] À l’occasion, les tribunaux ont adopté une approche plus généreuse à l’égard des circonstances dans lesquelles la fraude pouvait vicier le consentement aux relations sexuelles. Par exemple, les tribunaux américains se sont montrés plus enclins à déclarer l’accusé coupable de voies de fait ou de viol dans des circonstances semblables à celles de l’affaire *Clarence : State c. Marcks*, 41 S.W. 973 (Miss. 1897), p. 973, et 43 S.W. 1095 (1898), p. 1097-1098; *State c. Lankford*, 102 A. 63 (Del. Ct. Gen. Sess. 1917), p. 64; *United States c. Johnson*, 27 M.J. 798 (A.F.C.M.R. 1988), p. 804; *United States c. Dumford*, 28 M.J. 836 (A.F.C.M.R. 1989), p. 839. Au Canada, dans l’arrêt *R. c. Maurantonio*, [1968] 1 O.R. 145 (C.A.), le juge Hart (*ad hoc*) conclut que [TRADUCTION] « les mots “la nature et [le] caractère de l’acte” [. . .] ne doivent pas être interprétés strictement et ne viser que l’acte concret accompli, mais doivent plutôt être interprétés comme englobant les circonstances concomitantes qui donnent un sens à cet acte » (p. 153). Ce courant était cependant minoritaire.

[42] Les affaires recensées ne sont évidemment pas nombreuses, ce qui s’explique par la portée concrète du critère énoncé dans la décision *Clarence*. Il est évidemment rare qu’une femme consente à des relations sexuelles tout en pensant qu’il ne s’agit *pas* de relations sexuelles ou qu’un homme différent est

only to discover it is a sexual encounter might be such a case; the complainant does not consent to the sexual act but to a medical procedure. Under *Clarence* and its progeny, if the woman consented to the sexual act with the given man, no matter what the deceit, the man could not be convicted for his act. It is not surprising that the legal lexicon contains few cases dealing with fraud vitiating consent. The stark fact was that in all but rare cases fraud could not vitiate consent.

[43] Canadian common law on fraud vitiating consent to sexual relations has now entered a third, post-*Clarence* era. *Charter* values of equality, autonomy, liberty, privacy and human dignity require full recognition of the right to consent or to withhold consent to sexual relations. Fraud under s. 265(3)(c) must be interpreted with these values in mind. The *Clarence* line of jurisprudence, which confined fraud to the question of whether the complainant knew the act was sexual or not, is no longer appropriate in the Canadian context. To hold that a complainant consents to the risk of an undisclosed serious disease because he or she knew the act was sexual affronts contemporary sensibilities and contemporary constitutional values.

(c) *Charter Values*

[44] Courts must interpret legislation harmoniously with the constitutional norms enshrined in the *Charter*: *R. v. Sharpe*, 2001 SCC 2, [2001] 1 S.C.R. 45, at para. 33; *Application under s. 83.28 of the Criminal Code (Re)*, 2004 SCC 42, [2004] 2 S.C.R. 248, at para. 35. *Charter* values are always relevant to the interpretation of a disputed provision of the *Criminal Code*.

[45] The *Charter* values of equality, autonomy, liberty, privacy and human dignity are particularly relevant to the interpretation of fraud vitiating

en cause. La personne qui se soumet à un examen médical pour finalement s'apercevoir qu'il s'agit plutôt d'un acte sexuel pourrait alléguer la fraude, car elle consent à un acte non pas sexuel, mais médical. Suivant la décision *Clarence* et celles rendues dans sa foulée, lorsque la femme a consenti à l'acte sexuel avec l'homme en cause, peu importe qu'il y ait eu tromperie, l'homme ne peut pas être déclaré coupable d'un crime relativement à cet acte. Il n'est pas surprenant que les répertoires juridiques recensent peu de cas de fraude viciant le consentement. Le fait est que la fraude pouvait rarement vicier le consentement.

[43] La common law canadienne en matière de fraude viciant le consentement aux rapports sexuels est maintenant entrée dans une troisième phase et a rompu avec la règle établie dans *Clarence*. Les valeurs d'égalité, d'autonomie, de liberté, de droit à la vie privée et de dignité humaine que consacre la *Charte* commandent la pleine reconnaissance du droit de donner ou de refuser son consentement à des relations sexuelles. C'est en ayant ces valeurs à l'esprit qu'il faut interpréter la notion de fraude visée à l'al. 265(3)c). Le courant jurisprudentiel issu de la décision *Clarence*, qui réduisait la fraude à la question de la connaissance ou de l'ignorance du caractère sexuel de l'acte, n'a plus sa place dans la société canadienne. Conclure que la plaignante consent au risque de contracter une maladie grave non révélée parce qu'elle sait que l'acte est sexuel heurte notre sensibilité moderne et les valeurs constitutionnelles actuelles.

c) *Les valeurs consacrées par la Charte*

[44] Les tribunaux doivent interpréter les lois en harmonie avec les normes constitutionnalisées par la *Charte* : *R. c. Sharpe*, 2001 CSC 2, [2001] 1 R.C.S. 45, par. 33; *Demande fondée sur l'art. 83.28 du Code criminel (Re)*, 2004 CSC 42, [2004] 2 R.C.S. 248, par. 35. Les valeurs consacrées par la *Charte* ont toujours leur place dans l'interprétation d'une disposition contestée du *Code criminel*.

[45] Les valeurs constitutionnelles d'égalité, d'autonomie, de liberté, de droit à la vie privée et de dignité humaine revêtent une importance

consent to sexual relations. The formerly narrow view of consent has been replaced by a view that respects each sexual partner as an autonomous, equal and free person. Our modern understanding of sexual assault is based on the preservation of the right to refuse sexual intercourse: sexual assault is wrong because it denies the victim's dignity as a human being. Fraud in s. 265(3)(c) of the *Criminal Code* must be interpreted in light of these values.

[46] As we have already seen, prior to the adoption of the *Charter* in 1982 and the reform of sexual offences in 1983, courts took a restrictive view of how lack of consent to sexual relations could be established and how consent could be negated by fraud. Rules of evidence and procedure, like the ancient rule that non-consent must be supported by evidence of a “hue and cry” in the neighbourhood immediately after the alleged sexual assault, or the willingness of judges to infer consent from dress or prior sexual experience, systemically biased the trial process in favour of finding consent. In like fashion, the jurisprudence, post-*Clarence*, took a narrow view of fraud capable of vitiating consent, holding that it went only to the sexual nature of the act, and that it did not apply to married women, who were bound to submit to their husbands in all circumstances.

[47] Post-*Charter* Canadian law has repudiated this crabbed view of consent and fraud. Amendments to the *Criminal Code* have removed the evidentiary burdens and presumptions that once made proof of lack of consent difficult. Courts have held that judges may not infer consent from the way the complainant was dressed or the fact that she may have flirted: *R. v. Ewanchuk*, [1999] 1 S.C.R. 330. And in 1998, *Cuerrier* signaled a return to a generous interpretation of fraud capable of vitiating consent.

particulière lorsqu'il s'agit de définir la fraude qui vicie le consentement aux relations sexuelles. L'ancienne conception étroite du consentement a été remplacée par une nouvelle selon laquelle chacun des partenaires sexuels est une personne autonome, égale et libre. De nos jours, la répression de l'agression sexuelle vise à protéger le droit de refuser un rapport sexuel : l'agression sexuelle est répréhensible en ce qu'elle nie la dignité de la victime en tant qu'être humain. C'est en fonction de ces valeurs qu'il faut interpréter la fraude visée à l'al. 265(3)c) du *Code criminel*.

[46] Nous avons vu qu'avant l'adoption de la *Charte* en 1982 et la réforme du régime applicable aux infractions sexuelles en 1983, les tribunaux se montraient réticents à conclure à l'absence de consentement à des relations sexuelles et à l'annulation de ce consentement par la fraude. Les règles de preuve et de procédure (telle l'ancienne règle voulant que le non-consentement doive être étayé par la preuve d'un appel à l'aide lancé au voisinage immédiatement après l'agression sexuelle alléguée) ou l'empressement des juges à inférer le consentement de l'habillement ou de l'activité sexuelle antérieure ont fait en sorte que les tribunaux concluent systématiquement à l'existence du consentement. Dans la même veine, la jurisprudence postérieure à la décision *Clarence* interprète elle aussi restrictivement la notion de fraude susceptible de vicier le consentement, estimant que celle-ci n'intéresse que la nature sexuelle de l'acte et que la femme mariée ne peut l'invoquer car elle doit être soumise à son mari en toutes circonstances.

[47] Après l'adoption de la *Charte*, le droit canadien a banni cette conception étriquée du consentement et de la fraude. Des modifications apportées au *Code criminel* ont supprimé les fardeaux de preuve et les présomptions qui rendaient jusqu'alors difficile la preuve de l'absence de consentement. Les tribunaux ont statué qu'on ne pouvait inférer le consentement de la manière dont était habillée la plaignante ni du fait qu'elle avait pu flirter : *R. c. Ewanchuk*, [1999] 1 R.C.S. 330. Puis, en 1998, l'arrêt *Cuerrier* a marqué le retour à une interprétation généreuse de la fraude susceptible de vicier le consentement.

[48] In keeping with the *Charter* values of equality and autonomy, we now see sexual assault not only as a crime associated with emotional and physical harm to the victim, but as the wrongful exploitation of another human being. To engage in sexual acts without the consent of another person is to treat him or her as an object and negate his or her human dignity. Although the *Charter* is not directly engaged, the values that animate it must be taken into account in interpreting s. 265(3)(c) of the *Criminal Code*.

(d) *The Experience of Other Common Law Jurisdictions*

[49] The parties and a number of interveners have relied on the approach of foreign legal systems to support their positions.

[50] A survey of comparative law shows that common law jurisdictions criminalize the *actual sexual transmission* of HIV, when the HIV-positive person is aware of his or her serologic status and when the partner does not give informed consent to the risk of infection. Several jurisdictions treat transmission of HIV following non-disclosure as offences involving bodily harm, rather than as sexual offences. Such transmission has been prosecuted on the following legal grounds: in England, for reckless infliction of bodily injury, under s. 20 of *The Offences against the Person Act, 1861*, 24 & 25 Vict., c. 100; in the Australian state of Victoria, for “[c]onduct endangering life” (s. 22 of the *Crimes Act 1958* (Vic.)); and in New Zealand, for, *inter alia*, “reckless disregard for the safety of others” that “causes grievous bodily harm” (s. 188(2) of the *Crimes Act 1961*, No. 43). See I. Grant, “The Prosecution of Non-disclosure of HIV in Canada: Time to Rethink *Cuerrier*” (2011), 5 *M.J.L.H.* 7, at pp. 31-41.

