

Dossiers n^{os} 34094 et 33976

COUR SUPRÊME DU CANADA
(EN APPEL D'UN JUGEMENT DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC)

Dossier n^o 34094

ENTRE :

SA MAJESTÉ LA REINE

APPELANTE
(Intimée en Cour d'appel)

- et -

D.C.

INTIMÉE
(Appelante en Cour d'appel)

- et -

**RÉSEAU JURIDIQUE CANADIEN VIH/SIDA, HIV & AIDS LEGAL
CLINIC ONTARIO, COALITION DES ORGANISMES COMMU-
NAUTAIRES QUÉBÉCOIS DE LUTTE CONTRE LE SIDA, POSITIVE
LIVING SOCIETY OF BRITISH COLUMBIA, SOCIÉTÉ CANADIENNE
DU SIDA, TORONTO PEOPLE WITH AIDS FOUNDATION**

et

**BLACK COALITION FOR AIDS PREVENTION,
CANADIAN ABORIGINAL AIDS NETWORK**

et

CRIMINAL LAWYERS' ASSOCIATION OF ONTARIO

et

BRITISH COLUMBIA CIVIL LIBERTIES ASSOCIATION

et

**ASSOCIATION DES AVOCATS DE LA
DÉFENSE DE MONTRÉAL**

INTERVENANTS

(suite de l'intitulé et coordonnées des procureurs en pages intérieures)

**MÉMOIRE DE L'INTERVENANTE ASSOCIATION
DES AVOCATS DE LA DÉFENSE DE MONTRÉAL**

(EN APPEL D'UN JUGEMENT DE LA COUR D'APPEL DU MANITOBA)

Dossier n° 33976

ENTRE :

SA MAJESTÉ LA REINE

APPELANTE

(Intimée en Cour d'appel)

- et -

CLATO LUAL MABIOR

INTIMÉ

(Appelant en Cour d'appel)

- et -

**RÉSEAU JURIDIQUE CANADIEN VIH/SIDA, HIV & AIDS LEGAL
CLINIC ONTARIO, COALITION DES ORGANISMES COMMU-
NAUTAIRES QUÉBÉCOIS DE LUTTE CONTRE LE SIDA, POSITIVE
LIVING SOCIETY OF BRITISH COLUMBIA, SOCIÉTÉ CANADIENNE
DU SIDA, TORONTO PEOPLE WITH AIDS FOUNDATION**

et

**BLACK COALITION FOR AIDS PREVENTION,
RÉSEAU CANADIEN AUTOCHTONE DU SIDA**

et

CRIMINAL LAWYERS' ASSOCIATION OF ONTARIO

et

BRITISH COLUMBIA CIVIL LIBERTIES ASSOCIATION

et

**ASSOCIATION DES AVOCATS DE LA
DÉFENSE DE MONTRÉAL**

INTERVENANTS

M^e Magalie Cimon

M^e Caroline Fontaine

Directeur des poursuites criminelles
et pénales du Québec
Bureau RC-07
1111, boul. Jacques-Cartier Est
Longueuil (Québec)
J4M 2J6

Tél. : (450) 646-4012
Téléc : (450) 928-7486
magalie.cimon@justice.gouv.qc.ca

**Procureures de l'appelante
(pourvoi *D.C.*)**

M^e Elizabeth Thomson

Procureur général du Manitoba
510-405 Broadway
Winnipeg (Manitoba)
R3C 3L6

Tél : (204) 945-7221
Téléc : (204) 948-1315

**Procureure de l'appelante
(pourvoi *Mabior*)**

**M^e Christian Desrosiers
Desrosiers, Joncas, Massicotte**

Bureau 503
480, boul. Saint-Laurent
Montréal (Québec)
H2Y 3Y7

Tél : (514) 397-9284
Téléc : (514) 397-9922
cdesrosier@qc.aira.com

**Procureur de l'intimée
(pourvoi *D.C.*)**

M^e Jean Campeau

Directeur des poursuites criminelles
et pénales du Québec
Bureau 1.230
17, rue Laurier
Gatineau (Québec)
J8X 4C1

Tél. : (819) 776-8111 poste 60416
Téléc : (819) 772-3986
jean.campeau@dpcp.gouv.qc.ca

**Correspondant de l'appelante
(pourvoi *D.C.*)**

M^e Henry S. Brown, c.r.

