

Her Majesty The Queen *Appellant*

v.

J.A. *Respondent*

and

**Attorney General of Canada and
Women’s Legal Education and
Action Fund** *Interveners*

INDEXED AS: R. v. J.A.

2011 SCC 28

File No.: 33684.

2010: November 8; 2011: May 27.

Present: McLachlin C.J. and Binnie, LeBel, Deschamps,
Fish, Abella, Charron, Rothstein and Cromwell JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
ONTARIO

Criminal law — Sexual assault — Consent — Accused and complainant consensually engaging in erotic asphyxiation — Accused anally penetrating complainant during period of unconsciousness — Whether Criminal Code defines consent as requiring conscious, operating mind throughout sexual activity — Whether consent to sexual activity may be given prior to period of unconsciousness — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 265, 273.1, 273.2.

One evening, in the course of sexual relations, J.A. placed his hands around the throat of his long-term partner K.D. and choked her until she was unconscious. At trial, K.D. estimated that she was unconscious for “less than three minutes”. She testified that she consented to J.A. choking her, and understood that she might lose consciousness. She stated that she and J.A. had experimented with erotic asphyxiation, and that she had lost consciousness before. When K.D. regained consciousness, her hands were tied behind her back, and J.A. was inserting a dildo into her anus. K.D. gave conflicting testimony about whether this was the first time J.A. had inserted a dildo into her anus. J.A. removed the dildo ten seconds after she regained consciousness. The two then had vaginal

Sa Majesté la Reine *Appelante*

c.

J.A. *Intimé*

et

**Procureur général du Canada et
Fonds d’action et d’éducation juridiques
pour les femmes** *Intervenants*

RÉPERTORIÉ : R. c. J.A.

2011 CSC 28

N° du greffe : 33684.

2010 : 8 novembre; 2011 : 27 mai.

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

EN APPEL DE LA COUR D’APPEL DE L’ONTARIO

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

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

intercourse. When they finished, J.A. cut K.D.'s hands loose.

K.D. made a complaint to the police two months later and stated that while she consented to the choking, she had not consented to the sexual activity that had occurred. She later recanted her allegation, claiming that she made the complaint because J.A. threatened to seek sole custody of their young son. The trial judge convicted J.A. of sexual assault. A majority of the Court of Appeal allowed the appeal, set aside the conviction and dismissed the charges against J.A.

Held (Binnie, LeBel and Fish JJ. dissenting): The appeal should be allowed and the respondent's conviction for sexual assault restored.

Per McLachlin C.J. and Deschamps, Abella, Charron, Rothstein and Cromwell JJ.: The issue to resolve in this appeal is whether a person can perform sexual acts on an unconscious person if the person consented to those acts in advance of being rendered unconscious. Parliament has defined consent in a way that requires the complainant to be conscious throughout the sexual activity in question. Parliament's definition of consent does not extend to advance consent to sexual acts committed while the complainant is unconscious. The legislation requires ongoing, conscious consent to ensure that women and men are not the victims of sexual exploitation, and to ensure that individuals engaging in sexual activity are capable of asking their partners to stop at any point.

This definition of consent is in harmony with the provisions of the *Criminal Code* and their underlying policies and is also consistent with the tenor of the jurisprudence of this Court. The jurisprudence has consistently interpreted consent as requiring a conscious, operating mind, capable of granting, revoking or withholding consent to each and every sexual act. The jurisprudence also establishes that there is no substitute for the complainant's actual consent to the sexual activity at the time it occurred. It is not sufficient for the accused to have believed the complainant was consenting: he must also take reasonable steps to ascertain consent, and must believe that the complainant communicated her consent to engage in the sexual activity in question. This is impossible if the complainant is unconscious.

The argument that advance consent equals actual consent because the complainant cannot change her mind after being rendered unconscious runs contrary to this Court's conclusion in *R. v. Ewanchuk*, [1999]

conscience. Ils ont ensuite eu des relations vaginales. Après, J.A. lui a détaché les mains.

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

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

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

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

L'argument selon lequel le consentement donné à l'avance vaut un consentement donné au moment opportun parce que le plaignant ne peut changer d'idée après avoir été rendu inconscient va à l'encontre de

1 S.C.R. 330, that the only relevant period for ascertaining whether the complainant consented under the *Criminal Code* is while the touching is occurring. When the complainant loses consciousness, she loses the ability to either oppose or consent to the sexual activity that occurs. Finding that such a person is consenting would effectively negate the right of the complainant to change her mind at any point in the sexual encounter.

In some situations, the concept of consent Parliament has adopted may seem unrealistic. However, it would be inappropriate for this Court to carve out exceptions to the concept of consent when doing so would undermine Parliament's choice. This concept of consent produces just results in the vast majority of cases and has proved to be of great value in combating stereotypes that have historically existed. In the absence of a constitutional challenge, the appropriate body to alter the law on consent in relation to sexual assault is Parliament, should it deem this necessary.

Per Binnie, LeBel and Fish JJ. (dissenting): It is a fundamental principle of the law governing sexual assault in Canada that no means “no” and only yes means “yes”. In this case, K.D. said yes, not no. She engaged with J.A. in sexual activity to which she had freely consented in advance, while conscious. To convict J.A. of sexual assault in these circumstances is unwarranted as a matter of statutory interpretation, prior decisions of the Court, or considerations of policy. And it is wrong on the facts of this case.

The provisions of the *Criminal Code* regarding consent to sexual contact and the case law were intended to protect women against abuse by others. They aim to safeguard and enhance the sexual autonomy of women, and not to make choices for them.

It is a well-established principle that the complainant's genuine consent precludes a finding of sexual assault. There is nothing in the *Criminal Code* that indicates that Parliament has considered or adopted a statutory exception to this principle which would vitiate consent to unconscious sexual activity. Indeed, the wording of s. 273.1(2)(e) of the *Criminal Code* suggests that the complainant's consent can be given in advance, as it was in this case, and remains operative unless and until it is subsequently revoked. Upon regaining consciousness, K.D. did not revoke her prior consent to the sexual conduct in issue — which was then still ongoing. And it has not been suggested that she had earlier

la conclusion tirée par la Cour dans *R. c. Ewanchuk*, [1999] 1 R.C.S. 330, selon laquelle le seul moment pertinent pour déterminer s'il y a eu consentement au sens du *Code criminel* est lorsque les attouchements ont eu lieu. Dès que le plaignant perd conscience, il perd la capacité de s'opposer ou de consentir à l'activité sexuelle qui a lieu. Conclure au consentement de cette personne aurait pour effet de lui nier le droit de changer d'idée à tout moment au cours de la rencontre à caractère sexuel.

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

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

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

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

revoked her consent by words or conduct, or even in her own mind.

A person cannot, while unconscious, consent or revoke consent. However, it hardly follows that consenting adults cannot, as a matter of law, willingly and consciously agree to engage in a sexual practice involving transitory unconsciousness — on the ground that, during the brief period of that consensually induced mental state, they will be unable to consent to doing what they have already consented to do. There is no factual or legal basis for holding that the complainant's prior consent, otherwise operative throughout, was temporarily rendered inoperative during the few minutes of her voluntary unconsciousness. It was not suspended by the fact that she had rendered herself incapable of revoking the consent she had chosen, freely and consciously, not to revoke either immediately before or immediately after the brief interval of her unconsciousness. The complainant's prior consent to the activity in question constituted a valid consent only to the contemplated activity. In the absence of any evidence that J.A.'s conduct exceeded the scope of the complainant's consent, or caused her bodily harm that would vitiate her consent at common law, there is no basis in the provisions of the *Criminal Code* for concluding that the complainant's consent in fact was not a valid consent in law.

Cases Cited

By McLachlin C.J.

Applied: *R. v. Ewanchuk*, [1999] 1 S.C.R. 330; **referred to:** *Canada Trustco Mortgage Co. v. Canada*, 2005 SCC 54, [2005] 2 S.C.R. 601; *R. v. Esau*, [1997] 2 S.C.R. 777; *R. v. Humphrey* (2001), 143 O.A.C. 151; *R. v. M. (M.L.)*, [1994] 2 S.C.R. 3; *R. v. Park*, [1995] 2 S.C.R. 836; *Pappajohn v. The Queen*, [1980] 2 S.C.R. 120; *R. v. Cuerrier*, [1998] 2 S.C.R. 371; *R. v. Jobidon*, [1991] 2 S.C.R. 714; *R. v. Osvath* (1996), 46 C.R. (4th) 124; *Canadian Foundation for Children, Youth and the Law v. Canada (Attorney General)*, 2004 SCC 4, [2004] 1 S.C.R. 76.

By Fish J. (dissenting)

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

non plus qu'elle avait révoqué son consentement plus tôt, par ses paroles ou ses gestes, ou même dans son for intérieur.

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

Jurisprudence

Citée par la juge en chef McLachlin

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

Citée par le juge Fish (dissident)

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

Statutes and Regulations Cited

An Act to amend the Criminal Code (sexual assault), Bill C-49, 3rd Sess., 34th Parl., 1991 (assented to June 23, 1992), S.C. 1992, c. 38.
Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 45, 265, 271(1), 273.1, 273.2, 693(1)(a).
Sexual Offences Act 2003 (U.K.), 2003, c. 42, s. 75.

Authors Cited

Canada. House of Commons. *House of Commons Debates*, vol. VIII, 3rd Sess., 34th Parl., April 8, 1992, p. 9507.
 Canada. House of Commons. *House of Commons Debates*, vol. IX, 3rd Sess., 34th Parl., June 15, 1992, p. 12045.
 Card, Richard. *Sexual Offences: The New Law*. Bristol, England: Jordans, 2004.
 Fletcher, George P. *Basic Concepts of Legal Thought*. New York: Oxford University Press, 1996.
 Stewart, Hamish C. *Sexual Offences in Canadian Law*. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 2004 (loose-leaf updated August 2010, release 7).
 Stuart, Don. *Canadian Criminal Law: A Treatise*, 5th ed. Scarborough, Ont.: Thomson Carswell, 2007.
 Tanovich, David M. "Criminalizing Sex At The Margins" (2010), 74 C.R. (6th) 86.
 United Kingdom. House of Commons. Home Affairs Committee. *Sexual Offences Bill: Fifth Report of Session 2002-03*, HC 639. London: Stationery Office, 2003.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (Simmons, Juriansz and LaForme JJ.A.), 2010 ONCA 226, 100 O.R. (3d) 676, 253 C.C.C. (3d) 153, 74 C.R. (6th) 51, 260 O.A.C. 248, [2010] O.J. No. 1202 (QL), 2010 CarswellOnt 1739, setting aside the accused's conviction for sexual assault. Appeal allowed, Binnie, LeBel and Fish JJ. dissenting.

Christine Bartlett-Hughes, for the appellant.

Howard L. Krongold and *Matthew C. Webber*, for the respondent.

James C. Martin, for the intervener the Attorney General of Canada.

Susan Chapman and *Elizabeth Sheehy*, for the intervener the Women's Legal Education and Action Fund.

Lois et règlements cités

Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 45, 265, 271(1), 273.1, 273.2, 693(1)a).
Loi modifiant le Code criminel (agression sexuelle), projet de loi C-49, 3^e sess., 34^e lég., 1991 (sanctionné le 23 juin 1992), L.C. 1992, ch. 38.
Sexual Offences Act 2003 (R.-U.), 2003, ch. 42, art. 75.

Doctrine citée

Canada. Chambre des communes. *Débats de la Chambre des communes*, vol. VIII, 3^e sess., 34^e lég., 8 avril 1992, p. 9507.
 Canada. Chambre des communes. *Débats de la Chambre des communes*, vol. IX, 3^e sess., 34^e lég., 15 juin 1992, p. 12045.
 Card, Richard. *Sexual Offences : The New Law*. Bristol, England : Jordans, 2004.
 Fletcher, George P. *Basic Concepts of Legal Thought*. New York : Oxford University Press, 1996.
 Royaume-Uni. House of Commons. Home Affairs Committee. *Sexual Offences Bill : Fifth Report of Session 2002-03*, HC 639. London : Stationery Office, 2003.
 Stewart, Hamish C. *Sexual Offences in Canadian Law*. Aurora, Ont. : Canada Law Book, 2004 (loose-leaf updated August 2010, release 7).
 Stuart, Don. *Canadian Criminal Law : A Treatise*, 5th ed. Scarborough, Ont. : Thomson Carswell, 2007.
 Tanovich, David M. « Criminalizing Sex At The Margins » (2010), 74 C.R. (6th) 86.

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

Christine Bartlett-Hughes, pour l'appelante.

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

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

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

The judgment of McLachlin C.J. and Deschamps, Abella, Charron, Rothstein and Cromwell JJ. was delivered by

[1] THE CHIEF JUSTICE — It is a fundamental principle of Canadian law that a person is entitled to refuse sexual contact. From this, it follows that sexual acts performed without consent and without an honest belief in consent constitute the crime of sexual assault. The issue raised by this appeal is whether a person can perform sexual acts on an unconscious person if the person consented to those acts in advance of being rendered unconscious.

[2] The Crown argues that consent in advance of being rendered unconscious does not change the fact that the person, while unconscious, does not have an operating mind and is therefore incapable of consenting to sexual acts performed on her while unconscious. It argues that this is what the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, requires, and that to hold otherwise would be to condone non-consensual sex and sexual exploitation. The respondent, J.A., on the other hand, argues that he may engage in sexual activity with an unconscious person, provided he does not exceed the bounds of what the unconscious person expected. To hold otherwise, the respondent says, is to criminalize benign and essentially consensual sexual activity.

[3] Our task on this appeal is to determine whether the *Criminal Code* defines consent as requiring a conscious, operating mind throughout the sexual activity. I conclude that the *Code* makes it clear that an individual must be conscious throughout the sexual activity in order to provide the requisite consent. Parliament requires ongoing, conscious consent to ensure that women and men are not the victims of sexual exploitation, and to ensure that individuals engaging in sexual activity are capable of asking their partners to stop at any point. I would therefore allow the appeal and restore the conviction of the respondent.

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

[1] LA JUGE EN CHEF — Le droit d'une personne de refuser un contact sexuel est un principe fondamental du droit canadien. C'est pourquoi des actes sexuels accomplis sans consentement ni croyance sincère au consentement constituent le crime d'agression sexuelle. La question soulevée dans le présent pourvoi est de savoir si une personne peut se livrer à des actes sexuels sur une personne inconsciente qui a consenti à ces actes avant d'être rendue inconsciente.