[51] However, deception that exposes a partner to a *risk of transmission* — but that does not ultimately result in transmission — is not criminalized

[48] Dans l’esprit des valeurs d’égalité et d’autonomie que consacre la *Charte*, nous voyons aujourd’hui dans l’agression sexuelle non seulement un crime associé au préjudice émotionnel et physique causé à la victime, mais aussi l’exploitation illicite d’un être humain par un autre. Se livrer à des actes sexuels avec une autre personne sans son consentement c’est la traiter comme un objet et porter atteinte à sa dignité humaine. Même si la *Charte* n’est pas directement en cause, les valeurs qui la sous-tendent doivent être prises en compte pour interpréter l’al. 265(3)c) du *Code criminel*.

d) *La situation dans les autres ressorts de common law*

[49] Les parties et certains intervenants fondent leur thèse sur l’approche retenue à l’étranger.

[50] Un examen comparatif révèle que les ressorts de common law criminalisent *la transmission sexuelle effective* du VIH lorsque la personne se sait séropositive et que son partenaire ne consent pas de façon éclairée à s’exposer au risque d’infection. Certains ressorts considèrent la transmission du VIH sans révélation préalable de la séropositivité comme une infraction de voies de fait, et non une infraction de caractère sexuel. La transmission sans révélation préalable a fait l’objet, en Angleterre, de poursuites pour infliction insouciant de lésions corporelles sur le fondement de l’art. 20 de *The Offences against the Person Act, 1861*, 24 & 25 Vict., ch. 100, en Australie, dans l’État de Victoria, de poursuites pour [TRADUCTION] « [c]onduite ayant mis en danger la vie d’autrui » (art. 22 de la *Crimes Act 1958* (Vic.)) et, en Nouvelle-Zélande, de poursuites pour, notamment, [TRADUCTION] « indifférence insouciant à l’égard de la sécurité d’autrui [. . .] ayant causé des lésions corporelles graves » (par. 188(2) de la *Crimes Act 1961*, No. 43). Voir I. Grant, « The Prosecution of Non-disclosure of HIV in Canada : Time to Rethink *Cuerrier* » (2011), 5 *R.D.S.M.* 7, p. 31-41.

[51] Cependant, de nombreux pays ne criminalisent pas la tromperie qui expose le partenaire à un *risque de transmission*, sans toutefois entraîner

in many jurisdictions. In England, exposing one's partner to HIV without advising of HIV status does not vitiate consent. Fraud vitiates consent only if it goes to "the nature or purpose of the relevant act", which excludes deception as to HIV status: *R. v. B.*, [2006] EWCA Crim 2945, [2007] 1 W.L.R. 1567, at para. 12. Theoretically, s. 18 of *The Offences against the Person Act, 1861*, which criminalizes intentional infliction of harm, could be used in England to punish non-disclosure of HIV-positive status as a form of *attempted* intentional infliction of harm. However, the high evidentiary burden "of proving that someone actually intended to transmit HIV through sex (as opposed to intending to have unprotected sex)" places a prohibitive onus on the Crown (Grant, at p. 32).

[52] In Australia, six of the nine jurisdictions do not criminalize exposure absent transmission. Of the three jurisdictions that criminalize exposure to a risk of transmission (*Crimes Act 1958* (Vic.), ss. 22 and 23; *Criminal Law Consolidation Act 1935* (S.A.), s. 29; *Criminal Code Act* (N.T.), ss. 174C and 174D), two (Victoria and the Northern Territory) apply lesser criminal offences for cases where no actual transmission resulted from exposure.

[53] In New Zealand, liability hinges, *inter alia*, on whether transmission occurs. Absent transmission, the failure to disclose HIV-positive status prior to sexual relations attracts the lesser offence of criminal nuisance (s. 145 of the *Crimes Act 1961*; *R. v. Mwai*, [1995] 3 N.Z.L.R. 149 (C.A.)).

[54] Professor Grant summarizes the contrast between the Canadian approach and the approach taken by England, Australia and New Zealand as follows:

In Canada, the same charge of aggravated (sexual) assault is typically used regardless of the nature of the deception, whether the virus is transmitted, or whether there is an isolated incident of non-disclosure or an ongoing course of non-disclosure. . . . In all other

la transmission effective du VIH. En Angleterre, le fait d'exposer son partenaire au VIH sans lui révéler sa séropositivité ne vicie pas le consentement. La fraude ne vicie le consentement que si elle touche [TRADUCTION] « à la nature ou à l'objet de l'acte », ce qui exclut la tromperie quant à la séropositivité : *R. c. B.*, [2006] EWCA Crim 2945, [2007] 1 W.L.R. 1567, par. 12. Théoriquement, en Angleterre, le poursuivant peut, lorsque la séropositivité n'a pas été dévoilée, invoquer l'art. 18 de *The Offences against the Person Act, 1861*, qui criminalise l'infliction délibérée d'un préjudice, et soutenir qu'il y a eu *tentative* d'infliction délibérée d'un préjudice. Cependant, la grande difficulté [TRADUCTION] « de prouver que l'intention de la personne était de transmettre sexuellement le VIH (et non seulement d'avoir une relation sexuelle non protégée) » est de nature à dissuader le poursuivant (Grant, p. 32).

[52] En Australie, six des neuf ressorts ne criminalisent pas l'exposition lorsqu'il n'y a pas transmission du virus. Parmi les trois États qui la criminalisent (au moyen des dispositions suivantes : *Crimes Act 1958* (Vic.), art. 22 et 23; *Criminal Law Consolidation Act 1935* (S.A.), art. 29; *Criminal Code Act* (N.T.), art. 174C et D), deux (Victoria et le Territoire-du-Nord) prévoient des infractions moindres lorsque aucune transmission ne résulte de l'exposition.

[53] En Nouvelle-Zélande, la responsabilité tient entre autres au fait qu'il y a eu ou non transmission. Lorsque le VIH n'est pas transmis, celui qui a omis de révéler sa séropositivité avant un rapport sexuel fait l'objet de l'infraction moindre de nuisance criminelle (art. 145 de la *Crimes Act 1961*; *R. c. Mwai*, [1995] 3 N.Z.L.R. 149 (C.A.)).

[54] La professeure Grant résume comme suit ce qui différencie l'approche canadienne de celle retenue en Angleterre, en Australie et en Nouvelle-Zélande :

[TRADUCTION] Au Canada, la même accusation d'agression (sexuelle) grave est généralement portée peu importe la nature de la tromperie, que le virus soit transmis ou non ou que l'omission de révéler constitue un acte isolé ou habituel. [. . .] Dans tous les autres

jurisdictions [canvassed in this study], the offence is characterized as the infliction of bodily harm, and not as non-consensual sexual contact. [p. 42]

[55] In sum, while the experience of other jurisdictions is not conclusive, it sounds a note of caution against extending the criminal law beyond its appropriate reach in this complex and emerging area of the law.

(3) Finding a Solution

[56] We have discussed the need for a clear and appropriately tailored test for fraud vitiating consent in s. 265(3)(c) of the *Criminal Code*, in the context of failure to disclose HIV-positive status. With a view to meeting that need, we have canvassed four guides to construing the provision — the proper ambit of the criminal law, the common law and statutory background of the concept of fraud, *Charter* values and the approach to non-disclosure of HIV status adopted in other countries. This brings us to the nub of the question before us — when, precisely, should non-disclosure of HIV status amount to fraud vitiating consent under s. 265(3)(c)?

[57] The four interpretational considerations suggest that the *Cuerrier* test is valid from the perspective of principle and impact. The *Cuerrier* test, to recap, requires proof of two elements: (1) a dishonest act; and (2) deprivation. It defines the first element broadly in terms of either misrepresentation or non-disclosure of HIV, and the second element equally broadly in terms of whether the act poses a “significant risk of serious bodily harm”.

[58] While it may be difficult to apply, the *Cuerrier* approach is in principle valid. It carves out an appropriate area for the criminal law — one restricted to “significant risk of serious bodily harm”. It reflects the *Charter* values of autonomy, liberty and equality, and the evolution of the common law, appropriately excluding the *Clarence* line of authority. The test’s approach to consent accepts the wisdom of the common law that not every

ressorts [considérés dans l’étude], l’infraction reprochée est celle d’infliction d’un préjudice corporel, et non celle de contact sexuel sans consentement. [p. 42]

[55] Bien que les solutions retenues dans les autres ressorts de common law ne nous lient pas, elles mettent en garde contre un accroissement indu de la portée du droit criminel dans ce domaine complexe et nouveau du droit.

(3) Recherche d’une solution

[56] Nous avons examiné la nécessité d’un critère clair et adapté qui permette de déterminer l’existence d’une fraude viciant le consentement pour l’application de l’al. 265(3)c) du *Code criminel* lorsque la séropositivité n’est pas révélée. Nous avons donc retenu quatre éléments susceptibles de nous guider dans l’interprétation de cette disposition, à savoir la juste portée du droit criminel, l’origine de la notion de fraude en common law et dans la loi, les valeurs consacrées par la *Charte* et l’approche d’autres pays à l’égard de non-révélation de la séropositivité. Dès lors, la question est essentiellement celle de savoir dans quelles circonstances précises l’omission de révéler la séropositivité équivaut à une fraude viciant le consentement pour l’application de l’al. 265(3)c).

[57] Il appert des quatre éléments d’interprétation que le critère établi dans l’arrêt *Cuerrier* demeure valable sur le plan des principes et des conséquences. Rappelons que ce critère exige la preuve de deux choses : (1) un acte malhonnête et (2) une privation. De façon générale, la première s’entend de l’information inexacte sur la séropositivité ou de l’omission de révéler celle-ci, et la seconde s’entend de manière tout aussi générale de l’exposition à un « risque important de lésions corporelles graves ».

[58] Bien qu’il puisse être difficile à appliquer, le critère de l’arrêt *Cuerrier* demeure valable sur le plan des principes. Il circonscrit avec justesse la portée du droit criminel — réprimer les actes qui exposent à un « risque important de lésions corporelles graves ». Il respecte les valeurs constitutionnelles d’autonomie, de liberté et d’égalité, et il tient compte de l’évolution de la common law, soit la rupture justifiée avec le courant jurisprudentiel

deception that leads to sexual intercourse should be criminalized, while still according consent meaningful scope. While *Cuerrier* takes the criminal law further than courts in other common law jurisdictions have, it can be argued other courts have not gone far enough: see L. H. Leigh, “Two cases on consent in rape” (2007), 5 *Arch. News* 6.