Gowling Lafleur Henderson LLP

Bureau 2600
160, rue Elgin
Ottawa (Ontario)
K1P 1C3

Tél : (613) 233-1781
Téléc : (613) 788-3433
henry.brown@gowlings.com

**Correspondant de l'appelante
(pourvoi *Mabior*)**

M^e Richard Gaudreau

Bergeron, Gaudreau

167, rue Notre-Dame de l'Île
Gatineau (Québec)
J8X 3T3

Tél. : (819) 770-7928
Téléc : (819) 770-1424
bergeron.gaudreau@qc.aira.com

**Correspondant de l'intimée
(pourvoi *D.C.*)**

M^e Amanda Sansregret
Legal Aid Manitoba
300-294 Portage Avenue
Winnipeg (Manitoba)
R3C 0B9

Tél : (204) 985-9813
Téléc : (204) 956-4146
amsan@legalaid.mb.ca

Procureure de l'intimé
(pourvoi *Mabior*)

M^e Richard Elliott
Canadian HIV/AIDS Legal Network
Bureau 600
1240, rue Bay
Toronto (Ontario)
M5R 2A7

Tél : (416) 595-1666 poste 229
Téléc : (416) 595-0094

Et :

M^e Johathan Shime
M^e Corie Langdon
Cooper Sandler LLP
Suite 1900
438 University Avenue
Toronto (Ontario)
M5G 1Y8

Tél : (416) 585-9191
Téléc : (416) 408-2372
jshime@criminal-lawyers.ca

Procureurs des intervenants (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)

M^e Eugene Meehan, c.r.
McMillan LLP
Bureau 300
50, rue O'Connor
Ottawa (Ontario)
K1P 6L2

Tél : (613) 232-7171 poste 132
Téléc : (613) 231-3191
eugene.meehan@mcmillan.ca

Correspondant de l'intimé
(pourvoi *Mabior*)

M^e Eugene Meehan, c.r.
McMillan LLP
Bureau 300
50, rue O'Connor
Ottawa (Ontario)
K1P 6L2

Tél : (613) 232-7171 poste 132
Téléc : (613) 231-3191
eugene.meehan@mcmillan.ca

Correspondant des intervenants (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)

M^e Michael A. Feder
M^e Angela M. Juba
McCarthy Tétrault LLP
Bureau 1300
777, rue Dunsmuir
Vancouver (Colombie-Britannique)
V7Y 1K2

Tél : (604) 643-5983
Téléc : (604) 622-5614
mfeder@mccarthy.ca

Procureurs de l'intervenante
(British Columbia Civil Liberties
Association)

M^e P. Andras Schreck
M^e Candice Suter
Schreck Presser LLP
5 étage
6, rue Adelaide Est
Toronto (Ontario)
M5C 1H6

Tél : (416) 977-6268 poste 1
Téléc : (416) 977-8513
schreck@schreckpresser.com

Procureurs de l'intervenante (Criminal
Lawyers' Association of Ontario)

M^e François Dadour
Poupart, Dadour, Touma et associés
Bureau 1700
507, Place D'Armes
Montréal (Québec)
H2Y 2W8

Tél : (514) 526-0861
Téléc : (514) 526-9646
fdadour@aei.ca

Procureur de l'intervenante (Association des
avocats de la défense de Montréal)

M^e James Michael Wishart
Fraser Milner Casgrain LLP
1420-99 Bank Street
Ottawa (Ontario)
K1P 1H4

Tél : (613) 783-9651
Téléc : (613) 783-9690
james.wishart@fmc-law.com

Correspondant de l'intervenante
(British Columbia Civil Liberties
Association)

M^e Brian A. Crane, c.r.
Gowling Lafleur Henderson LLP
Bureau 2600
160, rue Elgin
Ottawa (Ontario)
K1P 1C3

Tél : (613) 233-1781
Téléc : (613) 563-9869
brian.crane@gowlings.com

Correspondant de l'intervenante (Criminal
Lawyers' Association of Ontario)