[2] Selon le ministère public, le consentement que donne une personne avant d'être rendue inconsciente ne change rien au fait que, pendant son inconscience, elle n'est pas lucide et elle est incapable de consentir aux actes sexuels accomplis sur elle à ce moment. Il soutient que tel est le raisonnement dicté par le *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, et que conclure le contraire reviendrait à tolérer les rapports sexuels non consensuels et l'exploitation sexuelle. L'intimé, J.A., prétend pour sa part qu'il peut se livrer à des activités sexuelles avec une personne inconsciente, pourvu qu'il n'outrepasse pas les limites des activités auxquelles cette personne s'attendait. Selon l'intimé, conclure autrement criminaliserait des activités sexuelles anodines et essentiellement consensuelles.

[3] Nous sommes appelés en l'espèce à déterminer si le consentement, au sens du *Code criminel*, doit émaner d'une personne consciente, lucide pendant toute la durée de l'activité sexuelle. Je conclus que le *Code* exige clairement qu'une personne soit consciente pendant toute la durée d'une activité sexuelle pour donner un consentement valable. C'est pour prévenir l'exploitation sexuelle des hommes et des femmes et pour assurer aux personnes qui se livrent à une activité sexuelle la possibilité de demander à leur partenaire de cesser à tout moment que le législateur requiert un consentement conscient de tous les instants. Je suis donc d'avis d'accueillir l'appel et de rétablir la déclaration de culpabilité prononcée contre l'intimé.

I. Facts

[4] On May 22, 2007, the respondent J.A. and his long-time partner K.D. spent an evening together at home. While watching a movie on the couch, they started to kiss and engage in foreplay. After some time, they went upstairs to their bedroom and became more intimate. They both undressed, and started kissing on the bed.

[5] While K.D. was lying on her back, J.A. placed his hands around her throat and choked her until she was unconscious. At trial, K.D. estimated that she was unconscious for “less than three minutes”. She testified that she consented to J.A. choking her, and understood that she might lose consciousness. She stated that she and J.A. had experimented with erotic asphyxiation, and that she had lost consciousness before.

[6] When K.D. regained consciousness, she was on her knees at the edge of the bed with her hands tied behind her back, and J.A. was inserting a dildo into her anus. K.D. gave conflicting testimony about whether this was the first time J.A. had inserted a dildo into her anus. During her examination in chief, she stated that this was a first, and initially maintained this answer during cross-examination by defence counsel:

[Mr. Goldstein]: In terms of having what you referred to as a dildo inserted -- you had said in your butt, is that something that had happened before?

[K.D.]: No, we hadn't done that. We discussed the possibility of it. At the moment I just went with it in the spirit of experimentation.

[7] However, when confronted with the transcript of her testimony at J.A.'s bail hearing, K.D. changed her answer:

[K.D.]: . . . we had tried it one time prior.

[Mr. Goldstein]: Okay. . . .

I. Les faits

[4] Le 22 mai 2007, l'intimé, J.A., et sa partenaire de longue date, K.D., passaient la soirée ensemble à la maison. Pendant qu'ils regardaient un film, assis sur le sofa, ils se sont mis à s'embrasser et ont entamé des préliminaires. Au bout d'un certain temps, ils sont montés à leur chambre où ils sont passés à des activités plus intimes. Ils se sont dévêtus et ont commencé à s'embrasser sur le lit.

[5] J.A. a placé ses mains autour du cou de K.D., qui était étendue sur le dos, et l'a étranglée jusqu'à ce qu'elle tombe inconsciente. Au procès, K.D. a estimé être demeurée inconsciente [TRADUCTION] « moins de trois minutes ». Elle a témoigné qu'elle avait consenti à ce que J.A. l'étrangle et qu'elle savait qu'elle pouvait perdre conscience. Elle a déclaré qu'elle et J.A. s'étaient déjà livrés à l'asphyxie érotique et qu'il lui était déjà arrivé de perdre conscience.

[6] Lorsque K.D. a repris conscience, elle se trouvait à genoux au bord du lit, les mains ligotées derrière le dos, et J.A. lui introduisait un godemiché dans l'anus. K.D. a fait des déclarations contradictoires quant à savoir si c'était la première fois que J.A. se livrait à cette activité sur elle. Lors de son interrogatoire principal, elle a déclaré que c'était la première fois et elle a réitéré cette réponse pendant le contre-interrogatoire par l'avocat de la défense :

[TRADUCTION]

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

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

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

[TRADUCTION]

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

[M^c Goldstein] : Ok. . . .

[K.D.]: Somewhat of a drunken evening a while ago. I do apologize.

[8] K.D. testified that J.A. removed the dildo ten seconds after she regained consciousness. The two then had vaginal intercourse. When they had finished, J.A. cut K.D.'s hands loose.

[9] K.D. made a complaint to the police on July 11. In a videotaped statement, she told the police that she had not consented to the sexual activity that had occurred. She later recanted her allegation, and claimed that she made a false complaint to the police because J.A. had threatened to seek sole custody of their two-year-old son. J.A. was charged with aggravated assault, sexual assault, attempting to render the complainant unconscious in order to sexually assault her, and with breaching his probation order.

II. Judicial History

A. *Ontario Court of Justice, 2008 ONCJ 195 (CanLII)*

[10] K.D. was the only witness at trial in the Ontario Court of Justice.

[11] Nicholas J. found J.A. not guilty of aggravated assault and assault causing bodily harm. She concluded that K.D. had consented to being choked into unconsciousness. The trial judge also held that K.D. did not suffer bodily harm since the unconsciousness that she experienced was only transient. Nicholas J. found that the complainant consented to being choked.

[12] However, Nicholas J. found J.A. guilty of sexual assault. She described K.D.'s conflicting testimony as "typical . . . of a recanting complainant in a domestic matter" (para. 8). She concluded that K.D. had not consented to the insertion of the dildo, and that this was the first time that the couple had engaged in this sexual activity (para. 41).

[13] In the alternative, the trial judge held that K.D. could not "legally consent to sexual

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

[8] K.D. a affirmé dans son témoignage que J.A. a retiré le godemiché dix secondes après qu'elle a repris conscience. Ils ont ensuite eu des relations vaginales. Après, J.A. lui a détaché les mains.

[9] K.D. a porté plainte à la police le 11 juillet. Dans une déclaration enregistrée sur bande vidéo, elle a dit à la police ne pas avoir consenti à l'activité sexuelle qui avait eu lieu. Elle est plus tard revenue sur son allégation, prétendant avoir déposé une plainte mensongère à la police parce que J.A. avait menacé de demander la garde exclusive de leur fils de deux ans. J.A. a été accusé de voies de fait graves, d'agression sexuelle, de tentative de rendre la plaignante inconsciente dans l'intention de l'agresser sexuellement et de non-respect de son ordonnance de probation.

II. Historique judiciaire

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

[10] K.D. a été la seule personne à témoigner au procès devant la Cour de justice de l'Ontario.

[11] La juge Nicholas a acquitté J.A. de l'accusation de voies de fait graves et d'infliction de lésions corporelles. Elle a conclu que K.D. avait accepté d'être étranglée jusqu'à tomber inconsciente. La juge du procès a également conclu que K.D. n'avait subi aucune lésion corporelle, son inconscience n'ayant été que passagère. La juge Nicholas était d'avis que la plaignante avait consenti à la strangulation.

[12] Toutefois, la juge Nicholas a déclaré J.A. coupable d'agression sexuelle. Elle a qualifié le témoignage contradictoire de K.D. de [TRADUCTION] « typique [. . .] d'une plaignante qui se rétracte dans une affaire conjugale » (par. 8). Elle a conclu que K.D. n'avait pas consenti à l'introduction du godemiché et que c'était la première fois que le couple se livrait à cette activité sexuelle (par. 41).

[13] À titre subsidiaire, la juge du procès a estimé que K.D. ne pouvait pas, [TRADUCTION] « en droit,

activity that takes place when she is unconscious” (para. 45).

[14] J.A. was also found guilty of breaching his probation order.

B. *Ontario Court of Appeal, 2010 ONCA 226, 100 O.R. (3d) 676*

[15] J.A. successfully appealed his convictions to the Ontario Court of Appeal. The court unanimously held that there was insufficient evidence at trial to conclude beyond a reasonable doubt that K.D. did not consent to the insertion of the dildo in advance of unconsciousness (Simmons J.A., at para. 55; LaForme J.A., at para. 114). The court split on whether such consent would be legally valid.

[16] On behalf of the majority, Simmons J.A. held that individuals could consent in advance to sexual activity that occurs while they are unconscious. She emphasized that the Crown must prove the absence of consent in order to establish the *actus reus* of sexual assault. She reasoned that if an individual consents in advance to sexual activity taking place while she is unconscious, and never changes her mind, “[t]he only state of mind ever experienced by the person is that of consent” (para. 77).

[17] The majority also rejected the Crown’s argument that consent in this case was vitiated by the intentional infliction of bodily harm. Simmons J.A. agreed with the Crown that the trial judge had committed an error of law in her analysis of bodily harm, but held that bodily harm could not be relied upon to vitiate consent in the case of sexual assault *simpliciter*.

[18] LaForme J.A. dissented, holding that the definition of consent for the purposes of sexual assault required the individual to have an active mind throughout the sexual activity. He based

consentir à une activité sexuelle qui a lieu pendant qu’elle est inconsciente » (par. 45).

[14] J.A. a également été déclaré coupable de non-respect de son ordonnance de probation.

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

[15] J.A. a interjeté appel de ses déclarations de culpabilité. La Cour d’appel de l’Ontario a conclu à l’unanimité que la preuve soumise au procès était insuffisante pour conclure hors de tout doute raisonnable que K.D. n’avait pas consenti à la pénétration par godemiché avant de tomber inconsciente (la juge Simmons, par. 55; le juge LaForme, par. 114). La cour était partagée quant à savoir si ce consentement serait valide en droit.

[16] S’exprimant au nom de la majorité, la juge Simmons a conclu qu’une personne pouvait consentir à l’avance à une activité sexuelle qui a lieu pendant qu’elle est inconsciente. Elle a signalé que le ministère public doit prouver l’absence de consentement pour établir l’*actus reus* de l’infraction d’agression sexuelle. Selon elle, si une personne consent à l’avance à une activité sexuelle qui aura lieu pendant qu’elle sera inconsciente et qu’elle ne change pas d’idée, [TRADUCTION] « [l]e seul état d’esprit de cette personne a toujours été celui d’une personne consentante » (par. 77).

[17] Les juges majoritaires ont également rejeté l’argument du ministère public selon lequel l’infliction intentionnelle de lésions corporelles en l’espèce avait vicié le consentement. La juge Simmons a accepté la thèse du ministère public portant que la juge du procès avait commis une erreur de droit dans son analyse relative aux lésions corporelles, mais elle a conclu qu’il ne pouvait pas être allégué que les lésions corporelles viciaient le consentement dans le contexte d’une accusation d’agression sexuelle simple.

[18] De l’avis du juge LaForme, dissident, la définition du consentement en matière d’agression sexuelle exige que la personne demeure lucide pendant toute la durée de l’activité sexuelle. Fondant sa

his conclusion on this Court's decision in *R. v. Ewanchuk*, [1999] 1 S.C.R. 330, stating that this decision "conclusively establishes that a prior consent is not effective as a matter of law because unconsciousness deprives the person consenting of the ability to express consent or know whether they are consenting at the time the sexual activity occurs" (para. 117).

[19] LaForme J.A. also held that the *Criminal Code* defined consent as an ongoing state of mind, and that consent ceases "as soon as the complainant falls unconscious and is incapable of consenting" (para. 123). He noted that the *Criminal Code* allowed individuals to revoke their consent at any time during the sexual activity.

[20] LaForme J.A. did not discuss whether bodily harm could vitiate consent in the case of sexual assault *simpliciter*. However, he did state that he only disagreed with Simmons J.A.'s discussion of unconscious consent (para. 113).

III. Analysis

A. *Issue on Appeal*

[21] The only question before this Court is whether consent for the purposes of sexual assault requires the complainant to be conscious throughout the sexual activity. This is because the Crown appeals to this Court as of right on the basis of "any question of law on which a judge of the court of appeal dissents": *Criminal Code*, s. 693(1)(a). Accordingly, whether the complainant consented in fact or suffered bodily harm are not at issue; nor is the Court of Appeal's holding that, for reasons of procedural fairness, the Crown in this case cannot rely on bodily harm to vitiate consent since it did not formally allege that bodily harm occurred. Since the issue of bodily harm is not before this Court, I take no position on whether or in which circumstances individuals may consent to bodily harm during sexual activity. In my view, it would

conclusion sur la décision rendue par la Cour dans *R. c. Ewanchuk*, [1999] 1 R.C.S. 330, il a déclaré que cet arrêt [TRADUCTION] « établit de façon concluante qu'un consentement avant le fait n'est pas valide en droit parce que l'inconscience prive la personne de la capacité d'exprimer son consentement ou empêche de savoir si elle consent à l'activité sexuelle au moment où celle-ci a lieu » (par. 117).

[19] Le juge LaForme a conclu que le *Code criminel* définit le consentement comme un état d'esprit de tous les instants, et qu'il est révoqué [TRADUCTION] « dès que la plaignante tombe inconsciente et est incapable de consentir » (par. 123). Il a souligné que le *Code criminel* permet à une personne de révoquer son consentement à tout moment au cours de l'activité sexuelle.

[20] Le juge LaForme n'a pas abordé la question de savoir si les lésions corporelles pouvaient vicier le consentement dans le contexte d'une accusation d'agression sexuelle simple. Il a toutefois dit que le seul point sur lequel il ne souscrivait pas à l'analyse faite par la juge Simmons était la question du consentement d'une personne inconsciente (par. 113).

III. Analyse

A. *La question en litige*

[21] La seule question dont la Cour est saisie est celle de savoir si, pour qu'il y ait consentement en matière d'agression sexuelle, le plaignant doit demeurer conscient pendant toute la durée de l'activité sexuelle. Il en est ainsi parce que le ministère public se pourvoit de plein droit devant la Cour en s'appuyant sur l'al. 693(1)a du *Code criminel*, qui lui permet d'interjeter appel « sur toute question de droit au sujet de laquelle un juge de la cour d'appel est dissident ». Par conséquent, le pourvoi ne porte ni sur la question de savoir si la plaignante a effectivement consenti à l'activité en cause ou subi des lésions corporelles, ni sur la conclusion de la Cour d'appel selon laquelle, pour des motifs d'équité procédurale, le ministère public, n'ayant pas allégué formellement que des lésions corporelles avaient été infligées, ne peut faire valoir en l'espèce que

be inappropriate to decide the matter without the benefit of submissions from interested groups.

B. *Framework of Sexual Assault*

[22] Before turning to the issue in this case, it is useful to consider the framework of the law of sexual assault.