[59] Some interveners challenge the use of the criminal law in the case of HIV on the ground that it may deter people from seeking treatment or disclosing their condition, thereby increasing the health risk to the carrier and those he has sex with. On the record before us, I cannot accept this argument. The only “evidence” was studies presented by interveners suggesting that criminalization “probably” acts as a deterrent to HIV testing: see, e.g., M. A. Wainberg, “Criminalizing HIV transmission may be a mistake” (2009), 180 *C.M.A.J.* 688. Other studies suggest little difference in reporting rates in states that criminalized and did not criminalize behaviour: S. Burris, et al., “Do Criminal Laws Influence HIV Risk Behavior? An Empirical Trial” (2007), 39 *Ariz. St. L.J.* 467, at p. 501. The conclusions in these studies are tentative, and the studies were not placed in evidence and not tested by cross-examination. They fail to provide an adequate basis to justify judicial reversal of the accepted place of the criminal law in this domain.

[60] It follows that *Cuerrier* should not be jettisoned. The problems of uncertainty and appropriate reach that have emerged in its application should be addressed, but to the extent possible within the general framework of *Cuerrier*. This brings us to the suggestions for dealing with the problems of uncertainty and overbreadth that have arisen in applying *Cuerrier*.

issu de l'arrêt *Clarence*. La notion de consentement qui le sous-tend s'inspire de la sagesse de la common law (qui s'abstient de criminaliser toute tromperie incitant à consentir à un rapport sexuel) tout en accordant une grande importance au consentement. Il est vrai que, dans l'arrêt *Cuerrier*, la Cour repousse les limites du droit criminel plus loin que n'importe quel tribunal d'un autre ressort de common law. Toutefois, on peut soutenir que ce sont les autres tribunaux qui ne sont pas allés assez loin : voir L. H. Leigh, « Two cases on consent in rape » (2007), 5 *Arch. News* 6.

[59] Certains intervenants s'opposent à ce que la transmission du VIH relève du droit criminel parce que les gens pourraient hésiter à se faire traiter ou à dévoiler leur état, ce qui accroîtrait le risque pour la santé couru par le porteur du virus et les personnes avec lesquelles il a des rapports sexuels. Je ne saurais faire droit à cette thèse à partir du dossier qui nous est présenté. Les seuls « éléments de preuve » présentés par les intervenants à cet égard sont des études selon lesquelles il est « probable » que la criminalisation dissuade les gens de subir un test de dépistage du VIH : voir, notamment, M. A. Wainberg, « Criminalizing HIV transmission may be a mistake » (2009), 180 *J.A.M.C.* 688. Selon d'autres études, les comportements observés dans les États qui ont opté pour la criminalisation diffèrent peu de ceux observés dans les États qui n'ont pas opté pour elle : S. Burris, et al., « Do Criminal Laws Influence HIV Risk Behavior? An Empirical Trial » (2007), 39 *Ariz. St. L.J.* 467, p. 501. Il s'agit de conclusions tirées sous toute réserve, et les études n'ont été ni produites en preuve, ni mises à l'épreuve dans le cadre d'un contre-interrogatoire. Elles n'offrent pas l'assise qui nous justifierait de modifier le rôle reconnu au droit criminel dans ce domaine.

[60] Le critère de l'arrêt *Cuerrier* ne devrait donc pas être écarté. Certes, il convient de remédier aux problèmes d'incertitude et de juste portée que soulève son application, mais dans le plus grand respect possible du cadre général établi par l'arrêt *Cuerrier*. Je passe maintenant aux solutions préconisées pour remédier aux problèmes d'incertitude et de portée excessive rencontrés dans l'application du critère de l'arrêt *Cuerrier*.

(a) *The Active Misrepresentation Approach*

[61] It is argued that one way to correct the uncertainty and reach problems in *Cuerrier's* application is to narrow the concept of dishonest act to active deception — a clear misrepresentation or a lie in response to a clear question.

[62] This approach would go a long way to remedying the problem of uncertainty. A person would know that unless they made a positive misrepresentation or lied in response to a clear question, they would not be committing a crime. And it would also remedy the perceived problem of overbreadth; the narrower definition of fraud would prevent those who may inadvertently or negligently fail to disclose HIV status from being criminalized.

[63] This approach has some support. My concurring reasons in *Cuerrier* defined fraud as arising when “the person represents that he or she is disease-free” (para. 72, Gonthier J. concurring). This “active deception” approach has been viewed favourably by some: see Leigh, at p. 7.

[64] The approach, however, also suffers from difficulties. The first is that it may be difficult to distinguish between active deception and passive deception by non-disclosure. Everything depends on the circumstances. This approach's sensitivity to context blurs the line between criminal and non-criminal conduct. Conversations leading up to sexual acts are not always models of clarity. People tend not to use precise language. Gestures may supplant language. For example, is the shake of the head in response to a partner's question about HIV a positive representation that one does not have HIV? Moreover, there may be circumstances where the partner may reasonably infer absence of disease from prior conversations or circumstances. To be sure, trial judges can untangle complicated fact situations and decide if there has been a positive misrepresentation. But the fact remains that this marker may not fully or fairly capture the

a) *La tromperie active*

[61] L'un des moyens de résoudre les problèmes d'incertitude et de portée liés à l'application de l'arrêt *Cuerrier* consisterait à ramener le concept d'acte malhonnête à celui de tromperie active, à savoir une déclaration nettement trompeuse ou un mensonge en réponse à une question claire.

[62] Cette avenue remédierait en grande partie à l'incertitude. Chacun saurait qu'il ne commet pas de crime s'il ne fait pas de déclaration trompeuse ni ne ment en réponse à une question claire. L'approche apporterait également une solution à la portée apparemment excessive du droit criminel. En effet, la définition plus stricte de la fraude empêcherait de criminaliser la conduite de celui qui, par inadvertance ou par négligence, omet de révéler sa séropositivité.

[63] Cette piste de solution bénéficie d'un certain appui. Selon les motifs concordants que j'ai rédigés dans l'arrêt *Cuerrier*, il y a fraude lorsque « la personne affirme qu'elle n'est pas malade » (par. 72, avec le concours du juge Gonthier). Certains ont accueilli favorablement cette interprétation axée sur la [TRADUCTION] « tromperie active » : voir Leigh, p. 7.

[64] Cependant, cette approche soulève quelques difficultés, la première étant qu'il peut être ardu de distinguer tromperie active et tromperie passive par omission de révéler. Tout dépend des circonstances. La prise en compte du contexte brouille la ligne de démarcation entre l'acte criminel et l'acte non criminel. Les propos échangés avant des ébats sexuels ne sont pas toujours des modèles de clarté. Les gens ne s'expriment généralement pas de manière précise, et les gestes peuvent se substituer aux mots. Par exemple, hocher la tête de gauche à droite en réponse à une question sur la séropositivité constitue-t-il une véritable dénégation de celle-ci? De plus, il peut arriver qu'en raison de propos ou de faits antérieurs, le partenaire ait tout lieu de conclure à l'absence de maladie. Le juge du procès peut assurément démêler des données factuelles complexes et décider s'il y a eu ou non un acte trompeur. Il n'en demeure pas moins que le critère

deception that underlies a particular fraud, and may be a difficult test to apply in practice.

[65] Second, there is arguably no principled distinction between active deception and passive deception. Should the trusting wife who does not ask a direct question as to HIV status of her partner be placed in a worse position than the casual date who does? The point from the complainant's perspective is that in either case she would not have given her consent had the deception not occurred. Fraud is fraud, whether induced by blatant lies or sly deceit.

(b) *The Absolute Disclosure Approach*

[66] The Crown submits that all HIV-positive people should be required to disclose the fact to all sexual partners in all cases. This amounts to removing the "significant risk of serious bodily harm" requirement from the second element of the *Cuerrier* test.

[67] This approach provides a clear test, solving the problem of uncertainty. However, its solution to the problem of breadth is less convincing. This approach arguably casts the net of criminal culpability too widely. People who act responsibly and whose conduct causes no harm and indeed may pose no risk of harm, could find themselves criminalized and imprisoned for lengthy periods. Moreover, this approach seems to expand fraud vitiating consent in s. 265(3)(c) further than necessary, by defining it as simple dishonesty and effectively eliminating the deprivation element of fraud. Finally, this absolute approach is arguably unfair and stigmatizing to people with HIV, an already vulnerable group. Provided people so afflicted act responsibly and pose no risk of harm to others, they should not be put to the choice of disclosing their disease or facing criminalization.

pourrait ne pas faire ressortir totalement ou suffisamment la tromperie sous-jacente à une fraude en particulier, de sorte qu'il pourrait se révéler difficile à appliquer en pratique.

[65] La seconde difficulté est mise en relief par l'argument selon lequel il n'existe aucune distinction rationnelle entre la tromperie active et la tromperie passive. Le sort de l'épouse qui fait confiance à son conjoint et qui ne le questionne pas directement sur sa séropositivité devrait-il être pire que celui de la partenaire occasionnelle qui pose directement la question? Le fait est que ni l'une ni l'autre n'aurait donné son consentement n'eût été la tromperie. Une fraude est une fraude, qu'elle soit le fruit d'un mensonge flagrant ou d'une ruse.

b) *L'obligation absolue de révéler*

[66] Le ministère public soutient qu'une personne atteinte du VIH devrait toujours être tenue d'en informer un partenaire sexuel, ce qui reviendrait à écarter l'exigence du « risque important de lésions corporelles graves » correspondant au deuxième volet du critère de l'arrêt *Cuerrier*.

[67] En établissant un critère précis, cette approche remédie à l'incertitude, mais la solution qu'elle apporte au problème de la portée est moins convaincante. On pourrait soutenir qu'elle ratisse trop large en matière de culpabilité criminelle. Une personne qui agit de manière responsable et dont la conduite ne cause pas de préjudice ni n'est susceptible d'en causer pourrait se voir déclarée coupable d'une infraction criminelle et condamnée à une longue peine d'emprisonnement. Qui plus est, l'approche paraît élargir plus qu'il ne faut la notion de fraude viciant le consentement visée à l'al. 265(3)(c) en l'assimilant à la simple malhonnêteté et en supprimant de fait l'élément de « privation ». Enfin, l'obligation absolue de révéler pourrait être qualifiée d'inéquitable et stigmatiser les personnes atteintes du VIH, qui constituent déjà un groupe vulnérable. Dans la mesure où elles agissent de manière responsable et ne présentent aucun risque de préjudice pour autrui, les personnes séropositives ne devraient pas avoir à choisir entre révéler leur état de santé ou devoir faire face à la justice criminelle.