TABLE DES MATIÈRES

**MÉMOIRE DE L'INTERVENANTE ASSOCIATION
DES AVOCATS DE LA DÉFENSE DE MONTRÉAL**

Page

PARTIE I	– ÉNONCÉ CONCIS DES ARGUMENTS DE L'INTERVENANTE ET DES FAITS PERTINENTS	1
PARTIE II	– BREF ÉNONCÉ DE LA POSITION DE L'INTERVENANTE RELATIVEMENT AUX QUESTIONS SOULEVÉES PAR L'APPELANTE	2
PARTIE III	– EXPOSÉ DES ARGUMENTS	3
	Une infraction spécifique abrogée	3
	La non-divulgaration et l'existence du consentement à l'activité sexuelle	5
	La jurisprudence postérieure à l'arrêt Cuerrier	7
	Le test de l'arrêt Cuerrier est cohérent et actuel	8
	La preuve scientifique et le critère de l'arrêt Cuerrier	9
PARTIE IV	– ARGUMENTS AU SUJET DES DÉPENS	10
PARTIE V	– ORDONNANCE DEMANDÉE	10
PARTIE VI	– TABLE ALPHABÉTIQUE DES SOURCES	11
PARTIE VII	– TEXTES LÉGISLATIFS	
	<i>Code criminel</i> , L.R.C. (1985), ch. C-46	12
	<i>Code criminel</i> , Martin's Criminal Code, 1985	13
	Version anglaise	14

TABLE DES MATIÈRES

**MÉMOIRE DE L'INTERVENANTE ASSOCIATION
DES AVOCATS DE LA DÉFENSE DE MONTRÉAL**

Page

<i>Loi modifiant le Code criminel</i> , S.C. 1919, c. 46	 15
Version anglaise	 16
<i>Loi modifiant le droit pénal</i> , S.C. 1985, c. 19	 17
<i>Loi sur la défense nationale</i> , L.R.C. (1985), ch. N-5	 18

MÉMOIRE DE L'INTERVENANTE
ASSOCIATION DES AVOCATS DE LA DÉFENSE DE MONTRÉAL

PARTIE I – EXPOSÉ CONCIS DES ARGUMENTS
DE L'INTERVENANTE ET DES FAITS PERTINENTS

1. L'intervenante Association des avocats de la défense de Montréal (« AADM ») réfère la Cour à sa requête en intervention en ce qui concerne son intérêt dans les pourvois à l'étude;
2. Le problème posé par les pourvois soumis à la Cour est celui de l'actualité de la grille d'analyse énoncée par la majorité, sous la plume du juge Cory dans l'arrêt *Cuerrier*,¹ à la lumière de l'évolution des connaissances médicales entourant l'infection au VIH et le stade ultérieur de SIDA. Ces connaissances médicales sont en preuve dans la mesure fournie par la preuve d'opinion administrée en première instance et faisant partie du dossier de la Cour. Cette preuve d'opinion ne fait pas l'objet de l'appel;
3. Contrairement à l'appelante dans les deux pourvois, l'AADM plaide que la non-divulgence de la séropositivité est un fait pertinent au vice de consentement par la fraude et non à l'existence du consentement lui-même. En conséquence, ce sont les règles du vice de consentement par la fraude, telles que discutées par la majorité dans l'arrêt *Cuerrier* qui doivent s'appliquer aux pourvois. À ce sujet, le test de l'arrêt *Cuerrier* énonce que ce ne sont pas toutes les fraudes qui vicieront le consentement : le juge du procès doit évaluer l'ensemble des circonstances afin de déterminer si le « risque important de préjudice grave » est rencontré par les faits mis en preuve. Quatorze ans après l'arrêt *Cuerrier*, et à la lumière de la preuve d'opinion au dossier de la Cour quant à l'évolution des connaissances scientifiques sur le sujet, il est soumis que le test du « risque important de préjudice grave » est cohérent, actuel, conforme à l'intention du législateur et à la jurisprudence ultérieure de cette Cour;
4. La norme du « risque important de préjudice grave » est connue et intelligible. Elle se retrouve aussi ailleurs dans la législation fédérale. Annuler ce test comme le suggère l'appelante revient à dire que l'obligation de divulgation est universelle quel que soit le risque encouru par la conduite sexuelle en cause, c'est-à-dire même si ce risque ne met pas en danger le plaignant;

¹ *R. c. Cuerrier*, [1998] 2 R.C.S. 371.