[23] A conviction for sexual assault under s. 271(1) of the *Criminal Code* requires proof beyond a reasonable doubt of the *actus reus* and the *mens rea* of the offence. A person commits the *actus reus* if he touches another person in a sexual way without her consent. Consent for this purpose is actual subjective consent in the mind of the complainant at the time of the sexual activity in question: *Ewanchuk*. As discussed below, the *Criminal Code*, s. 273.1(2), limits this definition by stipulating circumstances where consent is not obtained.

[24] A person has the required mental state, or *mens rea* of the offence, when he or she knew that the complainant was not consenting to the sexual act in question, or was reckless or wilfully blind to the absence of consent. The accused may raise the defence of honest but mistaken belief in consent if he believed that the complainant communicated consent to engage in the sexual activity. However, as discussed below, ss. 273.1(2) and 273.2 limit the cases in which the accused may rely on this defence. For instance, the accused cannot argue that he misinterpreted the complainant saying “no” as meaning “yes” (*Ewanchuk*, at para. 51).

[25] The issue in this case is whether the complainant consented, which is relevant to the *actus*

des lésions corporelles ont vicié le consentement. Puisque la question des lésions corporelles ne se pose pas devant nous, je ne statue pas sur la faculté d’une personne de consentir à subir des lésions corporelles au cours d’une activité sexuelle ni sur les circonstances dans lesquelles elle pourrait y consentir. À mon avis, il ne conviendrait pas de trancher la question sans entendre les observations des groupes intéressés à ce sujet.

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

[22] Avant d’examiner la question en litige en l’espèce, il est utile de jeter un coup d’œil aux grandes règles de droit applicables en matière d’agression sexuelle.

[23] Pour obtenir une déclaration de culpabilité pour agression sexuelle aux termes du par. 271(1) du *Code criminel*, il faut prouver l’*actus reus* et la *mens rea* de l’infraction hors de tout doute raisonnable. Une personne commet l’*actus reus* si elle fait des attouchements à caractère sexuel à une autre personne sans le consentement de celle-ci. Il s’agit ici du consentement réel et subjectif dans l’esprit du plaignant au moment où l’activité sexuelle a lieu : *Ewanchuk*. Comme nous le verrons plus loin, le par. 273.1(2) du *Code criminel* restreint cette définition en énumérant des situations où le consentement ne peut se déduire.

[24] Une personne a l’état d’esprit requis, soit la *mens rea* de l’infraction, lorsqu’elle sait que le plaignant ne consent pas à l’acte sexuel en question ou qu’elle fait preuve d’insouciance ou d’aveuglement volontaire quant à l’absence de consentement. L’accusé peut soulever la défense de croyance sincère mais erronée au consentement s’il croyait que le plaignant avait manifesté son consentement à l’activité sexuelle. Toutefois, et nous y reviendrons, le par. 273.1(2) et l’art. 273.2 limitent les cas où l’accusé peut invoquer ce moyen de défense. Par exemple, l’accusé ne peut prétendre qu’il croyait que « non » voulait dire « oui » (*Ewanchuk*, par. 51).

[25] Il faut déterminer en l’espèce s’il y a eu consentement, une question qui a trait à l’*actus reus*;

reus; the Crown must prove the absence of consent to fulfill the requirements of the wrongful act. However, the provisions of the *Criminal Code* with respect to the *mens rea* defence of honest but mistaken belief also shed light on the issue of whether consent requires the complainant to have been conscious throughout the duration of the sexual activity.

[26] The relevant provisions of the *Criminal Code* are ss. 265, 273.1 and 273.2.

[27] The *Criminal Code* defines sexual assault as an assault that is committed in circumstances of a sexual nature. Section 265 provides that:

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;

(b) he attempts or threatens, by an act or a gesture, to apply force to another person, if he has, or causes that other person to believe on reasonable grounds that he has, present ability to effect his purpose; or

(c) while openly wearing or carrying a weapon or an imitation thereof, he accosts or impedes another person or begs.

(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.

[28] Parliament has enacted provisions that specifically define consent for the purpose of sexual assault. In particular, s. 273.1 establishes as follows:

273.1 (1) Subject to subsection (2) and subsection 265(3), “consent” means, for the purposes of sections 271, 272 and 273, the voluntary agreement of the complainant to engage in the sexual activity in question.

le ministère public doit prouver l’absence de consentement pour démontrer la perpétration de l’acte fautif. Toutefois, les dispositions du *Code criminel* portant sur la défense de croyance sincère mais erronée au consentement, servant à réfuter l’existence de la *mens rea*, jettent également de la lumière sur la question de savoir si, pour qu’il y ait consentement, la plaignante doit avoir été consciente pendant toute la durée de l’activité sexuelle.

[26] Les dispositions pertinentes du *Code criminel* sont les art. 265, 273.1 et 273.2.

[27] Le *Code criminel* définit l’agression sexuelle comme des voies de fait commises dans des circonstances de nature sexuelle. L’article 265 est ainsi libellé :

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

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

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

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

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

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

273.1 (1) Sous réserve du paragraphe (2) et du paragraphe 265(3), le consentement consiste, pour l’application des articles 271, 272 et 273, en l’accord volontaire du plaignant à l’activité sexuelle.

(2) No consent is obtained, for the purposes of sections 271, 272 and 273, where

- (a) the agreement is expressed by the words or conduct of a person other than the complainant;
- (b) the complainant is incapable of consenting to the activity;
- (c) the accused induces the complainant to engage in the activity by abusing a position of trust, power or authority;
- (d) the complainant expresses, by words or conduct, a lack of agreement to engage in the activity; or
- (e) the complainant, having consented to engage in sexual activity, expresses, by words or conduct, a lack of agreement to continue to engage in the activity.

(3) Nothing in subsection (2) shall be construed as limiting the circumstances in which no consent is obtained.

[29] The definition of consent for the purposes of sexual assault is found in s. 273.1(1). In order to clarify this broad definition, Parliament provides a non-exhaustive list of circumstances in which no consent is obtained in s. 273.1(2). Section 273.1(3) authorizes the courts to identify additional cases in which no consent is obtained, in a manner consistent with the policies underlying the provisions of the *Criminal Code*.

[30] The defence of honest but mistaken belief in consent was recognized and limited by Parliament in s. 273.2 of the *Criminal Code*:

273.2 It is not a defence to a charge under section 271, 272 or 273 that the accused believed that the complainant consented to the activity that forms the subject-matter of the charge, where

- (a) the accused's belief arose from the accused's
 - (i) self-induced intoxication, or
 - (ii) recklessness or wilful blindness; or

(2) Le consentement du plaignant ne se déduit pas, pour l'application des articles 271, 272 et 273, des cas où :

- a) l'accord est manifesté par des paroles ou par le comportement d'un tiers;
- b) il est incapable de le former;
- c) l'accusé l'incite à l'activité par abus de confiance ou de pouvoir;
- d) il manifeste, par ses paroles ou son comportement, l'absence d'accord à l'activité;
- e) après avoir consenti à l'activité, il manifeste, par ses paroles ou son comportement, l'absence d'accord à la poursuite de celle-ci.

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

[29] La définition du consentement en matière d'agression sexuelle figure au par. 273.1(1). Pour préciser davantage cette définition large, le législateur a prévu au par. 273.1(2) une liste non exhaustive de situations dans lesquelles le consentement ne se déduit pas. Le paragraphe 273.1(3) habilite le tribunal à désigner d'autres situations où le consentement ne peut se déduire, en accord avec les principes de politique générale qui sous-tendent les dispositions du *Code criminel*.

[30] Le législateur a reconnu la défense de croyance sincère mais erronée au consentement et en a limité la portée à l'art. 273.2 du *Code criminel* :

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

- a) cette croyance provient :
 - (i) soit de l'affaiblissement volontaire de ses facultés,
 - (ii) soit de son insouciance ou d'un aveuglement volontaire;

(b) the accused did not take reasonable steps, in the circumstances known to the accused at the time, to ascertain that the complainant was consenting.

C. *The Concept of Consent Under the Criminal Code*

[31] The foregoing provisions of the *Criminal Code* indicate that Parliament viewed consent as the conscious agreement of the complainant to engage in every sexual act in a particular encounter.

[32] The proper approach to statutory interpretation was summarized in *Canada Trustco Mortgage Co. v. Canada*, 2005 SCC 54, [2005] 2 S.C.R. 601: “The interpretation of a statutory provision must be made according to a textual, contextual and purposive analysis to find a meaning that is harmonious with the Act as a whole.” The Court emphasized that while “[t]he relative effects of ordinary meaning, context and purpose on the interpretive process may vary, . . . in all cases the court must seek to read the provisions of an Act as a harmonious whole” (para. 10).

[33] It follows that we must seek to interpret the provisions that deal with consent in a harmonious way. Applying this approach, we see that Parliament defined consent in a way that requires the complainant to be conscious throughout the sexual activity in question. The issue is not whether the Court should identify a new exception that vitiates consent to sexual activity while unconscious (see reasons of Fish J., at para. 95), but whether an unconscious person can qualify as consenting under Parliament’s definition.

[34] Consent for the purposes of sexual assault is defined in s. 273.1(1) as “the voluntary agreement of the complainant to engage in the sexual activity in question”. This suggests that the consent of the complainant must be specifically directed to each and every sexual act, negating the argument

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

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

[31] Il ressort des dispositions susmentionnées du *Code criminel* que, pour le législateur, le consentement est l’accord volontaire du plaignant à chacun des actes sexuels accomplis à une occasion précise.

[32] L’approche qu’il convient d’adopter en matière d’interprétation législative a été résumée dans *Hypothèques Trustco Canada c. Canada*, 2005 CSC 54, [2005] 2 R.C.S. 601 : « L’interprétation d’une disposition législative doit être fondée sur une analyse textuelle, contextuelle et téléologique destinée à dégager un sens qui s’harmonise avec la Loi dans son ensemble. » La Cour a souligné que « [l]’incidence relative du sens ordinaire, du contexte et de l’objet sur le processus d’interprétation peut varier, mais les tribunaux doivent, dans tous les cas, chercher à interpréter les dispositions d’une loi comme formant un tout harmonieux » (par. 10).

[33] Nous devons donc nous efforcer d’interpréter de façon harmonieuse les dispositions qui traitent du consentement. En appliquant cette règle d’interprétation, nous constatons que le législateur a retenu une définition du consentement qui exige que le plaignant soit conscient pendant toute la durée de l’activité sexuelle. Il ne s’agit pas de déterminer si la Cour devrait reconnaître une nouvelle exception ayant pour effet d’annuler le consentement à une activité sexuelle qui a lieu pendant une période d’inconscience (voir les motifs du juge Fish, par. 95). Il s’agit plutôt de décider si une personne inconsciente peut donner son consentement au sens où l’entendait le législateur.

[34] Dans le contexte d’une agression sexuelle, le consentement s’entend, selon le par. 273.1(1), de « l’accord volontaire du plaignant à l’activité sexuelle ». Cette définition indique que le plaignant doit consentir spécifiquement à chacun des actes sexuels et réfute l’argument que le législateur

that broad advance consent is what Parliament had in mind. As discussed below, this Court has also interpreted this provision as requiring the complainant to consent to the activity “at the time it occur[s]” (*Ewanchuk*, at para. 26).

[35] Section 273.1(2) provides a non-exhaustive list of circumstances in which no consent is obtained. These examples shed further light on Parliament’s understanding of consent.

[36] Section 273.1(2)(b) provides that no consent is obtained if “the complainant is incapable of consenting to the activity”. Parliament was concerned that sexual acts might be perpetrated on persons who do not have the mental capacity to give meaningful consent. This might be because of mental impairment. It also might arise from unconsciousness: see *R. v. Esau*, [1997] 2 S.C.R. 777; *R. v. Humphrey* (2001), 143 O.A.C. 151, at para. 56, *per* Charron J.A. (as she then was). It follows that Parliament intended consent to mean the conscious consent of an operating mind.

[37] The provisions of the *Criminal Code* that relate to the *mens rea* of sexual assault confirm that individuals must be conscious throughout the sexual activity. Before considering these provisions, however, it is important to keep in mind the differences between the meaning of consent under the *actus reus* and under the *mens rea*: *Ewanchuk*, at paras. 48-49. Under the *mens rea* defence, the issue is whether the accused believed that the complainant *communicated consent*. Conversely, the only question for the *actus reus* is whether the complainant was subjectively consenting in her mind. The complainant is not required to *express* her lack of consent or her revocation of consent for the *actus reus* to be established.

[38] With this caution in mind, I come to the three provisions that relate to the *mens rea* that are relevant to the issue in this case: s. 273.1(2)(d), s. 273.1(2)(e) and s. 273.2(b).

entendait inclure un consentement général donné à l’avance. Comme nous le verrons plus loin, selon la Cour, cette disposition exige que la plaignante consente aux attouchements « lorsqu’ils ont [. . .] lieu » (*Ewanchuk*, par. 26).

[35] Le paragraphe 273.1(2) présente une liste non exhaustive de situations dans lesquelles le consentement ne se déduit pas. Ces cas nous éclairent sur la façon dont le législateur concevait le consentement.

[36] L’alinéa 273.1(2)(b) prévoit que le consentement ne se déduit pas des cas où le plaignant « est incapable de le former ». Le législateur craignait que des actes sexuels soient commis sur des personnes ne possédant pas la capacité mentale de donner un véritable consentement. Il pourrait s’agir d’une personne ayant une déficience mentale. Ou encore, d’une personne qui se trouve dans un état d’inconscience : voir *R. c. Esau*, [1997] 2 R.C.S. 777; *R. c. Humphrey* (2001), 143 O.A.C. 151, par. 56, la juge Charron (maintenant juge de notre Cour). Il s’ensuit que l’intention du législateur était que le consentement s’entende du consentement conscient d’une personne lucide.

[37] Les dispositions du *Code criminel* portant sur la *mens rea* de l’agression sexuelle confirment qu’une personne doit demeurer consciente pendant toute la durée de l’activité sexuelle. Avant de les analyser, il importe toutefois de se rappeler que la notion de consentement varie selon qu’elle est considérée par rapport à l’*actus reus* ou à la *mens rea* : *Ewanchuk*, par. 48-49. Lorsqu’il s’agit de réfuter l’existence de la *mens rea*, la question est de savoir si l’accusé croyait que la plaignante avait *manifesté son consentement*. En revanche, la seule question qui se pose à l’égard de l’*actus reus* est de savoir si la plaignante était subjectivement consentante dans son for intérieur. Pour que l’*actus reus* soit établi, point n’est besoin que la plaignante ait *manifesté* l’absence de consentement ou la révocation de son consentement.

[38] Cette précision apportée, je me tourne maintenant vers les trois dispositions portant sur la *mens rea* qui sont pertinentes à l’égard de la question en litige, soit les al. 273.1(2)(d), 273.1(2)(e) et 273.2(b).