(c) *A Case-by-Case Fact-based Approach*

[68] The respondent argues that the *Cuerrier* “significant risk of serious bodily harm” test remains a workable test, but seeks to clarify it by emphasizing that it is simply a statement of what the evidence must establish to support a finding of fraud under s. 265(3)(c). A “significant risk of serious bodily harm” must be established by medical evidence in each case. The question is whether at the time of the sexual act in question, the particular act posed a significant risk of transmitting HIV. This typically requires the Crown to call expert evidence as to the accused’s viral count at the time of the offence as well as risks associated with any condom protection used. The trial judge must be satisfied that the evidence establishes beyond a reasonable doubt that the accused’s conduct at the moment of the offence posed a significant risk of serious bodily harm. Any doubt must be resolved in favour of the accused.

[69] While respectful of the rights of accused persons, this approach does not remedy the problems of uncertainty and reach that make *Cuerrier* difficult to apply. The process would be onerous. In every case, medical experts would have to be called. Lengthy examination and cross-examination would have to take place. Trial judges would have to spend long hours assessing the evidence to determine if it establishes a “significant risk of serious bodily harm” at the time of the alleged offence. Finally, the risk of conflicting judgments could render the process unfair from a systemic standpoint. The court of appeal, while accepting the trial judge’s conclusions on the evidence, might take a different view on the mixed question of fact and law of whether the risk was “significant”. Years may pass in legal no-man’s-land with no one knowing whether the accused is guilty or not guilty. Enormous costs, both for the prosecution and the defence, would be run up. This case illustrates all these problems.

c) *La prise en compte des faits de chaque espèce*

[68] L’intimé soutient que l’exigence d’un « risque important de lésions corporelles graves » établie par l’arrêt *Cuerrier* demeure valable. Il croit toutefois qu’il faut la clarifier en précisant qu’elle ne fait qu’énoncer ce qui doit être prouvé pour que le tribunal conclue à l’existence d’une fraude aux fins de l’application de l’al. 265(3)c). Dans tous les cas, le « risque important de lésions corporelles graves » doit faire l’objet d’une preuve médicale. Il s’agit de déterminer si, au moment de la relation sexuelle en cause, celle-ci présentait un risque important de transmission du VIH. À cette fin, le ministère public fait habituellement témoigner un expert sur la charge virale de l’accusé au moment de l’infraction, de même que sur les risques liés à la forme de protection par condom utilisée en l’espèce. Le juge du procès doit être convaincu que la preuve établit hors de tout doute raisonnable que la conduite de l’accusé, au moment de l’infraction, présentait un risque important de lésions corporelles graves. Tout doute joue en faveur de l’accusé.

[69] Bien qu’elle respecte les droits de l’accusé, cette approche ne résout pas les problèmes d’incertitude et de portée qui rendent le critère de l’arrêt *Cuerrier* difficile d’application. La démarche requise serait onéreuse. Des témoignages d’experts médicaux devraient être présentés dans tous les cas. Il s’ensuivrait de longs interrogatoires et contre-interrogatoires. Le juge du procès devrait consacrer de longues heures à l’appréciation de la preuve en vue de déterminer si elle établit l’existence d’un « risque important de lésions corporelles graves » au moment de l’infraction alléguée. Enfin, le risque que les jugements se contredisent entre eux pourrait compromettre l’équité du système judiciaire. Tout en faisant droit aux conclusions du juge du procès sur la preuve, la cour d’appel pourrait trancher différemment la question mixte de fait et de droit liée au caractère « important » du risque. Un vide juridique pourrait subsister pendant des années avant que l’accusé ne sache s’il est coupable ou non. Il en résulterait des frais considérables tant pour la poursuite que pour la défense. La présente affaire illustre tous ces inconvénients.

(d) *Judicial Notice of the Effect of Condom Use*

[70] To mitigate the uncertainties of the fact-based *Cuerrier* test, the respondent suggests that courts can take judicial notice of the fact that condom use always negates a significant risk of serious bodily harm.

[71] Before a judge can take judicial notice of a fact, the fact must be shown to be so “notorious” or in modern parlance, “accepted”, that no reasonable person would dispute it: *R. v. Find*, 2001 SCC 32, [2001] 1 S.C.R. 863, at para. 48; *R. v. Spence*, 2005 SCC 71, [2005] 3 S.C.R. 458, at para. 53. Yet the record here is replete with debate about whether use of a condom alone negates significant risk of serious bodily harm, and the controversy is exacerbated by the rapidly changing state of the science and by the fact-specific nature of risk. Judicial notice is not available here and cannot form the basis for formulating general propositions relating to the factual issue of risk, in the absence of indisputable consensus.

(e) *Relationship-based Distinctions*

[72] Another way of narrowing the *Cuerrier* “significant risk of serious bodily harm” approach to fraud under s. 265(3)(c) is to confine it to special relationships. It has been suggested in the commercial context that failure to disclose may amount to fraud when parties have a relationship of trust, quasi-trust or confidence: B. L. Nightingale, *The Law of Fraud and Related Offences* (loose-leaf). The distinction could conceivably be extended to relationships where one party is vulnerable, like the young often intoxicated women who had sex with Mr. Mabiior in this case. This approach assumes that sexual partners who do not ask about STDs bear a risk of exposing themselves to HIV, unless a relationship of trust exists between them.

d) *La connaissance d’office de l’effet de l’utilisation du condom*

[70] Afin de réduire l’incertitude liée au critère de nature factuelle qu’énonce l’arrêt *Cuerrier*, l’intimé propose que les tribunaux prennent connaissance d’office du fait que l’emploi du condom écarte toujours le risque important de lésions corporelles graves.

[71] Pour qu’un juge prenne connaissance d’office d’un fait, il faut démontrer que celui-ci est à ce point « notoire » ou, pour employer un terme plus moderne, « admis », qu’aucune personne raisonnable ne saurait le contester : *R. c. Find*, 2001 CSC 32, [2001] 1 R.C.S. 863, par. 48; *R. c. Spence*, 2005 CSC 71, [2005] 3 R.C.S. 458, par. 53. Or, en l’espèce, les thèses abondent quant à savoir si, à elle seule, l’utilisation du condom écarte ou non le risque important de lésions corporelles graves, et la controverse est exacerbée par l’évolution rapide de la science et le caractère circonstanciel du risque. Il ne saurait y avoir connaissance d’office en l’espèce et, à défaut d’un consensus incontestable, celle-ci ne peut servir de fondement à la formulation d’énoncés généraux sur la question factuelle du risque.

e) *La distinction fondée sur la nature du lien entre les personnes*

[72] Une autre façon de resserrer l’exigence du « risque important de lésions corporelles graves » établie dans l’arrêt *Cuerrier* pour l’interprétation de la fraude visée à l’al. 265(3)c) consiste à ne l’appliquer qu’aux relations spéciales. D’aucuns laissent entendre que, dans le contexte commercial, l’omission de révéler une chose peut s’apparenter à la fraude lorsqu’il existe entre les parties une relation fiduciaire, quasi-fiduciaire ou de confiance : B. L. Nightingale, *The Law of Fraud and Related Offences* (feuilles mobiles). Cette distinction pourrait fort bien s’appliquer aux relations où l’une des parties est vulnérable, ce qui était le cas des jeunes femmes, souvent intoxiquées, qui ont eu des relations sexuelles avec M. Mabiior dans la présente affaire. Cette approche repose sur le postulat que la personne qui ne demande pas à un partenaire sexuel s’il a une MTS s’expose au risque de contracter le VIH, sauf s’il existe entre eux une relation de confiance.

[73] The law of fraud in commercial situations provides some support for this approach. Originally, the common law and courts of equity did not regard mere silence, standing on its own without some other form of conduct which induced a false belief in another, as being fraudulent: *Twining v. Morrice* (1788), 2 Bro. C.C. 326, 29 E.R. 182; *Conolly v. Parsons* (1797), 3 Ves. 625n (Ch.); *Walters v. Morgan* (1861), 3 De G. F. & J. 718, 45 E.R. 1056. However, over time, equity recognized specific circumstances warranting a positive duty to disclose material facts, including a relationship of trust, quasi-trust or confidence.

[74] Against this approach, it can be argued that it narrows “fraud” under s. 265(3)(c) too much. Is there a good reason for compelling disclosure to one’s wife but not to a casual date? Where the concern is the contraction of a life-altering disease, the answer is no.

[75] Historically, fraud capable of vitiating consent to sexual intercourse has not followed the patterns of commercial fraud. The special context of sexual fraud raises unique concerns. This has generally resulted in a narrower approach to fraud, marked by its own peculiar considerations. The relationship between the parties in a particular case has tended not to figure among them. The closest the law has come to a relationship-based approach are the suggestions in Victorian times that wives and prostitutes — for different reasons relating to the mores of the time — could never assert fraud vitiating consent to sexual intercourse: see *Clarence*. Such ideas strike the modern ear, attuned to equality, as offensive.

(f) *The Reasonable Partner Approach*

[76] Yet another possibility is to define “fraud” under s. 265(3)(c) as what a reasonable and informed person in the position of the HIV-positive person’s potential partner would expect. The test would be objective, but based on the circumstances

[73] Le droit applicable en matière de fraude commerciale offre un certain appui à cette interprétation. À l’origine, la common law et les tribunaux d’équity estimaient que le seul silence, sans aucune autre forme de comportement qui induisait autrui en erreur, n’était pas frauduleux : *Twining c. Morrice* (1788), 2 Bro. C.C. 326, 29 E.R. 182; *Conolly c. Parsons* (1797), 3 Ves. 625n (Ch.); *Walters c. Morgan* (1861), 3 De G. F. & J. 718, 45 E.R. 1056. Or, au fil du temps, l’équity a reconnu que, dans certaines circonstances précises, l’obligation positive de révéler des faits importants s’imposait, notamment dans le cas d’une relation fiduciaire, quasi-fiduciaire ou de confiance.

[74] On peut toutefois reprocher à cette approche de trop limiter l’application de la « fraude » visée à l’al. 265(3)c). Est-il justifié d’obliger le mari à informer son épouse, mais non une partenaire occasionnelle? Lorsqu’il y a risque de contracter une maladie qui bouleverse la vie de sa partenaire sexuelle, la réponse est négative.