5. Cette Cour a déjà évoqué le fait que la sexualité humaine est complexe et que les circonstances qui interviennent dans la naissance du consentement sont parfois difficiles à saisir. Les possibilités et combinaisons entre le risque de transmission du VIH et une activité sexuelle donnée avec un partenaire donné sont très élevées et dépendent intrinsèquement des faits mis en preuve et retenus par le juge du procès. Il en est de même quant à l'ampleur de la supercherie, c'est-à-dire la quantité et la qualité de l'information transmise entre les participants à l'activité sexuelle à l'origine du consentement du plaignant. C'est pourquoi c'est le juge du procès qui doit évaluer, au cas par cas, si l'obligation de divulguer la séropositivité était ou non un ingrédient vital du consentement obtenu du plaignant;

6. Le fait que la preuve, dans les deux pourvois, se fonde sur des témoignages d'expert, notamment en matière de statistiques et de probabilités, n'influence pas le critère juridique. Il s'agit d'une question de preuve, c'est-à-dire essentiellement d'un problème d'admissibilité et de valeur probante en matière de preuve testimoniale et circonstancielle;

7. Les faits à la base des deux pourvois sont extrêmement différents. Ils illustrent bien l'infinie variété des situations qui obligent à une analyse individualisée du risque et, conséquemment, qui implique ou non une obligation de divulgation de la séropositivité de la part de l'accusé;

PARTIE II – BREF ÉNONCÉ DE LA POSITION DE L'INTERVENANTE RELATIVEMENT AUX QUESTIONS SOULEVÉES PAR L'APPELANTE

8. L'AADM soutient que le test élaboré par la majorité dans l'arrêt *Cuerrier* est satisfaisant et s'applique correctement aux faits sous-jacents aux deux pourvois. Le test de l'arrêt *Cuerrier* demeure conforme à l'état actuel du *Code criminel* et de la jurisprudence subséquente de cette Cour;

9. Le droit n'exige pas, dans son état actuel, une fusion entre la notion juridique de consentement et la notion – distincte – de vice de consentement par la fraude. De plus, toute fraude ne vicie pas le consentement par ailleurs donné;

10. Le test de l'arrêt *Cuerrier* est fondé sur la souplesse et la flexibilité. C'est le juge du procès qui appréciera la nature de la supercherie et son amplitude d'une part, et d'autre part, le risque de préjudice encouru par le plaignant en raison de la non-divulgence de la séropositivité. La preuve d'opinion qui peut accompagner cette démonstration par les parties sera appréciée, à sa juste valeur, par le juge des faits, en tenant compte de l'ensemble des circonstances pertinentes, notamment le genre d'activités sexuelles, leur fréquence et l'état de santé de l'accusé, parmi de nombreuses autres;

PARTIE III – EXPOSÉ DES ARGUMENTS

Une infraction spécifique abrogée

11. Notre *Code criminel* a connu une infraction spécifique réprimant la transmission d'une maladie vénérienne sciemment ou par négligence.² Cette infraction a vu le jour en 1919 et a été abrogée en 1985.³ Le législateur n'a pas, depuis, recréé une telle infraction au *Code criminel*;

L'arrêt Jobidon

12. Dans l'arrêt *Jobidon*,⁴ le juge Gonthier, au nom de la majorité a conclu que le paragraphe 265(3) du *Code criminel* n'était pas limitatif et que, pour un motif d'ordre public, le consentement donné aux bagarres à coups de poing qui causent des lésions corporelles était nul;

13. Appliquée à l'exposition ou à la transmission du VIH, l'approche de l'annulation du consentement pour des motifs d'ordre public n'a pas été retenue. Ainsi, dans *Ssenyonga*,⁵ il a été conclu que l'exception au consentement pour des motifs d'ordre public s'appliquait à l'emploi d'une force excessive et non à une situation de non-divulgence de la séropositivité;

² Au moment de son abrogation, il s'agissait de l'article 289 du *Code criminel*.

³ *Loi modifiant le Code criminel*, S.C. 1919, c. 46, art. 8. *Loi de 1985 modifiant le droit pénal*, S.C. 1985, c. 19, art. 42.

⁴ *R. c. Jobidon*, [1991] 2 R.C.S. 714.

⁵ *R. c. Ssenyonga*, (1993), 81 C.C.C. (3d) 257, discutée par le juge Cory dans *Cuerrier*, notamment en rapport avec l'étendue du vice de consentement par la fraude.