[39] Section 273.1(2)(d) provides that there can be no consent if the “complainant expresses, by words or conduct, a lack of agreement to engage in the activity”. Since this provision refers to the expression of consent, it is clear that it can only apply to the accused’s *mens rea*. The point here is the linking of lack of consent to any “activity”. This suggests a present, ongoing conception of consent, rather than advance consent to a suite of activities.

[40] Section 273.1(2)(e) establishes that it is an error of law for the accused to believe that the complainant is still consenting after she “expresses . . . a lack of agreement to continue to engage in the activity”. Since this provision refers to the expression of consent, it is clear that it can only apply to the accused’s *mens rea*. Nonetheless, it indicates that Parliament wanted people to be capable of revoking their consent at any time during the sexual activity. This in turn supports the view that Parliament viewed consent as the product of a conscious mind, since a person who has been rendered unconscious cannot revoke her consent. As a result, the protection afforded by s. 273.1(2)(e) would not be available to her.

[41] According to my colleague, Fish J., s. 273.1(2)(e) “suggests that the complainant’s consent *can* be given in advance, and remains operative unless and until it is subsequently revoked” (para. 104 (emphasis in original)). With respect, I cannot accept this interpretation. The provision in question establishes that the accused must halt all sexual contact once the complainant expresses that she no longer consents. This does not mean that a failure to tell the accused to stop means that the complainant must have been consenting. As this Court has repeatedly held, the complainant is not required to express her lack of consent for the *actus reus* to be established. Rather, the question is whether the complainant subjectively consented in her mind: *Ewanchuk*; *R. v. M. (M.L.)*, [1994] 2 S.C.R. 3.

[39] Selon l’alinéa 273.1(2)d), il ne peut y avoir consentement si le plaignant « manifeste, par ses paroles ou son comportement, l’absence d’accord à l’activité ». Comme cette disposition concerne l’expression du consentement, de toute évidence, elle ne peut s’appliquer qu’à l’égard de la *mens rea* de l’accusé. L’élément important, en l’occurrence, est le rattachement de l’absence d’accord à une « activité ». Ce rattachement dénote une conception du consentement voulant qu’il s’agisse d’un consentement ponctuel de tous les instants, et non d’un consentement donné à l’avance à une série d’activités.

[40] L’alinéa 273.1(2)e) établit que c’est une erreur de droit pour l’accusé de croire que la plaignante consent toujours à une activité après qu’elle a « manifest[é] [. . .] l’absence d’accord à la poursuite de celle-ci ». Comme cette disposition porte sur l’expression du consentement, elle ne peut s’appliquer qu’à la *mens rea* de l’accusé. Néanmoins, elle indique que le législateur voulait donner aux personnes la possibilité de retirer leur consentement en tout temps au cours de l’activité sexuelle. Or, cette intention du législateur étaye la thèse voulant qu’il conçoive le consentement comme émanant nécessairement d’un esprit lucide, puisqu’une personne rendue inconsciente est incapable de révoquer son consentement. La protection offerte à l’al. 273.1(2)e) lui serait donc inaccessible.

[41] Selon mon collègue, le juge Fish, l’al. 273.1(2)e) laisse croire que « le consentement du plaignant *peut* être donné à l’avance et demeure valide tant qu’il n’est pas révoqué » (par. 104 (en italique dans l’original)). En toute déférence, je ne puis souscrire à une telle interprétation. Cette disposition prévoit que l’accusé doit cesser tout attouchement dès que la plaignante manifeste l’absence d’accord. Elle ne signifie pas que la plaignante est nécessairement consentante si elle ne demande pas à l’accusé d’arrêter. Comme la Cour l’a décidé à maintes reprises, il n’est pas nécessaire que la plaignante ait exprimé l’absence d’accord pour que l’*actus reus* soit établi. La question est plutôt de savoir si la plaignante consentait subjectivement dans son for intérieur : *Ewanchuk*; *R. c. M. (M.L.)*, [1994] 2 R.C.S. 3.

[42] Section 273.2 sheds further light on Parliament's conception of consent. Section 273.2(b) states that a person wishing to avail himself of the *mens rea* defence must not only believe that the complainant communicated her consent (or in French, "*l'accusé croyait que le plaignant avait consenti*" (s. 273.2)), but must also have taken reasonable steps to ascertain whether she "was consenting" to engage in the sexual activity in question at the time it occurred. How can one take reasonable steps to ascertain whether a person is consenting to sexual activity while it is occurring if that person is unconscious? Once again, the provision is grounded in the assumption that the complainant must consciously consent to each and every sexual act. Further, by requiring the accused to take reasonable steps to ensure that the complainant "was consenting", Parliament has indicated that the consent of the complainant must be an ongoing state of mind.

[43] The question in this case is whether Parliament defined consent in a way that extends to advance consent to sexual acts committed while the complainant is unconscious. In my view, it did not. J.A.'s contention that advance consent can be given to sexual acts taking place during unconsciousness is not in harmony with the provisions of the *Code* and their underlying policies. These provisions indicate that Parliament viewed consent as requiring a "capable" or operating mind, able to evaluate each and every sexual act committed. To hold otherwise runs counter to Parliament's clear intent that a person has the right to consent to particular acts and to revoke her consent at any time. Reading these provisions together, I cannot accept the respondent's contention that an individual may consent in advance to sexual activity taking place while she is unconscious.

D. *The Concept of Consent in the Jurisprudence*

[44] The jurisprudence has consistently interpreted consent as requiring a conscious, operating

[42] L'article 273.2 permet de mieux comprendre comment le législateur conçoit le consentement. L'alinéa 273.2b) dispose que, pour invoquer le moyen de défense servant à réfuter la *mens rea*, l'accusé doit avoir non seulement cru que le plaignant avait consenti, mais aussi pris les mesures raisonnables « pour s'assurer du consentement » (ou en anglais, « *that the complainant was consenting* ») à l'activité sexuelle au moment de celle-ci. Comment peut-on prendre les mesures raisonnables pour s'assurer du consentement d'une personne à une activité sexuelle au moment de celle-ci, si cette personne est alors inconsciente? Je le répète, cette disposition repose sur la prémisse que la plaignante doit consentir consciemment à chacun des actes sexuels. Qui plus est, le choix du temps de verbe dans la version anglaise du *Code criminel* (« *was consenting* ») montre que le consentement dont l'accusé doit s'assurer est un état d'esprit de tous les instants.

[43] La question en l'espèce consiste à savoir si la portée de la définition du consentement énoncée par le législateur s'étend au consentement donné à l'avance à des actes sexuels commis pendant que la personne est inconsciente. Selon moi, ce n'est pas le cas. La prétention de J.A. qu'une personne peut consentir à l'avance à des actes sexuels qui auront lieu pendant qu'elle sera inconsciente ne s'harmonise pas avec les dispositions du *Code criminel* et les principes de politique générale qui les sous-tendent. Il ressort de ces dispositions que, du point de vue du législateur, le consentement doit émaner d'une personne « capable » ou lucide, en mesure d'évaluer chaque acte sexuel. Conclure le contraire irait à l'encontre de la volonté manifeste du législateur de reconnaître le droit d'une personne de consentir à des actes particuliers et de retirer son consentement en tout temps. Ces dispositions, interprétées ensemble, ne me permettent pas de souscrire à la prétention de l'intimé qu'une personne peut consentir à l'avance à une activité sexuelle qui aura lieu pendant qu'elle sera inconsciente.

D. *La notion de consentement dans la jurisprudence*

[44] Il est de jurisprudence constante que le consentement est formé par une personne

mind, capable of granting, revoking or withholding consent to each and every sexual act. While the issue of whether advance consent can suffice to justify future sexual acts has not come before this Court prior to this case, the tenor of the jurisprudence undermines this concept of consent.

[45] As held by Major J. in *Ewanchuk*, “[t]he absence of consent . . . is subjective and determined by reference to the complainant’s subjective internal state of mind towards the touching, at the time it occurred” (para. 26 (emphasis added)). The trier of fact must determine what was going on in the mind of the complainant in response to the touching. The majority repeatedly underlined that the focus is on the complainant’s “state of mind”: paras. 26, 27, 29, 30, 33, 34 and 48; see also *R. v. Park*, [1995] 2 S.C.R. 836, at para. 16, referring to the consent of the complainant as a “mental state” (*per* L’Heureux-Dubé J.). Moreover, as noted above, the complainant is not required to express her lack of consent: *M. (M.L.)*. Rather, the absence of consent is established if the complainant was not experiencing the state of mind of consent while the sexual activity was occurring.

[46] The only relevant period of time for the complainant’s consent is while the touching is occurring: *Ewanchuk*, at para. 26. The complainant’s views towards the touching before or after are not directly relevant. An offence has not occurred if the complainant consents at the time but later changes her mind (absent grounds for vitiating consent). Conversely, the *actus reus* has been committed if the complainant was not consenting in her mind while the touching took place, even if she expressed her consent before or after the fact.

[47] The jurisprudence of this Court also establishes that there is no substitute for the complainant’s actual consent to the sexual activity at the time it occurred. It is not open to the defendant to argue that the complainant’s consent was implied by the circumstances, or by the relationship between the accused and the complainant. There is no defence

consciente, lucide, capable d’accorder, de révoquer ou de refuser son consentement à chaque acte sexuel. Bien que notre Cour soit appelée pour la première fois à trancher la question de savoir si un consentement donné à l’avance peut suffire à justifier des actes sexuels ultérieurs, la jurisprudence dément cette conception du consentement.

[45] Comme l’a conclu le juge Major dans *Ewanchuk*, « l’absence de consentement est subjective et déterminée par rapport à l’état d’esprit subjectif dans lequel se trouvait en son for intérieur la plaignante à l’égard des attouchements, lorsqu’ils ont eu lieu » (par. 26 (je souligne)). Le juge des faits doit déterminer ce qui se passait dans l’esprit de la plaignante en réaction aux attouchements. Les juges majoritaires ont souligné à plusieurs reprises que c’est l’« état d’esprit » du plaignant qui importe : par. 26, 27, 29, 30, 33, 34 et 48; voir également *R. c. Park*, [1995] 2 R.C.S. 836, par. 16 (la juge L’Heureux-Dubé). En outre, rappelons qu’il n’est pas nécessaire que le plaignant manifeste l’absence de consentement : *M. (M.L.)*. L’absence de consentement est établie si l’état d’esprit du plaignant lors de l’activité sexuelle n’était pas celui d’une personne consentante.

[46] Pour établir si le plaignant était ou non consentant, le seul moment pertinent est celui des attouchements : *Ewanchuk*, par. 26. Le point de vue du plaignant à l’égard des attouchements, avant ou après qu’ils se produisent, n’est pas directement pertinent. Aucune infraction n’est perpétrée si le plaignant consent sur le moment, puis change d’idée après coup (si aucun élément n’a pour effet de vicier le consentement). À l’inverse, l’*actus reus* a été commis si le plaignant ne consentait pas aux attouchements en son for intérieur au moment où ils ont eu lieu, même s’il a manifesté son consentement avant ou après le fait.

[47] Suivant la jurisprudence de la Cour, rien ne remplace le consentement réel à l’activité sexuelle au moment où elle a lieu. L’accusé ne peut prétendre que le consentement du plaignant était implicite, compte tenu des circonstances ou de la relation qu’il entretenait avec lui. La défense de consentement tacite n’existe

of implied consent to sexual assault: *Ewanchuk*, at para. 31.

[48] The cases on the *mens rea* defence of honest but mistaken belief in consent take the same view. At common law, this was a standard defence of mistake of fact: the accused was not guilty if he honestly believed a state of facts, which, if true, would have rendered his conduct lawful: *Pappajohn v. The Queen*, [1980] 2 S.C.R. 120, at pp. 134 and 139. In *Ewanchuk*, this Court held that it is not sufficient for the accused to have believed that the complainant was subjectively consenting in her mind: “In order to cloak the accused’s actions in moral innocence, the evidence must show that he believed that the complainant communicated consent to engage in the sexual activity in question” (para. 46 (emphasis in original)). See also *Park*, at para. 39 (*per* L’Heureux-Dubé J.). It thus is not sufficient for the accused to have believed the complainant was consenting: he must also take reasonable steps to ascertain consent, and must believe that the complainant communicated her consent to engage in the sexual activity in question. This is impossible if the complainant is unconscious.

[49] The respondent argues that my dissenting reasons in *Esau* suggest that an individual may consent while unconscious for purposes of the *actus reus* of the offence. The issue in that case was whether the defence of honest but mistaken belief was available where the complainant asserted that she was unconscious due to drunkenness at the time of the sexual activity. The majority of the Court, *per* Major J., held that the evidence sufficed to raise a basis for the defence. My dissenting reasons argued that the defence did not arise because an unconscious complainant “lacks the capacity to communicate a voluntary decision to consent. . . . To put it another way, the necessary (but not sufficient) condition of consent — the capacity to communicate agreement — is absent” (para. 73). I further stated:

pas en matière d’agression sexuelle : *Ewanchuk*, par. 31.

[48] La jurisprudence portant sur la défense de croyance sincère mais erronée au consentement, qui sert à réfuter la *mens rea*, va dans le même sens. En common law, il s’agissait d’une défense courante d’erreur de fait : l’accusé n’était pas coupable s’il croyait honnêtement en un état de fait qui, s’il avait existé, aurait rendu sa conduite licite : *Pappajohn c. La Reine*, [1980] 2 R.C.S. 120, p. 134 et 139. Dans *Ewanchuk*, la Cour a conclu qu’il ne suffit pas que l’accusé ait cru au consentement subjectif du plaignant en son for intérieur : « Pour que les actes de l’accusé soient empreints d’innocence morale, la preuve doit démontrer que ce dernier croyait que la plaignante avait communiqué son consentement à l’activité sexuelle en question » (par. 46 (soulignement dans l’original)). Voir également *Park*, par. 39 (la juge L’Heureux-Dubé). Par conséquent, la croyance au consentement du plaignant ne suffit pas : l’accusé doit également avoir pris les mesures raisonnables pour s’assurer du consentement et croire que le plaignant a manifesté son consentement à l’activité sexuelle. Or, cela est impossible si le plaignant est inconscient.