[75] Historiquement, la fraude susceptible de vicié le consentement aux relations sexuelles n’a pas connu la même évolution que la fraude commerciale. Vu son contexte particulier, la fraude d’ordre sexuel comporte des enjeux uniques. C’est pourquoi elle a généralement fait l’objet d’une interprétation stricte qui obéit à des considérations qui lui sont propres et dont fait rarement partie le lien existant entre les partenaires dans un cas donné. C’est à l’époque victorienne que l’approche axée sur la nature du lien a le plus imprégné le droit applicable, car on laissait entendre qu’épouses et prostituées — pour différentes raisons liées aux mœurs du temps — ne pouvaient jamais invoquer la fraude viciant le consentement aux relations sexuelles : voir *Clarence*. De telles conceptions heurtent notre société éprise d’égalité, qui les juge choquantes.

f) *La notion de partenaire raisonnable*

[76] Une autre interprétation de la « fraude » visée à l’al. 265(3)c) tient aux attentes d’une personne raisonnable et bien informée se trouvant dans la situation du partenaire éventuel d’une personne atteinte du VIH. Le critère serait objectif, mais son

of the particular case, including the type of relationship the parties had.

[77] This approach has the advantage of taking into account the expectations of the parties as they existed on the facts of the case. In this sense, it is fairer than a test that is based on a general norm presumed to apply in all cases. An HIV-positive person may be expected to understand the expectations of his partner in the particular circumstances at hand, and act accordingly.

[78] This approach also recognizes that allocation of responsibility for protecting against transmission of sexual diseases may vary with relationships and with the passage of time. One of the historic difficulties in formulating a test for fraud vitiating consent to sexual relations has been the variation in social norms and expectations over time. In Victorian times, husbands were held to be incapable of committing fraud vitiating consent, since wives had no right to refuse consent to sexual intercourse with their husbands. In more recent times, some argue that expectations have shifted from the view that an infected person bears all the responsibility for the sexual health of both partners, to the view that each party is responsible for his or her own sexual health. A contextually grounded reasonableness approach would avoid these problems by tailoring the result to the relationship from which the criminal charge arises.

[79] Again, however, the approach can be criticized. The most telling criticism is that it does not lay down a clear test for fraud, leaving people uncertain as to where the line lies between criminal conduct and non-criminal conduct. Unless the partners have themselves established the lines, the HIV-positive person is left to infer from the nature of the relationship what his potential partner, acting reasonably, would expect.

[80] This leads to a second criticism — overreach of the criminal law, and its correlative, unfairness to the accused. In the heat and anticipation of the sexual moment, assessments of what a reasonable partner would expect may be mistaken. Is the

application prendrait en considération les circonstances propres à chaque cas, notamment la nature du lien entre les parties.

[77] L'approche est intéressante, car elle tient compte des attentes des parties au vu des faits en cause. Le critère retenu est donc plus juste que celui fondé sur une norme générale censée s'appliquer à tous les cas. Dans les circonstances de l'espèce, la personne atteinte du VIH peut devoir tenir compte des attentes de son partenaire et agir en conséquence.

[78] L'approche reconnaît également que le partage de l'obligation de prévenir la transmission sexuelle d'une maladie peut varier en fonction de la relation et de l'époque en cause. Historiquement, l'une des difficultés inhérentes à la formulation d'un critère qui permette d'établir l'existence d'une fraude viciant le consentement aux relations sexuelles tient à l'évolution des normes sociales et des attentes. À l'époque victorienne, un mari ne pouvait commettre une fraude viciant le consentement, puisque l'épouse n'avait pas le droit de se refuser à lui. Plus récemment, certains ont fait valoir que les attentes avaient changé, passant de l'obligation faite à la personne infectée de veiller à la santé sexuelle des deux partenaires, à l'obligation de chacune des parties de veiller sur sa propre santé sexuelle. Une approche axée à la fois sur la raisonabilité et le contexte contournerait ces difficultés en adaptant le résultat à la relation qui est à l'origine de l'accusation criminelle.

[79] Toutefois, l'approche fait elle aussi l'objet de critiques, la plus percutante voulant qu'elle n'établisse pas un critère clair permettant de conclure à la fraude, de sorte qu'on ne peut déterminer avec certitude si un comportement est criminel ou non. À moins que les partenaires n'établissent eux-mêmes les paramètres voulus, la personne séropositive doit inférer de la nature de la relation les attentes d'un « partenaire raisonnable ».

[80] Ce qui appelle une seconde critique — la portée excessive du droit criminel et son corollaire, l'absence d'équité envers l'accusé. Dans le feu du désir et dans la perspective d'ébats sexuels, on peut aisément se tromper sur les attentes d'un

person then to be criminalized and sent to prison for perhaps years, for what is at its base the result of misjudgment? Such may be the consequence of the reasonable partner expectation test.

(g) *An Evolving Common Law Approach*

[81] This leaves the option of building greater certainty into the *Cuerrier* test by indicating when the significant risk test is met in terms of principle and concrete situations. Such an approach is consistent with the incremental role of common law courts in adapting the contours of an offence to the requirements of justice and practical application.

[82] The question, building on *Cuerrier*, is: when do sexual relations with an HIV-positive person pose a “significant risk of serious bodily harm”? In answering this question, the facts as found by the trial judge should be accepted, absent palpable and overriding error. Whether those facts establish a “significant risk of serious bodily harm” is a question of law: see C.A., at para. 37. The terms “serious bodily harm” mean “any hurt or injury, whether physical or psychological, that interferes in a substantial way with the integrity, health or well-being of a victim”: *R. v. McCraw*, [1991] 3 S.C.R. 72, at p. 88. Of course, actual transmission of HIV constitutes serious bodily harm.

[83] The courts below answered this question of law differently. The trial judge took the approach that any risk of transmission of HIV, however small, constitutes “significant risk of serious bodily harm” (see reference to the trial judge’s reasons, at C.A. para. 66). The Court of Appeal, by contrast, held that “significant risk” connoted a high risk of transmission of HIV. In its view “significant risk of serious bodily harm” under *Cuerrier* requires a “significant or high risk” (para. 80) — the “opposite of evidence of a ‘high probability’ of no infectiousness” (para. 127).

partenaire raisonnable. Faut-il alors criminaliser ce qui constitue, somme toute, une erreur de jugement et condamner le fautif à une peine d’emprisonnement dont la durée peut être de plusieurs années? Telle pourrait être la conséquence du critère fondé sur les attentes du partenaire raisonnable.

g) *Faire évoluer la common law*

[81] Reste donc la possibilité d’accroître la certitude associée au critère de l’arrêt *Cuerrier* en précisant à quelles conditions est remplie l’exigence du risque important, sur les plans théorique et pratique. Une telle approche est compatible avec la fonction des tribunaux de common law qui consiste à adapter progressivement les éléments d’une infraction aux exigences de la justice et de l’application concrète.

[82] Il s’agit donc de pousser plus loin l’arrêt *Cuerrier* en déterminant dans quelles circonstances une relation sexuelle avec une personne séropositive présente un « risque important de lésions corporelles graves ». Dès lors, il faut adhérer aux conclusions de fait du juge du procès, sauf erreur manifeste et dominante de sa part. Que ces conclusions établissent ou non un « risque important de lésions corporelles graves » est une question de droit qu’il convient de trancher : voir C.A., par. 37. Il faut entendre par « lésions corporelles graves » « toute blessure ou lésion, physique ou psychologique, qui nuit d’une manière importante à l’intégrité, à la santé ou au bien-être d’une victime » : *R. c. McCraw*, [1991] 3 R.C.S. 72, p. 88. La transmission effective du VIH inflige de toute évidence des lésions corporelles graves.

[83] Les juridictions inférieures statuent différemment sur cette question de droit. La juge du procès estime que tout risque de transmission du VIH, aussi minime soit-il, constitue un « risque important de lésions corporelles graves » (voir le renvoi à ses motifs dans ceux de la C.A., par. 66). Par contre, la Cour d’appel conclut qu’un « risque important » connote un risque élevé de transmission du VIH. À son avis, suivant l’arrêt *Cuerrier*, un « risque important de lésions corporelles graves » s’entend d’un [TRADUCTION] « risque important ou élevé » (par. 80), « par opposition à la preuve d’une “grande probabilité” de non-infectiosité » (par. 127).

[84] In my view, a “significant risk of serious bodily harm” connotes a position between the extremes of no risk (the trial judge’s test) and “high risk” (the Court of Appeal’s test). Where there is a *realistic possibility of transmission of HIV*, a significant risk of serious bodily harm is established, and the deprivation element of the *Cuerrier* test is met. This approach is supported by the following considerations.

[85] First, “significant risk of serious bodily harm” cannot mean any risk, however small. That would come down to adopting the absolute disclosure approach, with its numerous shortcomings, and would effectively read the word “significant” out of the *Cuerrier* test.

[86] Second, a standard of “high” risk does not give adequate weight to the nature of the harm involved in HIV transmission. “Significant risk” in *Cuerrier* is informed both by the risk of contraction of HIV and the seriousness of the disease if contracted. These factors vary inversely. The more serious the nature of the harm, the lower the probability of transmission need be to amount to a “significant risk of serious bodily harm”.

[87] Third, as discussed earlier in considering guides to interpretation, a standard of realistic possibility of transmission of HIV avoids setting the bar for criminal conviction too high or too low. A standard of any risk, however small, would arguably set the threshold for criminal conduct too low. On the other hand, to limit s. 265(3)(c) to cases where the risk is “high” might condone irresponsible, reprehensible conduct.

[88] Fourth, the common law and statutory history of fraud vitiating consent to sexual relations supports viewing “significant risk of serious bodily harm” as requiring a realistic possibility

[84] À mon sens, le « risque important de lésions corporelles graves » se situe entre les pôles que sont l’absence de risque (le critère retenu par la juge du procès) et le « risque élevé » (celui adopté par la Cour d’appel). Lorsqu’il existe une *possibilité réaliste de transmission du VIH*, le risque important de lésions corporelles graves est établi, et le second volet du critère de l’arrêt *Cuerrier* — la privation — est respecté. Les considérations suivantes militent en faveur de cette interprétation.

[85] Premièrement, le « risque important de lésions corporelles graves » ne saurait s’entendre de tout risque, aussi minime soit-il. Pareille interprétation reviendrait à adopter l’approche de l’obligation absolue de révéler, qui comporte de nombreuses lacunes, et à faire abstraction du qualificatif « important » employé dans la formulation du critère de l’arrêt *Cuerrier*.

[86] Deuxièmement, la norme du risque « élevé » ne tient pas dûment compte de la nature du préjudice causé par la transmission du VIH. Dans l’arrêt *Cuerrier*, la notion de « risque important » tient à la fois au risque de contracter le VIH et à la gravité de la maladie lorsqu’elle est transmise, deux facteurs inversement proportionnels. Plus la nature du préjudice est grave, moins la probabilité de transmission doit être grande pour qu’il y ait « risque important de lésions corporelles graves ».