14. Dans l'arrêt *Cuerrier*, la juge L'Heureux-Dubé a référé à l'arrêt *Jobidon*, précisant qu'il ne s'appliquait pas aux faits dont était saisie la Cour : la non-divulgence de la séropositivité n'implique pas l'emploi d'une force excessive et, en conséquence, l'annulation du consentement pour des motifs d'ordre public n'a pas de raison d'être;⁶

15. Récemment, la Cour a discuté de la notion du consentement « préalable » dans l'affaire *J.A.*⁷ Évoquant l'arrêt *Jobidon*, le juge Fish, dissident (mais non contesté sur cette question) a rappelé le caractère exceptionnel de la règle de l'arrêt *Jobidon*, applicable uniquement à des lésions à la fois voulues et causées;⁸

16. Il aurait été loisible à cette Cour, dès l'arrêt *Cuerrier*, d'étendre la règle de l'arrêt *Jobidon* à l'annulation d'un consentement réel lorsque la non-divulgence de la séropositivité a pour effet d'exposer le plaignant à un risque, quelle que soit l'ampleur de celui-ci, et cela pour des motifs d'ordre public. Or, cette Cour n'a pas suivi cette approche;

17. La position adoptée par l'appelante a pour effet d'inviter la Cour à reprendre indirectement la logique de l'arrêt *Jobidon* relativement aux présents pourvois. En effet, l'appelante souligne les conséquences individuelles et collectives de la non-divulgence de la séropositivité, même lorsque les risques d'infection sont très minimes (dans le cadre des présents pourvois, par l'utilisation du préservatif ou par l'effet d'une charge virale indétectable) à l'égard du plaignant de même que sur l'ensemble de la société;⁹

18. En postulant que le risque de transmission du VIH, quel que soit ce risque, porte toujours atteinte à la validité du consentement donné en raison du sérieux des conséquences potentielles qui peuvent en découler en cas de non-divulgence,¹⁰ le ministère public invite la Cour à énoncer une exception judiciaire au consentement à l'instar de l'approche de l'arrêt *Jobidon*;

⁶ *Cuerrier*, précité, par. 10.

⁷ *R. c. J.A.*, 2011 CSC 8.

⁸ *J.A.*, précité, par. 129 et 130.

⁹ Dans son mémoire, le ministère public manitobain plaide que les dangers de la non-divulgence vont bien au-delà de l'accusé et du plaignant, et que ceux-ci s'étendent à l'ensemble de la société, particulièrement les segments vulnérables de celle-ci (Mémoire de l'appelante pour le Manitoba, par. 97).

¹⁰ À titre d'exemple, voir le Mémoire de l'appelante pour le Manitoba, par. 114, et le Mémoire de l'appelante pour le Québec, par. 33, 59, 62.

19. Or, telle n'était pas la position de cette Cour dans l'arrêt *Cuerrier*, à une époque où un tel choix de politique judiciaire aurait pu être retenu compte tenu de l'état de la science à cette époque : une infection au VIH équivalait alors à une condamnation à mort. En effet, il n'était nullement question, en 1998, d'avancées médicales qui permettaient de contrôler la maladie, lutter contre l'infection dans ses premiers temps, mesurer le risque de transmission, etc. Si cette approche n'a pas été retenue en 1998, il est soumis qu'elle devrait être peu susceptible d'être adoptée aujourd'hui, dans un contexte de percées scientifiques substantielles qui permettent un contrôle certain sur la maladie et en réduisent substantiellement la mortalité;

La non-divulgation et l'existence du consentement à l'activité sexuelle

20. En l'absence d'une infraction spécifique ou de l'usage d'une autre infraction existante au *Code criminel*, et en l'absence d'une exception judiciaire annulant le consentement donné pour des motifs d'ordre public, l'analyse doit porter sur le lien entre la non-divulgation de la séropositivité et l'existence du consentement du plaignant, dans le contexte des infractions de voies de fait ou d'agression sexuelle;

21. L'appelante tente, dans ces deux pourvois, de rendre le consentement même du plaignant tributaire de la divulgation de la séropositivité par l'accusé, et de s'éloigner, du même coup, de la logique du vice de consentement par la fraude. Il est soumis que le consentement à l'activité sexuelle, tant en vertu du *Code criminel* que de la jurisprudence, ne dépend pas de la divulgation ou de la non-divulgation de la séropositivité de l'accusé;