[49] L’intimé prétend que mes motifs dissidents dans *Esau* donnent à penser que, du point de vue de l’*actus reus* de l’infraction, une personne peut consentir même si elle est inconsciente. La question en litige dans cette affaire consistait à savoir si la défense de croyance sincère mais erronée pouvait être invoquée dans un cas où la plaignante affirmait s’être trouvée dans un coma éthylique au moment de l’activité sexuelle. Le juge Major, s’exprimant au nom des juges majoritaires de la Cour, a conclu que la preuve était suffisante pour étayer ce moyen de défense. Dans mes motifs dissidents, j’ai fait valoir que ce moyen ne pouvait être invoqué parce qu’un plaignant inconscient « n’a pas la capacité de communiquer une décision volontaire de consentir. [. . .] En d’autres termes, la condition nécessaire (mais non suffisante) pour qu’il y ait consentement, à savoir la capacité d’exprimer un acquiescement, n’est pas remplie » (par. 73). J’ai ajouté :

The hypothetical case of a complainant giving advance consent to sexual contact before becoming unconscious does not constitute an exception. Consent can be revoked at any time. The person who assaults an unconscious woman cannot know whether, were she conscious, she would revoke the earlier consent. He therefore takes the risk that she may later claim she was assaulted without consent. [*ibid.*]

[50] Simmons J.A. read this passage as supporting the view that an individual may consent while unconscious (para. 82). However, the point of the passage is simply to cast doubt on whether the defence of honest but mistaken belief can arise with respect to an unconscious complainant, assuming (without deciding) that the *actus reus* could be made out. The passage thus does not support the view that advance consent prior to unconsciousness can establish consent for purposes of the *actus reus* of the offence.

E. *The Arguments to the Contrary*

[51] The issue in this case relates only to the *actus reus* of sexual assault. The question is whether advance consent can establish consent to sexual activity committed on a person who has been rendered unconscious. The foregoing discussion of the provisions of the *Criminal Code* and the jurisprudence suggests that the answer to this question is no. However, before concluding on the matter, we must examine the arguments put against this conclusion.

[52] The first argument is that advance consent equals actual consent because the complainant cannot change her mind after being rendered unconscious. Simmons J.A. accepted this argument: “Where a person consents in advance to sexual activity expected to occur while unconscious and does not change their mind, I fail to see how the Crown can prove lack of consent. The only state of mind ever experienced by the person is that of consent” (para. 77).

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

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

E. *Les arguments contraires*

[51] En l’espèce, le litige ne porte que sur l’*actus reus* de l’agression sexuelle. La question qui se pose est celle de savoir si le consentement donné à l’avance peut servir à établir l’existence du consentement aux actes sexuels commis sur une personne qui a été rendue inconsciente. L’analyse que nous venons de faire des dispositions du *Code criminel* et de la jurisprudence tend à indiquer que ce n’est pas le cas. Toutefois, avant de tirer une conclusion à cet égard, nous devons examiner les arguments contraires qui ont été invoqués.

[52] Suivant le premier argument, le consentement donné à l’avance vaut un consentement donné au moment opportun parce que le plaignant ne peut changer d’idée après avoir été rendu inconscient. La juge Simmons a accepté cet argument : [TRADUCTION] « Lorsqu’une personne consent à l’avance à une activité sexuelle censée se dérouler pendant qu’elle est inconsciente et qu’elle ne change pas d’idée, je vois mal comment le ministre public peut prouver l’absence de consentement. Le seul état d’esprit de cette personne a toujours été celui d’une personne consentante » (par. 77).

[53] This argument runs contrary, however, to this Court's conclusion in *Ewanchuk* that the only relevant period for ascertaining whether the complainant consented under the *Criminal Code* is *while the touching is occurring* (para. 26). When the complainant loses consciousness, she loses the ability to either oppose or consent to the sexual activity that occurs. Finding that such a person is consenting would effectively negate the right of the complainant to change her mind at any point in the sexual encounter.

[54] The second argument is that the law should carve out an exception to the general requirement of conscious, ongoing consent to sexual contact, because this is required to deal with the special concerns unconsciousness raises.

[55] J.A. submits that this is what the law has done in the medical field, where the common law recognizes that doctors may perform surgery on unconscious patients. This argument fails to appreciate, however, that consent functions differently in different contexts: G. P. Fletcher, *Basic Concepts of Legal Thought* (1996), at p. 112. A number of considerations make consent to sexual activity different from consent in other contexts such as medical interventions, and property transactions. Parliament has indicated that the notion of consent for sexual assault is distinct from consent in other contexts (*Criminal Code*, ss. 273.1 and 273.2). It has also enacted special protections for medical practitioners, exempting them "from criminal responsibility for performing a surgical operation on any person for the benefit of that person" (s. 45). Consequently, the fact that individuals may consent in advance to surgery does not determine if they may consent in advance to sexual activity. The body of pragmatic, context-specific rules of consent to govern medical operations developed by Parliament and at common law does not permit this Court to overrule the requirements in the *Criminal Code* for consent to sexual acts. Moreover, the two situations are different. The pragmatic considerations that inform the definition of consent in the context of surgical operations differ from those that arise in the case of sexual activity. Surgical interventions are usually carefully planned, and

[53] Cet argument va toutefois à l'encontre de la conclusion tirée par la Cour dans *Ewanchuk* selon laquelle le seul moment pertinent pour déterminer s'il y a eu consentement au sens du *Code criminel* est *lorsque les attouchements ont eu lieu* (par. 26). Dès que le plaignant perd conscience, il perd la capacité de s'opposer ou de consentir à l'activité sexuelle qui a lieu. Conclure au consentement de cette personne aurait pour effet de lui nier le droit de changer d'idée à tout moment au cours de la rencontre à caractère sexuel.

[54] Suivant le deuxième argument, pour régler les problèmes particuliers posés par l'état d'inconscience, il faudrait établir une exception, en droit, à la règle générale qui exige un consentement conscient de tous les instants aux contacts sexuels.

[55] J.A. prétend que pareille exception existe en droit médical, où la common law reconnaît aux médecins la possibilité de procéder à des interventions chirurgicales sur des patients inconscients. Toutefois, son argument ne tient pas compte du fait que la notion de consentement diffère selon le contexte : G. P. Fletcher, *Basic Concepts of Legal Thought* (1996), p. 112. Plusieurs considérations distinguent le consentement à une activité sexuelle de celui exprimé dans d'autres sphères, par exemple les interventions médicales et les opérations portant sur des biens. Le législateur a indiqué que la définition du consentement en matière d'agression sexuelle est différente de celle qui s'applique dans d'autres contextes (*Code criminel*, art. 273.1 et 273.2). Il a également accordé une protection particulière aux praticiens en précisant que « [t]oute personne est à l'abri de responsabilité pénale lorsqu'elle pratique sur une autre, pour le bien de cette dernière, une opération chirurgicale » (art. 45). Par conséquent, le fait qu'il est possible de consentir à l'avance à une intervention chirurgicale n'est pas pertinent lorsqu'il s'agit de savoir si une personne peut ou non consentir à l'avance à une activité sexuelle. L'ensemble des règles pratiques en matière de consentement — élaborées par le législateur et issues de la common law — applicables spécifiquement dans le contexte des interventions chirurgicales ne permet pas à la Cour de passer outre les prescriptions du *Code criminel* en

appropriate consent is assured by consent forms and waivers — all to the end of limiting the risk of abuse. Such safeguards are rare, if perhaps non-existent, in the sexual arena.

[56] Along the same lines, the respondent and Simmons J.A. cite the example of two friends who agree before going to a party to assist each other in getting home if either should pass out from drinking too much. In such a case, the argument goes, the individual who assists her friend should be commended, rather than charged with assault and kidnapping because the friend was not capable of consenting while unconscious.

[57] Again, the analogy is not exact. In the case of non-sexual assaults, consent may, where appropriate, be implied at common law: *R. v. Cuerrier*, [1998] 2 S.C.R. 371, at para. 52, *per* McLachlin J. (as she then was); *R. v. Jobidon*, [1991] 2 S.C.R. 714, at p. 743, *per* Gonthier J. This Court, applying the common law, has recognized cases in which the social setting and the relationship between the parties implies consent to non-sexual touching, such as shaking hands at a business meeting or colliding with a hockey player on the ice. Conversely, in interpreting the provisions of the *Criminal Code* that relate to sexual assault, this Court has expressly rejected the notion of implied consent: *Ewanchuk*, at para. 31.

[58] The respondent also argues that requiring conscious consent to sexual activity may result in absurd outcomes. He cites the example of a person who kisses his sleeping partner. In that situation,

matière de consentement aux actes sexuels. Qui plus est, les deux situations diffèrent. Les considérations d'ordre pratique qui ont joué dans la définition du consentement à des interventions chirurgicales ne sont pas les mêmes que celles qui interviennent dans le contexte des activités sexuelles. Règle générale, les interventions chirurgicales sont soigneusement planifiées et les formulaires de consentement et de renonciation garantissent l'obtention d'un consentement en bonne et due forme — à seule fin de limiter les risques d'abus. Ces garanties sont rares, peut-être même inexistantes, en matière sexuelle.

[56] Dans le même ordre d'idées, l'intimé et la juge Simmons donnent l'exemple de deux amis qui conviennent, avant de se rendre à une fête, que si l'un d'eux sombre dans un coma éthylique, l'autre le ramènera chez lui. Dans un tel cas, on pourrait affirmer que celui qui raccompagne son ami inconscient mérite des félicitations, et non d'être accusé de voies de fait et d'enlèvement parce que son ami était incapable de consentir à être raccompagné.

[57] Encore une fois, l'analogie ne tient pas. Dans le cas d'agressions à caractère non sexuel, la common law reconnaît qu'il peut y avoir consentement implicite, dans certaines circonstances : *R. c. Cuerrier*, [1998] 2 R.C.S. 371, par. 52, la juge McLachlin (maintenant Juge en chef); *R. c. Jobidon*, [1991] 2 R.C.S. 714, p. 743, le juge Gonthier. La Cour, en appliquant les principes de common law, a reconnu des cas où, compte tenu du contexte social ou de la relation entre les parties, il y a consentement implicite à des contacts à caractère non sexuel, par exemple, une poignée de main lors d'une réunion d'affaires ou une collision avec un joueur de hockey sur la glace. Par contre, en interprétant les dispositions du *Code criminel* qui ont trait à l'agression sexuelle, la Cour a expressément rejeté la notion de consentement tacite : *Ewanchuk*, par. 31.

[58] L'intimé soutient également qu'exiger un consentement conscient à une activité sexuelle peut donner des résultats absurdes. Il cite en exemple une personne qui embrasse son conjoint pendant

he argues, the accused would be guilty of sexual assault unless he is permitted to argue that his sleeping partner consented to the kiss in advance.

[59] The first difficulty with altering the definition of consent to deal with the respondent's hypothesis is that it would only provide a defence where the complainant specifically turns her mind to consenting to the particular sexual acts that later occur before falling asleep. The respondent's position is that there is no sexual assault in this case because the complainant consented to both being rendered unconscious and to engaging in the sexual activity that occurred while she was unconscious. If a hypothetical complainant did not expect her partner to kiss her — or whatever other acts are at issue — while she was asleep, the respondent's approach would not provide a defence.

[60] The second difficulty is the risk that the unconscious person's wishes would be innocently misinterpreted by his or her partner. Sexual preferences may be very particular and difficult for individuals to precisely express. If the accused fails to perform the sexual acts precisely as the complainant would have wanted — by neglecting to wear a condom for instance — the unconscious party will be unintentionally violated. In addition to the risk of innocent misinterpretation, the respondent's position does not recognize the total vulnerability of the unconscious partner and the need to protect this person from exploitation. The unconscious partner cannot meaningfully control how her person is being touched, leaving her open to abuse: *R. v. Osvath* (1996), 46 C.R. (4th) 124 (Ont. C.A.), *per* Abella J.A. (as she then was), dissenting.

[61] A third difficulty is evidentiary. If the complainant is unconscious during the sexual activity, she has no real way of knowing what happened, and whether her partner exceeded the bounds of her consent. Only one person really knows what happened during the period of unconsciousness, leaving the unconscious party open for exploitation. The complainant may never discover that she

son sommeil et soutient que cette personne sera déclarée coupable d'agression sexuelle si on ne lui permet pas de faire valoir que son conjoint avait consenti à l'avance au baiser.

[59] La définition du consentement, si elle était modifiée pour tenir compte de l'hypothèse de l'intimé, présenterait une première difficulté : ce moyen de défense ne pourrait être invoqué que si, avant de s'endormir, le plaignant a pensé spécifiquement à consentir précisément aux actes sexuels ultérieurs. Selon l'intimé, il n'y a aucune agression sexuelle en l'espèce parce que la plaignante a consenti à être rendue inconsciente et à participer à l'activité sexuelle qui a eu lieu pendant qu'elle était inconsciente. Si une plaignante hypothétique ne s'attendait pas à ce que son conjoint l'embrasse — ou se livre à tout autre acte — pendant son sommeil, l'accusé ne pourrait pas se prévaloir du moyen de défense proposé par l'intimé.

[60] La deuxième difficulté tient au risque que le conjoint, en toute innocence, interprète mal la volonté de la personne inconsciente. Les préférences sexuelles, parfois très particulières, peuvent être difficiles à exprimer de façon précise. Si l'accusé n'exécute pas les actes sexuels exactement comme le plaignant l'aurait voulu — par exemple, s'il néglige de porter un condom — il violera involontairement la personne inconsciente. Outre le risque d'innocents malentendus, la thèse de l'intimé ne reconnaît pas l'extrême vulnérabilité de la personne inconsciente et la nécessité de la protéger contre l'exploitation. Une personne inconsciente n'a aucun véritable pouvoir sur les attouchements dont elle est l'objet et risque d'être victime d'abus : *R. c. Osvath* (1996), 46 C.R. (4th) 124 (C.A. Ont.), la juge Abella (maintenant juge de notre Cour), dissidente.

[61] Une troisième difficulté a trait à la preuve. Si la plaignante est inconsciente au cours de l'activité sexuelle, elle ne dispose d'aucun véritable moyen de savoir ce qui s'est passé et si son partenaire a respecté ou non les limites de son consentement. Une seule personne sait vraiment ce qui s'est passé pendant que l'autre était inconsciente et vulnérable aux abus. Il se peut que la plaignante ne sache jamais

was in fact the victim of a sexual assault. Fish J. correctly points out that in some cases, there may be forensic evidence that establishes conclusively that the accused exceeded the bounds of the consent given. However, if the complainant never suspects that a sexual assault has occurred, no forensic evidence will be gathered. Moreover, many acts of sexual assault leave no forensic evidence.

[62] A fourth difficulty is jurisprudential. Recognizing exceptions to the requirement of conscious consent would not only run counter to the definition of consent in the *Criminal Code*, but would impose on the courts the task of determining how consent to unconscious sexual activity can be proven. The respondent suggests that the court could ask if the complainant consented before losing consciousness to the sexual acts that subsequently occurred — pre-unconsciousness authorization. This would require the court to determine what the unconscious party wanted just prior to going unconscious, and then assess if this is what indeed occurred. This inquiry would be objective, contrary to the subjective inquiry required by the *Criminal Code*. The only other option — post-unconsciousness determination of consent where the complainant decides when she regains consciousness if she would have consented to all the acts that occurred — is also problematic. A *post facto* determination runs contrary to the rule that the complainant's post-act sentiments are irrelevant; if a complainant consents to sexual activity while it is taking place, but later decides that she should not have, the accused should be acquitted on the *actus reus* of the offence.