[87] Troisièmement, comme je le mentionne précédemment dans l’examen des principes d’interprétation, la norme de la possibilité réaliste de transmission du VIH ne place la barre ni trop haut ni trop bas pour qu’il puisse y avoir déclaration de culpabilité. La norme correspondant à tout risque, aussi minime soit-il, pourrait établir un seuil de criminalité trop facile à franchir. Par ailleurs, limiter l’application de l’al. 265(3)(c) aux cas où le risque est « élevé » pourrait avoir l’effet d’excuser un comportement irresponsable et répréhensible.

[88] Quatrièmement, l’évolution de la common law et des lois en matière de fraude viciant le consentement aux relations sexuelles étaye la proposition selon laquelle le « risque important de

of transmission of HIV. This history suggests that only serious deceptions with serious consequences are capable of vitiating consent to sexual relations. Interpreting “significant risk of serious bodily harm” in *Cuerrier* as extending to any risk of transmission would be inconsistent with this. A realistic possibility of transmission arguably strikes the right balance for a disease with the life-altering consequences of HIV.

[89] Fifth, the values of autonomy and equality enshrined in the *Charter* support an approach to fraud vitiating consent that respects the interest of a person to choose whether to consent to sex with a particular person or not. The law must strike a balance between this interest and the need to confine the criminal law to conduct associated with serious wrongs and serious harms. Drawing the line between criminal and non-criminal misconduct at a realistic possibility of transmission arguably strikes an appropriate balance between the complainant’s interest in autonomy and equality and the need to prevent over-extension of criminal sanctions.

[90] Finally, interpreting “significant risk of serious bodily harm” as entailing a realistic possibility of transmission of HIV is supported by a number of cases. Apart from the trial reasons in this case, we have been referred to no case holding that “significant” means any risk, however small. To be sure, not many cases have considered the point. But the few that have are worth noting. In *R. v. Jones*, 2002 NBQB 340, [2002] N.B.J. No. 375 (QL), the court held that a risk of transmission of hepatitis C between 1.0 and 2.5% was “so low that it cannot be described as significant” (para. 33). And in *R. v. J.A.T.*, 2010 BCSC 766 (CanLII), the trial judge stated that “[a] significant risk means a risk that is of a magnitude great enough to be considered important” (para. 56).

lésions corporelles graves » exige une possibilité réaliste de transmission du VIH. Cette évolution donne à penser que seule la tromperie grave et lourde de conséquences est susceptible de vicier le consentement aux relations sexuelles, ce qui est incompatible avec une interprétation voulant que le « risque important de lésions corporelles graves » requis dans l’arrêt *Cuerrier* vise tout risque de transmission. On peut soutenir que la possibilité réaliste de transmission établit un juste équilibre dans le cas d’une maladie dont les conséquences bouleversent la vie, comme le VIH.

[89] Cinquièmement, les valeurs d’autonomie et d’égalité que consacre la *Charte* militent en faveur d’une définition de la fraude viciant le consentement qui respecte le droit de chacun de consentir ou non à des rapports sexuels avec une personne en particulier. La loi doit établir un équilibre entre ce droit et l’impératif de ne criminaliser que le comportement associé à un acte fautif et à un préjudice graves. Départager l’inconduite criminelle et l’inconduite non criminelle en fonction de la possibilité réaliste de transmission pourrait établir un juste équilibre entre le droit à l’autonomie et à l’égalité du plaignant, d’une part, et la nécessité de faire en sorte que la répression criminelle n’ait pas une portée excessive, d’autre part.

[90] Enfin, un certain nombre de décisions appuient l’assimilation du « risque important de lésions corporelles graves » à la possibilité réaliste de transmission du VIH. Hormis celle rendue à l’issue du procès en l’espèce, nulle décision selon laquelle un « risque important » englobe tout risque, aussi minime soit-il, n’a été invoquée devant nous. Les décisions sur ce point sont certes peu nombreuses, mais elles valent d’être mentionnées. Dans *R. c. Jones*, 2002 NBQB 340, [2002] N.B.J. No. 375 (QL), la cour conclut qu’un risque de transmission de l’hépatite C se situant entre 1,0 et 2,5 % est [TRADUCTION] « si faible qu’on ne saurait le qualifier d’important » (par. 33). Et dans *R. c. J.A.T.*, 2010 BCSC 766 (CanLII), le juge du procès dit qu’[TRADUCTION] « [un] risque important s’entend d’un risque dont l’ampleur justifie qu’on le tienne pour important » (par. 56).

[91] These considerations lead me to conclude that the *Cuerrier* requirement of “significant risk of serious bodily harm” should be read as requiring disclosure of HIV status if there is a realistic possibility of transmission of HIV. If there is no realistic possibility of transmission of HIV, failure to disclose that one has HIV will not constitute fraud vitiating consent to sexual relations under s. 265(3)(c).

[92] The test of realistic possibility of transmission proposed in these reasons is specific to HIV. As discussed above, “significant risk” depends both on the degree of the harm and risk of transmission. These two factors vary inversely. A treatable sexually transmitted disease that does not seriously alter a person’s life or life-expectancy might well not rise to the level of constituting “serious bodily harm”, and would also fail to meet the requirement of endangerment of life for aggravated sexual assault under s. 273(1). Where the line should be drawn with respect to diseases other than HIV is not before us. It is enough to note that HIV is indisputably serious and life-endangering. Although it can be controlled by medication, HIV remains an incurable chronic infection that, if untreated, can result in death. As such, the failure to advise a sexual partner of one’s HIV status may lead to a conviction for aggravated sexual assault under s. 273(1) of the *Criminal Code*. (This said, it may be that with further medical advances, the death rate may decline to the point where the risk of death is virtually eliminated, reducing the offence to sexual assault *simpliciter* under s. 271(1) of the *Criminal Code*. Similarly, the day may come when researchers will find a cure for HIV, with the possible effect that HIV will cease to cause “serious bodily harm” and the failure to disclose will no longer fall under the category of fraud vitiating consent for the purposes of sexual assault.)

[91] Ces considérations m’amènent à conclure que l’exigence d’un « risque important de lésions corporelles graves » formulée dans l’arrêt *Cuerrier* doit être interprétée comme obligeant une personne à révéler sa séropositivité lorsqu’il existe une possibilité réaliste de transmission du VIH. À défaut d’une telle possibilité, l’omission de dévoiler sa séropositivité ne constitue pas une fraude viciant le consentement aux relations sexuelles pour l’application de l’al. 265(3)c).

[92] Le critère de la possibilité réaliste de transmission proposé dans les présents motifs ne vaut que pour le VIH. Rappelons que le « risque important » tient à la fois à la gravité du préjudice et à l’ampleur du risque de transmission, deux facteurs inversement proportionnels. Une maladie transmise sexuellement qui est traitable et qui ne bouleverse pas l’existence ni ne réduit sensiblement l’espérance de vie pourrait très bien ne pas emporter de « lésions corporelles graves » et, de ce fait, ne pas satisfaire à l’exigence de mise en danger de la vie que comporte l’infraction d’agression sexuelle grave prévue au par. 273(1). L’objet du présent pourvoi n’est pas de tracer la ligne de démarcation dans le cas d’autres maladies que le VIH. Il suffit de signaler que le VIH est incontestablement une maladie grave qui met la vie en danger. Bien que son évolution puisse être contrôlée à l’aide de médicaments, le VIH demeure une maladie chronique incurable qui, lorsqu’elle n’est pas traitée, peut entraîner la mort. C’est pourquoi l’omission d’informer un partenaire sexuel de sa séropositivité peut donner lieu à une déclaration de culpabilité d’agression sexuelle grave suivant le par. 273(1) du *Code criminel*. (Cela dit, il se peut que de nouvelles avancées médicales permettent de réduire le taux de mortalité au point de rendre le risque de mortalité presque inexistant, et que l’on ramène l’infraction à celle d’agression sexuelle simple prévue au par. 271(1) du *Code criminel*. De même, les chercheurs pourraient un jour trouver un remède, de sorte que le VIH ne cause plus de « lésions corporelles graves » et que l’omission de révéler qu’on en est atteint ne constitue plus une fraude viciant le consentement pour l’application de l’infraction d’agression sexuelle.)

(4) Realistic Possibility of HIV Transmission

[93] A review of the case law pertaining to fraud vitiating consent to sexual relations leads to the following general principle of law: the *Cuerrier* requirement of a “significant risk of serious bodily harm” entails a *realistic possibility of transmission of HIV*. This applies to all cases where fraud vitiating consent to sexual relations is alleged on the basis of the non-disclosure of HIV-positive status.

[94] This leaves the question of when there is a realistic possibility of transmission of HIV. The evidence adduced here satisfies me that, as a general matter, a realistic possibility of transmission of HIV is negated if (i) the accused’s viral load at the time of sexual relations was low, *and* (ii) condom protection was used.

[95] The conclusion that low viral count coupled with condom use precludes a realistic possibility of transmission of HIV, and hence does not constitute a “significant risk of serious bodily harm” on the *Cuerrier* test, flows from the evidence in this case. This general proposition does not preclude the common law from adapting to future advances in treatment and to circumstances where risk factors other than those considered in this case are at play.

[96] In this case, the evidence accepted by the trial judge was that Mr. Mabor had intercourse by vaginal penetration with the four complainants, during which he ejaculated. The accused underwent antiretroviral treatment on a regular basis, but he only wore condoms occasionally. Mr. Mabor’s medical record also shows that he had been successfully treated for gonorrhœa and had no sexually transmitted infections at the time of intercourse with the four complainants other than HIV. Based on this evidence, three factors were relevant to risk: baseline risk for vaginal intercourse when the male partner is HIV-positive; reduction in risk with condom use; and antiretroviral therapy. I will consider each in turn.

(4) Possibilité réaliste de transmission du VIH

[93] Le principe de droit général suivant se dégage de la jurisprudence en matière de fraude viciant le consentement aux relations sexuelles : l’exigence par notre Cour dans *Cuerrier* d’un « risque important de lésions corporelles graves » suppose une *possibilité réaliste de transmission du VIH*. Le principe vaut pour toute allégation de fraude viciant le consentement à des relations sexuelles fondée sur l’omission de révéler sa séropositivité.

[94] La question se pose alors de savoir dans quelles circonstances il y a possibilité réaliste de transmission du VIH. La preuve offerte me convainc que, de manière générale, cette possibilité est écartée (i) lorsque la charge virale de l’accusé est faible au moment du rapport sexuel *et* (ii) que le condom est utilisé.