22. Le consentement dont il est question dans les deux pourvois est celui qui se rattache à l'*actus reus*. Conformément à l'arrêt *Ewanchuk*, l'unique considération est de savoir si le plaignant, dans son for intérieur, a consenti à l'activité sexuelle *per se* au moment même de l'activité sexuelle¹¹;

¹¹ *Ewanchuk*, précité, par. 26. *J.A.*, précité, par. 23, 24, 34, 45, 46. Le paragraphe 273.1(1) du *Code criminel* précise bien que le consentement « consiste [...] en l'accord volontaire du plaignant à l'activité sexuelle ». Le paragraphe 273.1(2) du *Code criminel* offre des exemples desquels le consentement ne se déduit pas.

23. Que ce soit selon la définition positive (273.1(1) – accord volontaire du plaignant à l'activité sexuelle) ou négative (exemples donnés aux al. 273.1(2)a) à c)), il demeure que, selon le *Code criminel*, l'*actus reus* du consentement est déterminé par l'accord à l'acte sexuel en tant que tel, et non par la dimension informationnelle (ou motivation) qui a été à l'origine du consentement dans le for intérieur du plaignant;

24. La dimension informationnelle (c'est-à-dire le « contenu informationnel » échangé par les parties en vue de l'activité sexuelle) ou, en d'autres termes, la motivation qui donne naissance au consentement dans le for intérieur du plaignant répond plutôt à la norme que l'on retrouve à l'al. 265(3)c), et qui prévoit que le consentement réel n'en est pas un s'il a rétrospectivement été obtenu par la fraude;

25. Il en découle que la non-divulgence de la séropositivité de l'accusé vers le plaignant ne peut, dans l'état actuel du *Code criminel*, remettre en question le consentement dans le for intérieur du plaignant que par le biais de la fraude, et non par un quelconque rattachement à la notion de participation volontaire de celui-ci à l'activité sexuelle;

26. Investir le mot « volontaire » (par. 273.1(1) du *Code criminel*) de la nécessité que le plaignant dispose de toute l'information à l'origine de son accord à l'activité sexuelle ferait double usage (ou rendrait caduc) le par. 265(3) du *Code criminel*. Intégrer la non-divulgence d'information pertinente à l'origine du consentement du plaignant à la liste des circonstances dans lesquelles le consentement ne peut se déduire revient à reconnaître judiciairement une nouvelle exception ayant pour effet d'annuler le consentement, tel que discuté plus haut. Bien que le paragraphe 273.1(3) du *Code criminel* le permette, cette approche ferait de plus double emploi (ou rendrait caduc) avec le par. 265(3);

27. Cette dichotomie est parfaitement bien illustrée par le juge Cory, rédigeant pour la majorité dans l'arrêt *Cuerrier* :

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.¹²

La jurisprudence postérieure à l'arrêt Cuerrier

28. L'appelante base la nécessité de divulguer la séropositivité sur une approche de principe favorisant un « véritable » consentement à l'activité sexuelle plutôt que par le biais de l'analyse du vice de consentement par la fraude. Pour ce faire, elle se fonde principalement sur les prononcés de cette Cour dans les affaires *Ewanchuk*, *Williams* et *J.A.*;

29. L'arrêt *Ewanchuk* se fonde sur le principe de l'intégrité individuelle des personnes *en les protégeant des contacts non souhaités ou des menaces de recours à la force* pour définir le consentement en tant que tel.¹³ Or, dans l'arrêt *Ewanchuk*, la Cour a également discuté du par. 265(3) du *Code criminel*, mais en affirmant à son sujet : *le droit s'attache aux raisons qu'a la plaignante de décider de participer aux attouchements en question ou d'y consentir apparemment* (nous soulignons).¹⁴ Ainsi, l'arrêt *Ewanchuk* lui-même établit la différence entre l'accord volontaire à l'activité sexuelle en tant que telle (protection contre l'usage de la force), et les motivations ou « raisons » (ou « contenu informationnel » échangé entre les parties en vue de l'activité sexuelle) derrière le consentement du plaignant (lesquelles motivations ou « raisons » sont sujettes au par. 265(3) qui sanctionne les « raisons » frauduleuses ayant pour effet de vicier le consentement obtenu suite à celles-ci);