[63] The Crown suggested that this Court could allow for mild sexual touching that occurs while a person is unconscious by relying on the *de minimis* doctrine, based on the Latin phrase *de minimis non curat lex*, or the “law does not care for small or trifling matters”: *Canadian Foundation for Children, Youth and the Law v. Canada (Attorney General)*, 2004 SCC 4, [2004] 1 S.C.R. 76, at para. 200, *per* Arbour J., dissenting. Without suggesting that the *de minimis* principle has no place in the law

qu'elle a été victime d'une agression sexuelle. Le juge Fish souligne avec raison que, dans certains cas, la preuve médico-légale pourrait démontrer sans l'ombre d'un doute que l'accusé a transgressé le consentement donné. Cependant, si la plaignante ne soupçonne pas l'agression sexuelle, aucun élément de preuve médico-légale ne sera recueilli. Par ailleurs, de nombreux actes d'agression sexuelle ne génèrent aucun élément de preuve médico-légale.

[62] La quatrième difficulté est d'ordre judiciaire. Reconnaître des exceptions à la règle exigeant un consentement conscient non seulement ne respecterait pas la définition du consentement énoncée dans le *Code criminel*, mais imposerait aux tribunaux la tâche de déterminer quelle preuve devra être présentée pour établir que la personne inconsciente a consenti à l'activité sexuelle. L'intimé prétend que le tribunal pourrait demander si, avant de perdre conscience, le plaignant a consenti aux actes sexuels ultérieurs — s'il y a eu autorisation avant l'inconscience. Il faudrait alors que le tribunal détermine la volonté de la personne juste avant qu'elle perde conscience, puis compare sa volonté aux faits. Il devrait ainsi faire une analyse objective, à l'opposé de l'analyse subjective qu'exige le *Code criminel*. La seule autre possibilité — le plaignant décide après le fait, lorsqu'il reprend conscience, s'il aurait consenti à tous les actes qui ont eu lieu — pose également problème. Cette solution irait à l'encontre de la règle selon laquelle l'état d'esprit du plaignant après le fait n'est pas pertinent; si le plaignant a consenti à l'activité sexuelle au moment où elle a eu lieu, mais décide ultérieurement qu'il n'aurait pas dû y consentir, l'accusé devrait être acquitté parce que l'*actus reus* de l'infraction n'a pas été établi.

[63] Le ministère public a fait valoir que la Cour pourrait ne pas sanctionner les attouchements sexuels légers commis sur une personne inconsciente, suivant le principe *de minimis non curat lex* : « la loi ne se soucie pas des petites choses sans importance » : *Canadian Foundation for Children, Youth and the Law c. Canada (Procureur général)*, 2004 CSC 4, [2004] 1 R.C.S. 76, par. 200, la juge Arbour, dissidente. Sans émettre l'hypothèse que le principe *de minimis* ne trouve jamais application

of sexual assault, it should be noted that even mild non-consensual touching of a sexual nature can have profound implications for the complainant.

[64] Running through the arguments in favour of carving out particular circumstances as exceptions to the conscious consent paradigm of the *Criminal Code* is the suggestion that the strict approach Parliament has adopted toward consent in the context of sexual assault has no place in relationships of mutual trust, like marriage. However, accepting this view would run counter to Parliament's clear rejection of defences to sexual assault based on the nature of the relationship. The *Criminal Code* does not establish a different inquiry into consent depending on the relationship between the accused and the complainant. Their relationship may be evidence for both the *actus reus* and the *mens rea*, but it does not change the nature of the inquiry into whether the complainant consented, as conceived by the *Criminal Code*.

[65] In the end, we are left with this. Parliament has defined sexual assault as sexual touching without consent. It has dealt with consent in a way that makes it clear that ongoing, conscious and present consent to "the sexual activity in question" is required. This concept of consent produces just results in the vast majority of cases. It has proved of great value in combating the stereotypes that historically have surrounded consent to sexual relations and undermined the law's ability to address the crime of sexual assault. In some situations, the concept of consent Parliament has adopted may seem unrealistic. However, it is inappropriate for this Court to carve out exceptions when they undermine Parliament's choice. In the absence of a constitutional challenge, the appropriate body to alter the law on consent in relation to sexual assault is Parliament, should it deem this necessary.

IV. Summary

[66] The definition of consent for sexual assault requires the complainant to provide actual active

en matière d'agression sexuelle, je juge utile de souligner que même des attouchements légers non consentuels de nature sexuelle peuvent avoir de lourdes conséquences pour le plaignant.

[64] Parmi les arguments invoqués en faveur de l'adoption d'exceptions particulières au paradigme du consentement conscient établi dans le *Code criminel*, on a avancé que la définition stricte du consentement adoptée par le législateur en matière d'agression sexuelle ne sied pas à des relations fondées sur la confiance mutuelle comme le mariage. Or, retenir cet argument serait faire abstraction du fait que le législateur a clairement rejeté les défenses fondées sur la nature de la relation dans le cas d'une agression sexuelle. L'analyse du consentement requise par le *Code criminel* ne varie pas en fonction de la relation entre l'accusé et la plaignante. Leur relation peut être évoquée en preuve relativement à l'*actus reus* ou à la *mens rea*, mais elle ne change en rien la nature de l'analyse visant à déterminer s'il y a eu consentement au sens du *Code criminel*.

[65] En fin de compte, voilà où nous en sommes. Le législateur a défini l'agression sexuelle comme des attouchements sexuels sans consentement. Il ressort clairement des dispositions édictées que le consentement requis est un consentement conscient, de tous les instants, « à l'activité sexuelle ». Cette conception du consentement produit des résultats équitables dans la grande majorité des cas. Elle s'est avérée fort utile pour combattre les stéréotypes historiques qui entourent le consentement aux relations sexuelles et entravent la sanction juridique de l'infraction d'agression sexuelle. Dans certains cas, le consentement au sens où l'entend le législateur peut sembler irréaliste. Toutefois, la Cour ne doit pas créer d'exceptions qui contreviennent à la volonté de ce dernier. En l'absence de contestation constitutionnelle, c'est au législateur qu'il appartient de modifier les règles du consentement en matière d'agression sexuelle s'il le juge nécessaire.

IV. Résumé

[66] La définition du consentement en matière d'agression sexuelle exige que le plaignant donne

consent throughout every phase of the sexual activity. It is not possible for an unconscious person to satisfy this requirement, even if she expresses her consent in advance. Any sexual activity with an individual who is incapable of consciously evaluating whether she is consenting is therefore not consensual within the meaning of the *Criminal Code*.

V. Disposition

[67] I would allow the appeal, and restore the respondent's conviction for sexual assault.

The reasons of Binnie, LeBel and Fish JJ. were delivered by

FISH J. (dissenting) —

I

[68] It is a fundamental principle of the law governing sexual assault in Canada that no means “no” and only yes means “yes”.

[69] K.D., the complainant in this case, said yes, not no. She consented to her erotic asphyxiation by the respondent, J.A., her partner at the time. Their shared purpose was to render K.D. unconscious and to engage in sexual conduct while she remained in that state. It is undisputed that K.D.'s consent was freely and voluntarily given — in advance and while the conduct was still in progress. Immediately afterward, K.D. had intercourse with J.A., again consensually.

[70] K.D. first complained to the police nearly two months later when J.A. threatened to seek sole custody of their two-year-old child. She later recanted.

[71] We are nonetheless urged by the Crown to find that the complainant's *yes in fact* means *no in*

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

V. Dispositif

[67] Je suis d'avis d'accueillir l'appel et de rétablir la déclaration de culpabilité pour agression sexuelle prononcée contre l'intimé.

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

LE JUGE FISH (dissident) —

I

[68] Il existe au Canada un principe de droit fondamental en matière d'agression sexuelle, selon lequel non veut dire « non » et seul oui veut dire « oui ».

[69] En l'espèce, la plaignante, K.D., a dit oui; elle n'a pas dit non. Elle a consenti à être asphyxiée à des fins érotiques par l'intimé, J.A., qui était son partenaire à l'époque. Leur objectif commun était que K.D. perde conscience et que des actes sexuels soient accomplis pendant qu'elle se trouverait dans cet état. Il n'est pas contesté que K.D. a consenti librement et de plein gré — avant le début et au cours de l'activité. Tout de suite après, K.D. a eu des relations sexuelles vaginales, également consensuelles, avec J.A.

[70] K.D. a porté plainte à la police pour la première fois près de deux mois après l'incident, lorsque J.A. a menacé de demander la garde exclusive de leur enfant de deux ans. Elle s'est ensuite rétractée.

[71] Le ministère public nous exhorte néanmoins à conclure que le *oui* de la plaignante, *dans les*

law. With respect for those who are of a different view, I would decline to do so.

[72] The provisions of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, regarding consent to sexual contact and the case law (including *R. v. Ewanchuk*, [1999] 1 S.C.R. 330) relied on by the Crown were intended to protect women against abuse by others. Their mission is not to “protect” women *against themselves* by limiting their freedom to determine autonomously when and with whom they will engage in the sexual relations of their choice. Put differently, they aim to safeguard and enhance the sexual autonomy of women, and not to make choices for them.

[73] The Crown’s position, if adopted by the Court, would achieve exactly the opposite result. It would deprive women of their freedom to engage by choice in sexual adventures that involve no proven harm to them or to others. That is what happened here.

[74] Adopting the Crown’s position would also require us to find that cohabiting partners across Canada, including spouses, commit a sexual assault when either one of them, *even with express prior consent*, kisses or caresses the other while the latter is asleep. The absurdity of this consequence makes plain that it is the product of an unintended and unacceptable extension of the *Criminal Code* provisions upon which the Crown would cause this appeal to rest.

[75] Lest I be misunderstood to suggest otherwise, I agree that consent will be vitiated where the contemplated sexual activity involves a degree of bodily harm or risk of fatal injury that cannot be condoned under the common law, or on grounds of public policy. Asphyxiation to the point of unconsciousness may well rise to that level, but the contours of this limitation on consent have not been addressed by the parties. Nor has the matter been previously considered by the Court. For procedural

faits, voulait dire *non, en droit*. Avec égards pour les tenants de l’opinion contraire, je refuserais de tirer une telle conclusion.

[72] Les dispositions du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, relatives au consentement à l’activité sexuelle et la jurisprudence invoquée par le ministère public (notamment l’arrêt *R. c. Ewanchuk*, [1999] 1 R.C.S. 330) visaient à protéger les femmes des abus commis par d’autres, et non à les « protéger » *contre elles-mêmes* en restreignant leur liberté de choisir, en toute autonomie, quand, comment et avec qui elles auront des rapports sexuels. Autrement dit, ces règles ont pour objet de protéger et de favoriser l’autonomie sexuelle des femmes, et non de faire des choix à leur place.

[73] La thèse du ministère public, si elle est retenue par la Cour, produira exactement l’effet inverse. Elle privera les femmes de la liberté de s’engager par choix dans des aventures sexuelles ne leur causant, et ne causant à qui que ce soit, aucun préjudice démontré. C’est ce qui est arrivé en l’espèce.

[74] Si la Cour adopte la thèse du ministère public, il lui faudra également conclure qu’au Canada les partenaires qui cohabitent, y compris les époux, commettent une agression sexuelle lorsque l’un d’eux embrasse ou caresse l’autre pendant qu’il dort, *même si ce dernier y a consenti expressément plus tôt*. L’absurdité même d’une telle conséquence démontre clairement qu’elle est le fruit d’une extension involontaire et inacceptable des dispositions du *Code criminel*, sur laquelle reposerait l’appel du ministère public.

[75] Que l’on ne se méprenne pas sur le sens de mes propos : je suis d’accord pour dire qu’il y a vice de consentement lorsque, selon la common law ou pour des raisons d’ordre public, la gravité des lésions corporelles ou le risque de létalité découlant de l’activité sexuelle envisagée ne sauraient être tolérés. Il se peut que l’asphyxie provoquant l’inconscience appartienne à cette catégorie d’activités, mais les parties n’ont pas débattu de la portée de cette limite au consentement. La Cour

reasons as well, the issue of bodily harm must be left for another day.

[76] I agree as well that prior consent affords no defence where it is later revoked or where the ensuing conduct does not comply with the consent given.

[77] Applying these principles here, I would dismiss the appeal.

[78] Finally, I think it helpful to set out succinctly the issue on this appeal.

[79] According to the Chief Justice, the question is “whether an unconscious person can qualify as consenting [to sexual activity]” (para. 33). With respect, that is not the question at all: *No one* has suggested in this case that an unconscious person can validly consent to sexual activity.

[80] Rather, the question is whether a *conscious* person can freely and voluntarily consent in advance to agreed sexual activity that will occur while he or she is briefly and consensually rendered unconscious. My colleague would answer that question in the negative; I would answer that question in the affirmative, absent a clear prohibition in the *Criminal Code*, absent proven bodily harm that would vitiate consent at common law, and absent any evidence that the conscious partner subjected the unconscious partner to sexual activity beyond their agreement.

[81] In this case, J.A. engaged with K.D. in sexual activity to which K.D. freely consented while conscious. The Chief Justice would nonetheless convict J.A. of sexual assault, a serious crime. I oppose this result. In my respectful view, it is unwarranted as a matter of statutory interpretation, prior decisions of the Court, or considerations of policy. And it is wrong on the facts of this case.

ne s’est jamais prononcée non plus à son égard. De plus, des motifs d’ordre procédural justifient que l’examen de la question des lésions corporelles soit reporté à une autre occasion.

[76] Je conviens également que le consentement donné plus tôt ne constitue pas un moyen de défense s’il est révoqué par la suite ou ne concorde pas avec le comportement ultérieur.

[77] Ayant appliqué ces principes à l’espèce, je suis d’avis de rejeter l’appel.

[78] Enfin, j’estime utile de formuler succinctement la question en litige.

[79] Selon la Juge en chef, la question est de savoir « si une personne inconsciente peut donner son consentement [à une activité sexuelle] » (par. 33). Avec égards, j’estime que là n’est pas du tout la question : *personne* n’a laissé entendre en l’espèce qu’une personne inconsciente peut donner un consentement valable à une activité sexuelle.