[95] La conclusion selon laquelle une charge virale faible combinée à l’utilisation du condom écarte la possibilité réaliste de transmission du VIH, de sorte qu’il n’y a pas de « risque important de lésions corporelles graves » pour l’application du critère de l’arrêt *Cuerrier*, découle de la preuve en l’espèce. Cet énoncé général n’empêche pas la common law de s’adapter aux avancées thérapeutiques et aux circonstances où d’autres facteurs de risque que ceux considérés en l’espèce sont en cause.

[96] En l’espèce, il appert de la preuve admise au procès qu’il y a eu pénétration vaginale et éjaculation lors des rapports sexuels de M. Mabor avec les quatre plaignantes. L’accusé suivait un traitement aux antirétroviraux sur une base régulière, mais il n’utilisait le condom qu’à l’occasion. Son dossier médical indique également qu’il a été traité avec succès pour une gonorrhée et qu’il ne souffrait d’aucune autre infection sexuellement transmissible que le VIH au moment de ses rapports sexuels avec les quatre plaignantes. À la lumière de cette preuve, trois éléments sont pertinents quant à l’évaluation du risque couru : le risque de base d’une relation vaginale avec un partenaire masculin séropositif, la réduction du risque lorsqu’un condom est utilisé et la thérapie antirétrovirale. Je les examine tour à tour.

[97] As the Court of Appeal noted, baseline risk of HIV transmission per act of vaginal intercourse with an infected male partner (i.e. the risk of transmission based on the male ejaculating, without a condom, having a normal unreduced viral load) varies from study to study. Dr. Smith's written report put the risk at 0.05% (1 in 2000) to 0.26% (1 in 384) (p. 4). Ms. McDonald, a public health nurse, testified about the Manitoba Health post-exposure protocol, which puts risk per act at 0.1% (1 in 1000). A systemic review and meta-analysis of 43 publications comprising 25 different study populations, put the risk in high-income countries at 0.08% per sexual act (1 in 1250): M.-C. Boily, et al., "Heterosexual risk of HIV-1 infection per sexual act: systematic review and meta-analysis of observational studies" (2009), 9 *Lancet Infect. Dis.* 118.

[98] It is undisputed that HIV does not pass through good quality male or female latex condoms. However, condom use is not fail-safe, due to the possibility of condom failure and human error. Dr. Smith testified that consistent condom protection reduces the risk of HIV transmission by 80%, relying on the widely accepted Cochrane review: S. C. Weller and K. Davis-Beaty, "Condom effectiveness in reducing heterosexual HIV transmission" (2002), 1 *Cochrane Database Syst. Rev.* CD003255. It was pointed out that the 80% reduction in the transmission risk refers to consistent condom use: the reduction may be larger for consistent *and* correct condom use, but this has not been verified empirically.

[99] The Court of Appeal, in applying a "high risk" approach, held that condom use reduces the risk of HIV transmission "below the level of significance" (para. 87). However, in my view, the evidence does not establish that condom protection alone precludes a *realistic possibility* of transmission, the standard proposed here. According to the expert evidence, the risk might still fall above the "negligible" threshold: Dr. Smith's report, at p. 6.

[97] Comme le signale la Cour d'appel, le risque de base de transmission du VIH lors d'une relation vaginale avec un partenaire masculin infecté (à supposer que l'homme éjacule, qu'il n'emploie pas de préservatif et que sa charge virale soit normale, plutôt que réduite) varie selon les études. Dans son rapport, le D^r Smith situe le risque par acte entre 0,05 % (1 sur 2000) et 0,26 % (1 sur 384) (p. 4). Une infirmière en santé publique, M^{me} McDonald, a témoigné au sujet du protocole post-exposition du Manitoba, lequel fait état d'un risque par acte de 0,1 % (1 sur 1000). L'examen systématique et la méta-analyse de 43 publications portant sur 25 études de population établit le risque couru dans les pays où les revenus sont élevés à 0,08 % par acte sexuel (1 sur 1250) : M.-C. Boily, et al., « Heterosexual risk of HIV-1 infection per sexual act : systematic review and meta-analysis of observational studies » (2009), 9 *Lancet Infect. Dis.* 118.

[98] Nul ne conteste que le VIH ne passe pas à travers la paroi d'un préservatif masculin ou féminin en latex de bonne qualité. Cependant, tout risque n'est pas éliminé, car le condom peut être défectueux ou mal employé. Le D^r Smith a témoigné que l'utilisation systématique du condom 100, et il a cité à l'appui l'étude de Cochrane, qui jouit d'une large reconnaissance : S. C. Weller et K. Davis-Beaty, « Condom effectiveness in reducing heterosexual HIV transmission » (2002), 1 *Cochrane Database Syst. Rev.* CD003255. Il a précisé que ce pourcentage de réduction correspondait à l'utilisation systématique du condom, car il peut être plus élevé s'il y a à la fois utilisation systématique *et* adéquate du condom, une hypothèse qui n'a cependant pas été vérifiée empiriquement.

[99] Adoptant l'angle du « risque élevé » d'infection, la Cour d'appel conclut que l'utilisation du condom abaisse le risque de transmission du VIH [TRADUCTION] « sous le seuil du risque important » (par. 87). Toutefois, à mon avis, la preuve n'établit pas que, à elle seule, cette protection écarte la *possibilité réaliste* de transmission, la norme proposée en l'espèce. Selon la preuve d'expert, le risque pourrait toujours dépasser le seuil du risque « négligeable » : rapport du D^r Smith, p. 6.

[100] This brings us to the final factor, antiretroviral therapy. As noted by the Court of Appeal, the transmissibility of HIV is proportional to the viral load, i.e. the quantity of HIV copies in the blood. The viral load of an untreated HIV patient ranges from 10,000 copies to a few million copies per millilitre. When a patient undergoes antiretroviral treatment, the viral load shrinks rapidly to less than 1,500 copies per millilitre (low viral load), and can even be brought down to less than 50 copies per millilitre (undetectable viral load) over a longer period of time. This appears to be scientifically accepted at this point, on the evidence in this case.

[101] Dr. Smith explained in his report that antiretroviral therapy is not a safe-sex strategy, and that “it is highly advisable that persons even with an undetectable viral load who are having sex with more than one partner unfailingly and correctly use a condom” (pp. 5 and 7). The most recent wide-scale study on this issue, relied on by a number of interveners, concludes that the risk of HIV transmission is reduced by 89 to 96% when the HIV-positive partner is treated with antiretrovirals, irrespective of whether the viral load is low or undetectable: M. S. Cohen, et al., “Prevention of HIV-1 Infection with Early Antiretroviral Therapy” (2011), 365 *New Eng. J. Med.* 493. This evidence indicates that antiretroviral therapy, alone, still exposes a sexual partner to a realistic possibility of transmission. However, on the evidence before us, the ultimate percentage risk of transmission resulting from the combined effect of condom use *and* low viral load is clearly extremely low — so low that the risk is reduced to a speculative possibility rather than a realistic possibility.

[102] In reaching this conclusion, I use *low* viral load, rather than *undetectable* viral load, as one of the factors for determining risk. This avoids the evidentiary difficulties associated with establishing an *undetectable* viral load. Dr. Smith presented evidence that various factors such as common infections and treatment issues may lead to fluctuations in a person’s viral load. So-called

[100] Passons maintenant au dernier élément, la thérapie antirétrovirale. Comme le signale la Cour d’appel, la transmissibilité du VIH est proportionnelle à la charge virale, soit le nombre de copies du VIH dans le sang. La charge virale d’une personne séropositive qui n’est pas traitée se situe entre 10 000 et quelques millions de copies par millilitre. Lorsque le patient suit un traitement aux antirétroviraux, sa charge virale chute rapidement à moins de 1 500 copies par millilitre (charge faible), voire jusqu’à moins de 50 copies par millilitre (charge indétectable) sur une plus longue période de temps. Selon la preuve au dossier, ces données seraient celles admises de nos jours par la science.

[101] Le D^r Smith explique dans son rapport que la thérapie antirétrovirale n’offre pas un moyen d’avoir des relations sexuelles sans risque et qu’[TRADUCTION] « il est fortement recommandé aux personnes qui ont plus d’un partenaire sexuel, même lorsque leur charge virale est indétectable, d’utiliser systématiquement et correctement le condom » (p. 5 et 7). Citée par un certain nombre d’intervenants, l’étude à grande échelle la plus récente sur ce point conclut que le risque de transmission du VIH diminue de 89 à 96 % lorsque le partenaire séropositif est traité aux antirétroviraux, peu importe que sa charge virale soit faible ou indétectable : M. S. Cohen, et al., « Prevention of HIV-1 Infection with Early Antiretroviral Therapy » (2011), 365 *New Eng. J. Med.* 493. C’est donc dire que la seule thérapie antirétrovirale expose quand même le partenaire sexuel à une possibilité réaliste de transmission. Toutefois, il appert de la preuve au dossier que le risque de transmission résultant de l’effet combiné de l’utilisation du condom *et* d’une charge virale faible est de toute évidence extrêmement faible, si faible que le risque devient hypothétique plutôt que réaliste.

[102] Pour arriver à cette conclusion, je retiens au nombre des éléments qui permettent d’évaluer le risque la charge virale *faible*, plutôt que la charge virale *indétectable*. Ce choix évite les difficultés liées à la preuve d’une charge virale *indétectable*. Le D^r Smith a témoigné que plusieurs choses, comme une infection banale ou un aléa thérapeutique, peuvent faire fluctuer la charge virale d’une

“spikes” or “blips” bring the viral load of a person treated with antiretrovirals above the detectable level. Furthermore, detectability depends on the accuracy of ever-developing technology: a viral load that assays do not detect today, might very well be detectable by future assays. Finally, it must be observed that Dr. Smith did not accept, and presented as controversial, the 2008 announcement by the Swiss Federal Commission for HIV/AIDS that an HIV-positive person with an undetectable viral load is not sexually infectious (p. 5). As he noted, this statement is subject to important qualifications, based only on a review of scientific literature, and requires corroborating research.

[103] This leads to the conclusion that on the evidence before us, the combined effect of condom use *and* low viral load precludes a realistic possibility of transmission of HIV. In these circumstances, the *Cuerrier* requirement of significant risk of serious bodily harm is not met. There is no deprivation within the meaning of *Cuerrier* and failure to disclose HIV status will not constitute fraud vitiating consent under s. 265(3)(c) of the *Criminal Code*.