30. Sur ce point, l'arrêt *Williams* est d'un intérêt limité. Il ne constitue pas un arrêt de principe sur le consentement ou le vice de consentement. Il illustre plutôt une application particulière de la grille d'analyse de l'arrêt *Cuerrier*;

31. L'arrêt *J.A.* ne constitue pas non plus un arrêt de principe sur le caractère fondamental du consentement. L'analyse à laquelle la Cour procède est avant tout un exercice d'interprétation législative à partir des dispositions pertinentes du *Code criminel*, principalement les articles 265, 273.1 et 273.2. L'analyse de l'arrêt *Ewanchuk* relativement aux éléments essentiels de l'infraction demeure. L'inconscience du plaignant, dans l'affaire *J.A.*, ne va pas aux motivations

¹² *Cuerrier*, précité, par. 132.

¹³ *Id.*, par. 28.

¹⁴ *Id.*, par. 38.

ou aux « raisons » (ou à la dimension informationnelle échangée en vue de l'activité sexuelle) qui ont donné naissance au consentement dans son for intérieur, mais plutôt de savoir si l'absence d'esprit conscient peut constituer, en vertu du *Code criminel*, un accord volontaire à l'activité sexuelle elle-même;

32. À la lumière de ces arrêts, il est soumis que la remise en question des motivations du plaignant à donner son accord volontaire à l'activité sexuelle passe – et continue à passer – par la notion du vice de consentement, prévu par le législateur au paragraphe 265(3) du *Code criminel*. La fraude peut constituer un vice de consentement. C'est dans ce schéma que s'inscrit donc la problématique de la non-divulgence de la séropositivité par l'accusé au plaignant;

Le test de l'arrêt Cuerrier est cohérent et actuel

33. La norme juridique du « préjudice grave » est largement connue du législateur et expliquée par la jurisprudence. La norme du « risque important » se retrouve dans divers textes législatifs et réglementaires. À titre d'exemple, le législateur a confié au tribunal ou à la commission d'examen la tâche de déterminer si une personne à l'égard de laquelle un verdict de non-responsabilité criminelle pour troubles mentaux a été rendu constitue un « risque important » pour la sécurité du public.¹⁵ Les parties ne prétendent pas que la norme du « risque important de préjudice grave » est inintelligible;

34. Fondamentalement, ce que permet le test de l'arrêt *Cuerrier* est une individualisation de l'analyse de la supercherie et de l'ampleur du risque à l'infinité des possibilités inhérentes à la sexualité humaine. Celle-ci est complexe, « et les actions et réactions à l'origine du consentement mutuel à s'y livrer sont complexes et difficiles à saisir rétrospectivement »;¹⁶

35. En effet, le risque d'infection est lié à la répétition des activités sexuelles, incluant la « réinfection » et la résistance individuelle des patients.¹⁷ Le risque varie selon l'exposition aux fluides qui concentrent le virus, soit le sperme, le sang et les sécrétions vaginales. Le type d'activité sexuelle sera alors déterminant dans l'exposition au risque. La durée des activités

¹⁵ Alinéa 672.54a) du *Code criminel*. Voir aussi l'al. 202.16(1)a) de la *Loi sur la défense nationale*, L.R.C. (1985), ch. N-5, au même effet.

¹⁶ *Id.*, par. 126.

¹⁷ Voir cette discussion notamment dans les faits de l'arrêt *Williams*, précité.

sexuelles non protégées et leur fréquence sont inhérentes à l'ampleur du risque, tel que le démontrent les probabilités de transmission mises en preuve dans ces pourvois. Toutes ces circonstances potentielles établissent clairement la nécessité d'une analyse individualisée tant de la supercherie que du risque important de lésions graves;¹⁸

36. Il est possible que toute divulgation, sans égard au risque, puisse constituer une « obligation » morale ou éthique.¹⁹ Il est cependant soumis que le test de l'arrêt *Cuerrier* vise à résoudre avant tout un problème d'ordre juridique relié à la fraude à titre de vice du consentement en matière d'agression sexuelle et de voies de fait;