[80] Il s’agit plutôt de savoir si une personne *consciente* peut consentir à l’avance, librement et volontairement, à une activité sexuelle convenue qui aura lieu pendant une brève période d’inconscience consensuelle. Ma collègue répond à cette question par la négative; j’y répondrais par l’affirmative, vu l’absence d’une interdiction claire dans le *Code criminel*, l’absence de l’infliction démontrée de lésions corporelles ayant pour effet de vicier le consentement en common law et l’absence d’une preuve que le partenaire conscient a outrepassé l’activité sexuelle à laquelle le partenaire inconscient avait consenti.

[81] En l’espèce, J.A. a eu des rapports sexuels avec K.D., auxquels cette dernière avait librement consenti pendant qu’elle était consciente. La Juge en chef est néanmoins d’avis de déclarer J.A. coupable du crime grave d’agression sexuelle. Je m’oppose à ce résultat. Avec égards pour ma collègue, je suis d’avis qu’il n’est justifié ni par les principes d’interprétation législative, ni par les décisions antérieures de la Cour, ni par des considérations d’ordre public. De plus, il est inapproprié au vu des faits.

[82] That is what divides us. The rest is commentary.

II

[83] The Chief Justice has set out the relevant facts fully and fairly, and I have nothing to add in that regard.

[84] This is an appeal as of right by the Crown. In the absence of leave on any other grounds — none was sought by the Crown — our jurisdiction is therefore limited to the question of law alone upon which there was a dissent in the Court of Appeal. That question is set out this way in the Crown’s notice of appeal:

As a matter of law can a person consent in advance to sexual activity expected to occur when the person is either unconscious or asleep?

[85] In this light, three defining aspects of this appeal merit special emphasis.

[86] First, as the Chief Justice has noted (at para. 15), the Court of Appeal found, unanimously, that “the evidence that was led at trial was simply not capable of supporting a finding that the complainant did not consent on a standard of proof beyond a reasonable doubt” (2010 ONCA 226, 100 O.R. (3d) 676, *per* Simmons J.A., Juriansz J.A. concurring, at para. 55; *per* LaForme J.A., at para. 114). Accordingly, this finding is not open to dispute before us (*R. v. Keegstra*, [1995] 2 S.C.R. 381, at paras. 23-24).

[87] Second, the Court of Appeal found, again unanimously, that there was no basis for a finding of fact that the sexual conduct that occurred did not comply with the consent given by K.D. Speaking for herself and Juriansz J.A., Simmons J.A. held (at para. 89):

... the trial judge’s conclusions regarding the sexual assault charge were premised, at least in part, on the trial judge’s finding that the complainant did not, at any time, consent to anal penetration of any kind. As I have explained, in my opinion, the record in this case is not

[82] Voilà donc ce qui nous divise. Le reste n’est que commentaire.

II

[83] La Juge en chef relate les faits pertinents de manière complète et juste. Je n’ai rien à y ajouter.

[84] Il s’agit d’un appel de plein droit interjeté par le ministère public. En l’absence d’autorisation à l’égard d’une autre question — le ministère public n’a présenté aucune demande d’autorisation — notre juridiction en la matière se limite à la seule question de droit au sujet de laquelle un juge de la Cour d’appel était dissident. La question est ainsi énoncée dans l’avis d’appel du ministère public :

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

[85] Compte tenu de ce qui précède, trois éléments déterminants dans la présente affaire méritent une attention spéciale.

[86] Tout d’abord, comme le dit la Juge en chef (par. 15), la Cour d’appel, à l’unanimité, a conclu que [TRADUCTION] « la preuve soumise au procès était insuffisante pour conclure hors de tout doute raisonnable que la plaignante n’avait pas consenti » (2010 ONCA 226, 100 O.R. (3d) 676, la juge Simmons (avec l’appui du juge Juriansz), par. 55; le juge LaForme, par. 114). Par conséquent, cette conclusion ne peut être débattue devant la Cour (*R. c. Keegstra*, [1995] 2 R.C.S. 381, par. 23-24).

[87] Ensuite, la Cour d’appel a conclu, à l’unanimité également, que rien n’appuyait la conclusion de fait selon laquelle l’activité sexuelle qui a eu lieu transgressait le consentement donné par K.D. S’exprimant en son nom et en celui du juge Juriansz, la juge Simmons a déclaré (par. 89) :

[TRADUCTION] ... les conclusions de la juge de première instance au sujet de l’accusation d’agression sexuelle reposaient, du moins en partie, sur sa conclusion que la plaignante n’avait jamais consenti à une quelconque pénétration anale. Comme je l’ai expliqué,

capable of supporting that finding of fact. [Emphasis added.]

And LaForme J.A. (at paras. 112-13) made clear that he agreed with the “thorough and persuasive analysis” of Simmons J.A. except only for her conclusion that “there is no basis for holding that ‘as a matter of general principle, a person cannot legally consent in advance to sexual activity expected to occur while the person is either unconscious or asleep’”.

[88] Third, the trial judge found that the asphyxiation causing unconsciousness in this case did not constitute bodily harm. This finding was set aside by the Court of Appeal, once more unanimously, on the ground that the trial judge had applied the wrong legal test in concluding as she did. Largely for reasons of procedural fairness, the court declined to revisit the Crown’s submission that the complainant’s asphyxiation constituted bodily harm, vitiating her consent under the common law. The record as we have it affords us no sufficient basis for revisiting this issue. As I mentioned earlier, whether asphyxiation causing unconsciousness will vitiate consent therefore remains an open question to be answered when the need next arises.

[89] In short, then, we are urged on this appeal to find that J.A. committed a sexual assault on K.D., his partner at the time, by engaging with her in sexual activity to which she had agreed in advance, and agreed again while that activity was still in progress, without causing her bodily harm and without exceeding the scope of her consent. In the Crown’s submission, J.A.’s guilt of this serious crime can be grounded in the brief intervening period of unconsciousness that occurred during his sexual encounter with K.D., before and after which K.D. neither subjectively experienced nor affirmatively communicated a revocation of her prior consent.

[90] Essentially, the Crown contends that J.A. committed a sexual assault on K.D. because prior

à mon avis, le dossier en l’espèce ne permet pas de tirer pareille conclusion de fait. [Je souligne.]

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

[88] Enfin, la juge de première instance a conclu que l’asphyxie provoquant l’inconscience en l’espèce ne constituait pas des lésions corporelles. La Cour d’appel, à l’unanimité une fois de plus, a annulé cette conclusion au motif que la juge n’avait pas appliqué le bon critère juridique pour y arriver. Principalement par souci d’équité procédurale, la cour s’est abstenue de revenir sur la thèse du ministère public voulant que l’asphyxie subie par la plaignante constitue des lésions corporelles emportant vice de consentement suivant la common law. Le dossier, tel qu’il nous a été présenté, ne nous permet pas de réexaminer cette question. Comme je l’ai mentionné précédemment, la question de savoir si l’asphyxie provoquant l’inconscience annule le consentement demeurera donc irrésolue et sera tranchée plus tard, quand les circonstances l’exigeront.

[89] Bref, dans le cadre du présent pourvoi, on nous demande de conclure que J.A. a perpétré une agression sexuelle sur la personne de K.D., sa partenaire à l’époque, en participant avec elle à une activité sexuelle — activité à laquelle elle avait consenti à l’avance et a consenti de nouveau avant qu’elle prenne fin — sans lui causer de lésions corporelles et sans transgresser le consentement donné. Selon le ministère public, la culpabilité de J.A. pour ce crime grave repose sur le court laps de temps où K.D. se trouvait inconsciente au cours de leur rencontre à caractère sexuel, avant et après lequel K.D. n’a ni révoqué subjectivement en son for intérieur, ni manifesté la volonté de révoquer son consentement antérieur.

[90] Essentiellement, selon le ministère public, il faut conclure que J.A. a commis une agression

consent to sexual touching that is anticipated to occur during a period of unconsciousness is precluded by the *Criminal Code* and by this Court's decision in *Ewanchuk*. Alternatively, the Crown argues that K.D.'s consent should be declared invalid at common law on the basis of public policy.

[91] For the reasons that follow, I find neither argument persuasive.

III

[92] I begin with a consideration of the provisions of the *Criminal Code* upon which the Crown relies.

[93] The starting point in determining whether the complainant's consent will be recognized at law is that "the genuine consent of a complainant has traditionally been a defence to almost all forms of criminal responsibility" (*R. v. Jobidon*, [1991] 2 S.C.R. 714, at p. 729). Despite the fact that "a number of exceptions [have been] imposed by Parliament and also, increasingly, by the courts", this principle still "underpin[s] Canadian law" (D. Stuart, *Canadian Criminal Law: A Treatise* (5th ed. 2007), at p. 587).

[94] Consent is frequently referred to as a "defence", as in *Jobidon*, and can be thought of in that way insofar as it negates liability. On a charge of sexual assault, however, we must remember throughout that the *absence* of consent is an essential element of the *actus reus* and must therefore be proved, beyond a reasonable doubt, by the Crown.

[95] The Chief Justice finds that Parliament has created a statutory exception to the well-established general principle that the complainant's genuine consent precludes a finding of sexual assault. In my colleague's view, the purpose and effect of this perceived exception is to vitiate consent to "unconscious sexual activity" — that is, sexual contact

sexuelle à l'endroit de K.D., car le *Code criminel* et l'arrêt *Ewanchuk* de notre Cour ne permettent pas de consentir à l'avance à des contacts sexuels qui doivent avoir lieu pendant une période d'inconscience. Subsidiairement, le ministère public fait valoir que le consentement de K.D. devrait être déclaré invalide en common law pour des raisons d'ordre public.

[91] Pour les motifs qui suivent, aucun de ces arguments ne me convainc.

III

[92] J'examinerai d'abord les dispositions du *Code criminel* sur lesquelles s'appuie le ministère public.

[93] Pour déterminer si le consentement de la plaignante est valable en droit, il faut partir du principe selon lequel « le consentement véritable d'un plaignant a traditionnellement constitué un moyen de défense opposable à presque toutes les formes de responsabilité criminelle » (*R. c. Jobidon*, [1991] 2 R.C.S. 714, p. 729). Malgré le fait que [TRADUCTION] « certaines exceptions [ont été] imposées par le législateur et, de plus en plus, par les tribunaux », ce principe « sous-tend le droit canadien » encore de nos jours (D. Stuart, *Canadian Criminal Law : A Treatise* (5^e éd. 2007), p. 587).

[94] Le consentement est souvent qualifié de « moyen de défense », comme dans l'affaire *Jobidon*, et peut s'entendre ainsi dans la mesure où il annule la responsabilité. Or, dans le cas d'une agression sexuelle, il ne faut jamais oublier que l'*absence* de consentement est un élément essentiel de l'*actus reus* de l'infraction, qui doit par conséquent être démontré hors de tout doute raisonnable par le ministère public.

[95] Selon la Juge en chef, le législateur a prévu une exception au principe général bien établi voulant que le consentement véritable du plaignant empêche de conclure à une agression sexuelle. De l'avis de ma collègue, cette exception aurait pour objet et effet de vicier le consentement à une « activité sexuelle qui a lieu pendant une période

that is expected to occur while the consenting adult is asleep or unconscious. With respect, nothing in the *Criminal Code* indicates that Parliament has considered, let alone adopted, an exception of this sort.

[96] Section 273.1(1) of the *Code* defines consent for the purposes of the sexual assault provisions as “the voluntary agreement of the complainant to engage in the sexual activity in question”. Nothing in this definition refers to the timing of consent or otherwise excludes advance consent to unconscious sexual contact. And it is important to remember that, on this appeal, neither the voluntariness nor the specificity of the complainant’s consent is in issue before us.

[97] On the contrary, as the Court of Appeal found, there is no basis in the evidence to support a finding that the complainant did not freely and consciously consent to “the sexual activity in question”: erotic asphyxiation involving anal penetration during the contemplated period of transitory unconsciousness, followed by vaginal intercourse.

[98] Section 273.1(1) also provides that the definition of consent is subject to two limiting provisions.

[99] The first is s. 265(3), which applies to *all* forms of assault and specifies that no consent is obtained where the complainant submits or does not resist by reason of force, threats of force, fraud or the exercise of authority. Manifestly, none of these statutory exceptions apply here.

[100] The second limiting provision, s. 273.1(2), applies only to sexual assaults and sets out five situations in which “[n]o consent is obtained”. Only two are relied on by the Crown: s. 273.1(2)(b) and s. 273.1(2)(e).

d’inconscience » — soit un contact sexuel qui doit avoir lieu pendant que l’adulte consentant est endormi ou inconscient. Avec égards, j’estime que rien dans le *Code criminel* ne révèle que le législateur a envisagé, et encore moins édicté, une telle exception.

[96] Le paragraphe 273.1(1) du *Code* définit le consentement, pour l’application des dispositions relatives à l’agression sexuelle, comme « l’accord volontaire du plaignant à l’activité sexuelle ». Cette définition ne fait nulle mention du moment où le consentement intervient, ni n’exclut par ailleurs le fait de consentir à l’avance à des activités sexuelles qui auront lieu pendant une période d’inconscience. Il ne faut pas oublier que ni le caractère volontaire ni l’objet du consentement de la plaignante ne sont en litige dans le présent pourvoi.

[97] Au contraire, comme l’a constaté la Cour d’appel, la preuve au dossier ne permet pas de conclure que la plaignante n’a pas consenti, librement et consciemment, « à l’activité sexuelle » : l’asphyxie érotique avec pénétration anale pendant la période prévue d’inconscience passagère, suivie de relations sexuelles vaginales.

[98] En outre, la définition figurant au par. 273.1(1) est assujettie à deux dispositions limitatives.

[99] La première, le par. 265(3), s’applique à *toutes* les sortes de voies de fait et précise que ne constitue pas un consentement le fait, pour le plaignant, de se soumettre ou de ne pas résister en raison de l’emploi de la force, de menaces d’emploi de la force, de la fraude ou de l’exercice de l’autorité. Manifestement, aucune de ces exceptions légales ne s’applique en l’espèce.

[100] La deuxième disposition limitative, le par. 273.1(2), applicable uniquement aux infractions d’agression sexuelle, énumère cinq cas où « [l]e consentement [. . .] ne se déduit pas » (dans la version anglaise, « *[n]o consent is obtained* »). Le ministère public n’en fait valoir que deux, prévus aux al. 273.1(2)(b) et e).

[101] Section 273.1(2)(b) provides that “[n]o consent is obtained . . . where . . . the complainant is incapable of consenting to the activity”. I agree that unconsciousness qualifies as “incapa[city]” within the meaning of this provision. But it is apparent from the ordinary meaning of the words used by Parliament and from their context that s. 273.1(2)(b) has no application here. It simply confirms that consent cannot be *obtained* from a person who is at the time incapable of consenting. It does not contemplate consent given in advance at a time when the complainant, as in this case, was *capable* — not *incapable* — of giving her free and knowing consent.