(5) Summary

[104] To summarize, to obtain a conviction under ss. 265(3)(c) and 273, the Crown must show that the complainant’s consent to sexual intercourse was vitiated by the accused’s fraud as to his HIV status. Failure to disclose (*the dishonest act*) amounts to fraud where the complainant would not have consented had he or she known the accused was HIV-positive, and where sexual contact poses a significant risk of or causes actual serious bodily harm (*deprivation*). A significant risk of serious bodily harm is established by a realistic possibility of transmission of HIV. On the evidence before us, a realistic possibility of transmission is negated by evidence that the accused’s viral load was low at the time of intercourse and that condom protection

personne. Des variations brusques ou passagères élèvent au-dessus du seuil de la détectabilité la charge virale d’une personne traitée aux antirétroviraux. De plus, la détectabilité dépend de la précision d’une technologie en évolution constante : la charge virale qui n’est pas détectable aujourd’hui pourrait très bien l’être ultérieurement grâce à un nouveau test. Enfin, il convient de signaler le désaccord du D^r Smith avec la Commission fédérale suisse sur le VIH/sida, qui a affirmé en 2008 qu’une personne séropositive dont la charge virale est indétectable n’est pas sexuellement infectieuse. Il s’agit selon lui d’une affirmation controversée (p. 5). Il ajoute que cet avis appelle des réserves importantes parce qu’il n’est fondé que sur un examen de la littérature scientifique et qu’il doit être confirmé par la recherche.

[103] Au vu de la preuve au dossier, force est donc de conclure que l’effet combiné de l’utilisation du condom *et* de l’existence d’une charge virale faible écarte la possibilité réaliste de transmission du VIH. Dans ces circonstances, il n’est pas satisfait à l’exigence établie par la Cour dans *Cuerrier*, à savoir l’existence d’un risque important de lésions corporelles graves. Il n’y a aucune privation au sens de l’arrêt *Cuerrier*, et l’omission de l’accusé de révéler sa séropositivité ne constitue pas une fraude viciant le consentement aux fins de l’al. 265(3)(c) du *Code criminel*.

(5) Résumé

[104] En résumé, pour obtenir une déclaration de culpabilité sous le régime de l’al. 265(3)(c) et de l’art. 273, le ministère public doit démontrer que le consentement du plaignant aux relations sexuelles est vicié par la fraude de l’accusé concernant sa séropositivité. L’omission de révéler (*l’acte malhonnête*) constitue une fraude lorsque le plaignant n’aurait pas donné son consentement s’il avait su que l’accusé était séropositif et lorsqu’un contact sexuel présente un risque important de lésions corporelles graves ou inflige effectivement de telles lésions (*la privation*). La possibilité réaliste de transmettre le VIH établit le risque important de lésions corporelles graves. Selon la preuve au dossier, la possibilité réaliste de transmission est écartée par la

was used. However, the general proposition that a low viral load combined with condom use negates a realistic possibility of transmission of HIV does not preclude the common law from adapting to future advances in treatment and to circumstances where risk factors other than those considered in the present case are at play.

[105] The usual rules of evidence and proof apply. The Crown bears the burden of establishing the elements of the offence — a dishonest act and deprivation — beyond a reasonable doubt. Where the Crown has made a *prima facie* case of deception and deprivation as described in these reasons, a tactical burden may fall on the accused to raise a reasonable doubt, by calling evidence that he had a low viral load at the time and that condom protection was used.

B. Application

[106] With respect to the four counts before us, the complainants all consented to sexual intercourse with the accused. Each of the complainants testified that they would not have had sex with the accused had they known that he was HIV-positive. The only issue is whether their consent was vitiated because he did not tell them that he had HIV.

[107] The trial judge found the accused guilty of aggravated sexual assault on the four counts where it was established that his viral load was not undetectable or no condom was used. The Court of Appeal set aside the convictions on the basis that *either* an undetectable viral load *or* condom protection would suffice.

[108] As set out above, at this point in the development of the common law, a clear test can be laid down. The absence of a realistic possibility of HIV transmission precludes a finding of fraud vitiating consent under s. 265(3)(c) of the *Criminal Code*. In

preuve selon laquelle, lors de la relation sexuelle considérée, la charge virale de l'accusé était faible et un condom a été utilisé. Cependant, l'énoncé général voulant que la charge virale faible combinée à l'emploi du condom écarte la possibilité réaliste de transmission du VIH n'empêche pas la common law de s'adapter aux futures avancées thérapeutiques et aux circonstances où d'autres facteurs de risque que ceux considérés en l'espèce sont en jeu.

[105] Les règles de preuve habituelles s'appliquent en l'espèce. C'est au ministère public qu'il incombe d'établir hors de tout doute raisonnable les éléments constitutifs de l'infraction, à savoir l'acte malhonnête et la privation. Une fois ces deux éléments établis *prima facie* conformément aux présents motifs, l'accusé peut avoir l'obligation tactique de soulever un doute raisonnable par la présentation d'éléments de preuve selon lesquels, au moment considéré, sa charge virale était faible et un condom a été utilisé.

B. Application

[106] En ce qui concerne les quatre chefs d'accusation visés par le pourvoi, les plaignantes ont toutes consenti aux rapports sexuels qu'elles ont eus avec l'accusé. Chacune a déclaré qu'elle n'aurait pas eu de relations sexuelles avec l'accusé si elle l'avait su séropositif. La seule question en litige est celle de savoir si leur consentement est vicié par l'omission de l'accusé de les informer de sa séropositivité.

[107] La juge du procès reconnaît l'accusé coupable d'agression sexuelle grave quant aux quatre chefs dans la mesure où était établi que sa charge virale n'était pas indétectable ou qu'il n'avait pas utilisé de condom. La Cour d'appel annule les déclarations de culpabilité au motif que *soit* une charge virale indétectable, *soit* une protection au moyen d'un condom était suffisante.

[108] Comme je le dis précédemment, à cette étape de l'évolution de la common law, il est possible d'établir un critère clair. L'absence de possibilité réaliste de transmission du VIH empêche de conclure à l'existence d'une fraude viciant le

the case at hand, no realistic possibility of transmission was established when the accused had a low viral load and wore a condom. It follows that the appeal should be allowed insofar as the decision of the Court of Appeal conflicts with this conclusion.

[109] The accused had a low viral load at the time of intercourse with each of S.H., D.C.S. and D.H., but did not use a condom. Consequently, the trial judge's convictions on these counts should be maintained. This leaves K.G. The trial judge convicted on the ground that, although the accused used a condom at the time of the encounter, his viral load "was not suppressed" (para. 128). As discussed, the combination of a low viral load — as opposed to an *undetectable* viral load — and of condom use negates a realistic possibility of transmission, on the evidence in this case. The record shows that the accused's viral load was low at the time of sexual relations with K.G. When combined with condom protection, this low viral load did not expose K.G. to a significant risk of serious bodily harm. The trial judge's conviction on this count must be reversed.

[110] I would allow the appeal in part and restore the convictions in respect of the complaints by S.H., D.C.S. and D.H. I would dismiss the appeal in respect of the complaint by K.G.

Appeal allowed in part.

Solicitor for the appellant: Attorney General of Manitoba, Winnipeg.

Solicitor for the respondent: Legal Aid Manitoba, Winnipeg.

Solicitors for the interveners the Canadian HIV/AIDS Legal Network, the HIV & AIDS

consentement suivant l'al. 265(3)c) du *Code criminel*. Dans la présente affaire, nulle possibilité réaliste de transmission n'a été établie relativement aux rapports sexuels au cours desquels l'accusé avait une charge virale faible et utilisait un condom. Le pourvoi doit donc être accueilli dans la mesure où la décision de la Cour d'appel va à l'encontre de cette conclusion.

[109] Lors de ses rapports sexuels avec chacune des plaignantes S.H., D.C.S. et D.H., l'accusé avait une charge virale faible, mais n'a pas utilisé de condom. Il convient donc de confirmer les déclarations de culpabilité prononcées par la juge du procès sur les chefs correspondants. Reste à statuer sur le cas de K.G. La juge du procès déclare l'accusé coupable au motif que, même s'il a utilisé un condom lors des relations sexuelles avec elle, sa charge virale [TRADUCTION] « n'était pas supprimée » (par. 128). Je rappelle qu'une charge virale faible — par opposition à une charge virale *indétectable* — combinée à l'utilisation du condom écarte la possibilité réaliste de transmission suivant la preuve présentée en l'espèce. Il appert du dossier qu'au moment de ses rapports sexuels avec K.G., l'accusé avait une charge virale faible. Jumelée à la protection au moyen d'un condom, cette charge virale faible n'a pas exposé K.G. à un risque important de lésions corporelles graves. La déclaration de culpabilité prononcée par la juge sur ce chef doit être annulée.

[110] Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi en partie et de rétablir les déclarations de culpabilité pour agression sexuelle grave relativement aux plaignantes S.H., D.C.S. et D.H., ainsi que de rejeter le pourvoi en ce qui concerne la plaignante K.G.

Pourvoi accueilli en partie.

Procureur de l'appelante : Procureur général du Manitoba, Winnipeg.

Procureur de l'intimé : Aide juridique Manitoba, Winnipeg.

Procureurs des intervenants le Réseau juridique canadien VIH/sida, HIV & AIDS Legal Clinic

Legal Clinic Ontario, Coalition des organismes communautaires québécois de lutte contre le sida, the Positive Living Society of British Columbia, the Canadian AIDS Society, the Toronto People With AIDS Foundation, the Black Coalition for AIDS Prevention and the Canadian Aboriginal AIDS Network: Cooper & Sandler, Toronto.

Solicitors for the intervener the British Columbia Civil Liberties Association: McCarthy Tétrault, Vancouver.

Solicitors for the intervener the Criminal Lawyers' Association of Ontario: Schreck Presser, Toronto.

Solicitors for the intervener Association des avocats de la défense de Montréal: Poupart, Dadour, Touma et Associés, Montréal.

Solicitors for the intervener Institut national de santé publique du Québec: Desrosiers, Joncas, Massicotte, Montréal.

Ontario, la Coalition des organismes communautaires québécois de lutte contre le sida, Positive Living Society of British Columbia, la Société canadienne du sida, Toronto People With AIDS Foundation, Black Coalition for AIDS Prevention et le Réseau canadien autochtone du sida : Cooper & Sandler, Toronto.

Procureurs de l'intervenante l'Association des libertés civiles de la Colombie-Britannique : McCarthy Tétrault, Vancouver.

Procureurs de l'intervenante Criminal Lawyers' Association of Ontario : Schreck Presser, Toronto.

Procureurs de l'intervenante l'Association des avocats de la défense de Montréal : Poupart, Dadour, Touma et Associés, Montréal.

Procureurs de l'intervenant l'Institut national de santé publique du Québec : Desrosiers, Joncas, Massicotte, Montréal.