La preuve scientifique et le critère de l'arrêt Cuerrier

37. L'appelante évoque des difficultés fondamentales entre l'usage d'une preuve d'opinion traitant – notamment – de statistiques et de probabilités, et l'application d'une norme juridique à des faits;

38. Pour reprendre les termes du juge Fish dans *J.A.* : *la solution à un problème de preuve appréhendé ne réside pas dans l'extension injustifiée du droit substantiel.*²⁰ Il est soumis que le genre de preuve administrée au soutien des prétentions des parties obéit aux règles générales d'admissibilité (incluant l'exclusion d'une preuve dont la valeur probante est nulle ou qui est pertinente, mais a un effet préjudiciable sur l'équité du procès) et de valeur probante, particulièrement dans les domaines de la preuve d'opinion et de la preuve circonstancielle;

39. Enfin, contrairement à ce qu'affirme l'appelante, aucune injustice ne découle du fait qu'un même comportement, dans un cas, engendrera une responsabilité criminelle alors que le même geste, relativement à un autre plaignant ou un autre accusé, mènera à une conclusion opposée en raison d'une infime variation dans la probabilité.²¹ Cette problématique a été tranchée par la « théorie du crâne fragile », qui postule que l'accusé doit assumer les conséquences variables qui

¹⁸ Le juge Cory évoque ces combinaisons : *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* : *Cuerrier*, par. 127.

¹⁹ Le juge Chamberland fait d'ailleurs écho à cette approche : *D.C.*, par. 121.

²⁰ *Id.*, précité, par. 141.

²¹ Mémoire de l'appelante pour le Manitoba, par. 89 et Mémoire de l'appelante pour le Québec, par. 26, 29, 31, 58.

découlent de l'état dans lequel se trouve sa victime. En d'autres termes, la causalité est souvent une question mixte de droit et de fait;²²

40. En conclusion, les faits qui lient la Cour dans les présents pourvois illustrent diverses considérations scientifiques qui, entre autres, s'expriment sous la forme de statistiques et de probabilités. En soi, cela ne fait que renforcer la nécessité d'une évaluation au cas par cas du risque et ne doit pas mener, pour cette seule raison, à une refonte du critère juridique applicable.

PARTIE IV – ARGUMENTS AU SUJET DES DÉPENS

41. Non applicable.

PARTIE V – ORDONNANCE DEMANDÉE

42. L'AADM souhaite participer et répondre aux questions que la Cour lui poserait à l'audience, celle-ci étant déjà fixée au 7 février prochain.

Montréal, le 28 décembre 2011

M^e François Dadour
(Poupart, Dadour, Touma et associés)
Procureur de l'intervenante
Association des avocats de la défense de Montréal

²² *Smithers c. R.*, [1978] 1 R.C.S. 506. Voir aussi *R. c. Creighton*, [1993] 3 R.C.S. 3.

PARTIE VI – TABLE ALPHABÉTIQUE DES SOURCES

JURISPRUDENCE

Paragraphe(s)

<i>D.C. c. R.</i> , 2010 QCCA 2289 (CanLII)	36, 38
<i>R. c. Creighton</i> , [1993] 3 R.C.S. 3	39
<i>R. c. Cuerrier</i> , [1998] 2 R.C.S. 371	2,3,8,10,13,14,16,19,27,30,3435,36
<i>R. c. Ewanchuk</i> , [1999] 1 R.C.S. 330	22,28,29,31
<i>R. c. J.A.</i> , 2011 CSC 8	15,22,28,31,38
<i>R. c. Jobidon</i> , [1991] 2 R.C.S. 714	12,14,15,16,17,18
<i>R. c. Ssenyonga</i> , (1993), 81 C.C.C. (3d) 257	13
<i>R. c. Williams</i> , [2003] 2 R.C.S. 134	28,30,35
<i>Smithers c. R.</i> , [1978] 1 R.C.S. 506	39

LÉGISLATION

<i>Code criminel</i> , L.R.C. (1985), ch. C-46	8,11,12,20,21,22,23,25,26,2931,32,33
<i>Loi de 1985 modifiant le droit pénal</i> , S.C. 1985, c. 19	11
<i>Loi modifiant le Code criminel</i> , S.C. 1919, c. 46	11
<i>Loi sur la défense nationale</i> , L.R.C. (1985), ch. N-5	33