[102] Section 273.1(2)(e), the second exception invoked by the Crown, provides that no consent is obtained where “the complainant, having consented to engage in sexual activity, expresses, by words or conduct, a lack of agreement to continue to engage in the activity”. The Crown submits, and the Chief Justice accepts, that this provision is inconsistent with the possibility of advance consent to unconscious sexual touching because Parliament intended people engaged in sexual activity to have the right to revoke consent at any time during the activity and “a person who has been rendered unconscious cannot revoke her consent” (reasons of the Chief Justice, at para. 40).

[103] I agree that prior consent to sexual activity can later be revoked. And I agree that a person cannot while unconscious consent or revoke consent. It hardly follows, in my respectful view, that consenting adults cannot, as a matter of law, willingly and consciously agree to engage in a sexual practice involving transitory unconsciousness — on the ground that, during the brief period of that consensually induced mental state, they will be unable to consent to doing what they have already consented to do.

[101] Aux termes de l’al. 273.1(2)b), « [l]e consentement du plaignant ne se déduit pas [. . .] des cas où [. . .] il est incapable de le former ». Je conviens que l’inconscience est une « incapa[cité] » au sens où il faut l’entendre pour l’application de cette disposition, mais il ressort clairement du sens ordinaire des mots employés par le législateur et de leur contexte que l’al. 273.1(2)b) ne trouve pas application ici. Cette disposition confirme simplement l’impossibilité d’*obtenir* le consentement d’une personne à un moment où elle est incapable de le former. Elle ne vise pas les situations où le plaignant donne à l’avance son consentement à un moment où, comme en l’espèce, il est *capable* — et non *incapable* — de donner un consentement libre et éclairé.

[102] L’alinéa 273.1(2)e), la deuxième exception invoquée par le ministère public, dispose que nul consentement n’est obtenu du plaignant si « après avoir consenti à l’activité, il manifeste, par ses paroles ou son comportement, l’absence d’accord à la poursuite de celle-ci ». Le ministère public, auquel la Juge en chef donne raison, soulève l’incompatibilité de cette disposition avec la thèse d’un consentement donné à l’avance à des contacts sexuels qui auront lieu pendant une période d’inconscience, étant donné que le législateur voulait donner aux personnes la possibilité de retirer leur consentement en tout temps au cours de l’activité sexuelle et qu’« une personne rendue inconsciente est incapable de révoquer son consentement » (motifs de la Juge en chef, par. 40).

[103] Je conviens que le consentement donné à l’avance à une activité sexuelle peut être révoqué par la suite. Je conviens également qu’une personne inconsciente ne peut ni consentir ni révoquer son consentement. Mais, soit dit en toute déférence, il ne s’ensuit pas pour autant que des adultes consentants ne peuvent, en droit, acquiescer de leur plein gré et consciemment à des actes sexuels assortis d’une inconscience passagère — au motif que, pendant la courte durée de cet état mental provoqué d’un commun accord, ils seraient incapables de consentir aux actes auxquels ils ont déjà consenti.

[104] If anything, the wording of s. 273.1(2)(e) suggests that the complainant's consent *can* be given in advance, and remains operative unless and until it is subsequently revoked: It provides that "the complainant, having consented to engage in sexual activity", may later revoke his or her consent. I agree with the respondent that revocation is a question of fact. In this regard, I again mention that the complainant, upon regaining consciousness, did not revoke her prior consent to the sexual conduct in issue — which was then still ongoing. And it has not been suggested that she had earlier revoked her consent by words or conduct, or even in her own mind.

[105] With respect, there is no factual or legal basis for holding that K.D.'s prior consent, otherwise operative throughout, was temporarily rendered inoperative during the few minutes of her voluntary unconsciousness. In my view, it was not suspended by the fact that she had rendered herself incapable of revoking the consent she had chosen, freely and consciously, *not to revoke* either immediately before or immediately after the brief interval of her unconsciousness. Nothing in s. 273.1(2)(e) creates a legal requirement, or a binding legal fiction, that warrants convicting the complainant's partner of sexual assault in these circumstances.

[106] Finally, the Chief Justice relies on s. 273.2(b), which precludes a defence of honest but mistaken belief in consent where "the accused did not take reasonable steps, in the circumstances known to the accused at the time, to ascertain that the complainant was consenting". The Chief Justice finds that, "by requiring the accused to take reasonable steps to ensure that the complainant 'was consenting', Parliament has indicated that the consent of the complainant must be an ongoing state of mind" (para. 42).

[107] With respect, I read s. 273.2 differently. It provides that a belief in consent is not a defence where "the accused believed that the complainant consented to the activity [in question]" and failed to take reasonable steps "to ascertain that the complainant was consenting". Any doubt

[104] Il ressort plutôt du libellé de l'al. 273.1(2)e que le consentement du plaignant *peut* être donné à l'avance et demeure valide tant qu'il n'est pas révoqué. Aux termes de cette disposition, le plaignant peut, « après avoir consenti à l'activité », révoquer son consentement. Je conviens avec l'intimé que la révocation est une question de fait. Je répète à ce sujet que la plaignante, après avoir repris conscience, n'a pas révoqué son consentement à l'acte sexuel en question — qui se poursuivait alors. Personne n'a laissé entendre non plus qu'elle avait révoqué son consentement plus tôt, par ses paroles ou ses gestes, ou même dans son for intérieur.

[105] Avec égards, je ne trouve aucun fondement factuel ou juridique qui permette de conclure que le consentement donné à l'avance par K.D., valable à tout autre moment, est devenu temporairement inopérant pendant les quelques minutes de son inconscience volontaire. À mon avis, son effet n'a pas été suspendu du fait qu'elle s'était rendue incapable de révoquer le consentement qu'elle avait librement et consciemment choisi de *ne pas révoquer* immédiatement avant ou après son bref moment d'inconscience. L'alinéa 273.1(2)e ne crée aucune obligation légale ni fiction juridique implacable justifiant que le partenaire de la plaignante soit déclaré coupable d'agression sexuelle dans les circonstances.

[106] Enfin, la Juge en chef invoque l'al. 273.2b), qui exclut la défense de croyance sincère, mais erronée, au consentement dans les cas où l'accusé « n'a pas pris les mesures raisonnables, dans les circonstances dont il avait alors connaissance, pour s'assurer du consentement ». Selon la Juge en chef, « le choix du temps de verbe dans la version anglaise du *Code criminel* ("*was consenting*") montre que le consentement dont l'accusé doit s'assurer est un état d'esprit de tous les instants » (par. 42).

[107] Avec égards, j'interprète différemment l'art. 273.2. Tout doute susceptible de subsister dans la version anglaise de cette disposition quant à savoir si les mots « *consented* » et « *was consenting* » renvoient au consentement donné plus tôt est dissipé par le libellé de la version française : « Ne

whether “was consenting” and “consented” refer to prior consent is dispelled by the corresponding French text of the provision: “*Ne constitue pas un moyen de défense . . . le fait que l’accusé croyait que le plaignant avait consenti à l’activité à l’origine de l’accusation . . . [et] n’a pas pris les mesures raisonnables . . . pour s’assurer du consentement.*”

[108] Lest I be misunderstood in this regard, I hasten to add that K.D.’s prior consent to the “activity in question” constituted a valid consent only to the contemplated activity. In the absence of any evidence that J.A.’s conduct exceeded the scope of K.D.’s consent, I am unable to find in the mentioned provisions of the *Criminal Code* any basis for concluding that K.D.’s consent in fact was not a valid consent in law.

IV

[109] For the reasons given, I am satisfied that nothing in the *Criminal Code* supports the Crown’s principal submission: that K.D.’s consent to the activity in question was vitiated by the fact that she could not consent, during her consensually induced unconsciousness, to the sexual activity to which she had already consented. In the absence of any language in the *Code* that supports this proposition, the Crown relies on what in its view is the policy underlying the mentioned provisions. This submission is not at all persuasive.

[110] First, the provisions in question were enacted to address policy concerns that are entirely different from those before us here. The preamble to Bill C-49 (*An Act to amend the Criminal Code (sexual assault)*), 3rd Sess., 34th Parl., 1991 (assented to June 23, 1992), S.C. 1992, c. 38) and the Parliamentary debates preceding its enactment demonstrate that the consent provisions were intended to protect women from sexual violence and to protect and enhance their freedom to choose when, and with whom, they will engage in sexual relations of their choice.

constitue pas un moyen de défense [. . .] le fait que l’accusé croyait que le plaignant avait consenti à l’activité à l’origine de l’accusation [. . .] [et] n’a pas pris les mesures raisonnables [. . .] pour s’assurer du consentement. »

[108] Je m’empresse de préciser que le consentement à « l’activité » donné à l’avance par K.D. n’est valable qu’à l’égard de cette activité précise. Vu l’absence de preuve démontrant que J.A. aurait transgressé le consentement de K.D., rien dans les dispositions susmentionnées du *Code criminel* ne justifie à mon avis de conclure que le consentement de K.D. dans les faits n’était pas valable en droit.

IV

[109] Pour les motifs qui précèdent, je suis convaincu qu’aucune disposition du *Code criminel* n’étaye le principal argument du ministère public selon lequel le consentement de K.D. à l’activité en cause était vicié du fait que, pendant sa période d’inconscience délibérée et consensuelle, elle ne pouvait pas consentir à l’activité sexuelle à laquelle elle avait déjà consenti. Faute d’une disposition du *Code* sur laquelle fonder sa thèse, le ministère public invoque les principes de politique générale qui sous-tendent à ses yeux les dispositions mentionnées. Cet argument n’est pas du tout convaincant.

[110] Tout d’abord, les questions de politique générale qui ont joué dans l’adoption de ces dispositions n’ont rien en commun avec celles qui nous occupent en l’espèce. Le préambule du projet de loi C-49 (*Loi modifiant le Code criminel (agression sexuelle)*), 3^e sess., 34^e lég., 1991 (sanctionné le 23 juin 1992), L.C. 1992, ch. 38) et les débats parlementaires précédant son adoption démontrent que les dispositions sur le consentement étaient destinées à protéger les femmes contre la violence sexuelle et à préserver et favoriser leur liberté de choisir quand, comment et avec qui elles ont des rapports sexuels.

[111] The dominant theme throughout the debates was that women have “the right to make decisions about their bod[ies], including whether or not to engage in sexual activity” and that “[n]o in every conceivable circumstance means no” (*House of Commons Debates*, vol. VIII, 3rd Sess., 34th Parl., April 8, 1992, at p. 9507, and vol. IX, June 15, 1992, at p. 12045). Legislative changes were required to ensure that a woman who previously said “yes” to sexual activity could subsequently say “no” and be taken seriously, first by her sexual partner and, failing that, by the police and the courts.

[112] These policy concerns are simply not engaged on the facts before us: *This is not a case about a woman who said no — at any time*. Rather, the complainant described herself as a willing and enthusiastic participant throughout all stages of the sexual activity in question. She consented to the sexual activity leading up to her unconsciousness and to the unconsciousness itself. The Court of Appeal found, as we have seen, that nothing in the record supports a finding that she did not consent to the sexual activity that occurred while she was unconscious.

[113] Moreover, we have no idea how long the anal penetration had gone on when she awoke — she may in fact have awoken as soon as it began — but we do know that she did not ask the accused to stop when she was awake and knew exactly what was going on.

[114] I am unable to conclude that Parliament, in protecting the right to say no, restricted the right of adults, female or male, consciously and willingly to say yes to sexual conduct in private that neither involves bodily harm nor exceeds the bounds of the consent freely given. The right to make decisions about one’s own body clearly comprises both rights.

[111] Le thème dominant des débats était que la femme a « le droit de disposer de son corps comme elle l’entend, et notamment le droit de décider si elle souhaite ou non se livrer à une activité sexuelle » et que « [q]uand c’est non, c’est non quelles que soient les circonstances » (*Débats de la Chambre des communes*, vol. VIII, 3^e sess., 34^e lég., 8 avril 1992, p. 9507, et vol. IX, 15 juin 1992, p. 12045). Des modifications législatives étaient nécessaires pour qu’une femme qui a dit « oui » à une activité sexuelle puisse plus tard dire « non » et être prise au sérieux, d’abord par son partenaire sexuel, puis, à défaut, par la police et les tribunaux.

[112] Ces questions de politique générale ne jouent tout simplement pas dans la situation factuelle qui nous est soumise : *il ne s’agit pas d’une femme qui a dit non — à quelque moment que ce soit*. Au contraire, la plaignante s’est décrite comme une participante enthousiaste et partante à chaque étape de l’activité sexuelle. Elle a consenti aux actes sexuels qui ont précédé la perte de conscience et à l’inconscience même. Nous avons déjà souligné que, selon la Cour d’appel, rien dans le dossier ne permet de conclure que la plaignante n’avait pas consenti à l’activité sexuelle qui a eu lieu pendant qu’elle était inconsciente.

[113] En outre, nous ne savons pas depuis combien de temps durait la pénétration anale au moment où la plaignante a repris conscience — il se peut qu’elle soit revenue à elle dès le début de l’activité —, mais nous savons pertinemment qu’elle n’a pas demandé à l’accusé d’y mettre fin quand elle a repris conscience et qu’elle savait exactement ce qui se passait.

[114] Je ne peux conclure que le législateur, en protégeant le droit de refuser des contacts sexuels, a restreint le droit des adultes — hommes ou femmes — de consentir volontairement et consciemment à participer en privé à des actes sexuels qui ne causent pas de lésions corporelles et n’outrepassent pas les limites du consentement donné librement. De toute évidence, le droit d’une personne de décider ce qu’elle veut faire de son propre corps englobe ces deux droits.

[115] Although this right to choose is not absolute, I agree that private, consensual sexual behaviour “should only give rise to criminal sanctions where there is a compelling principle of fundamental justice that constitutes a reasonable limit on the right to personal and sexual autonomy” (D. M. Tanovich, “Criminalizing Sex At The Margins” (2010), 74 C.R. (6th) 86, at p. 90). I agree as well that “it would be a significant limit on the sexual autonomy of each individual to say that, as a matter of law, no-one can consent in advance to being sexually touched while asleep or unconscious” (H. C. Stewart, *Sexual Offences in Canadian Law* (loose-leaf), at p. 3-25).

[116] Respect for the privacy and sexual autonomy of consenting adults has long been embraced by Parliament as a fundamental social value and an overarching statutory objective: “Keeping the state out of the bedrooms of the nation” is a legislative policy, and not just a political slogan.

[117] The approach advocated by the Chief Justice would also result in the criminalization of a broad range of conduct that Parliament cannot have intended to capture in its definition of the offence of sexual assault. Notably, it would criminalize kissing or caressing a sleeping partner, however gently and affectionately. The absence of contemporaneous consent, and therefore the *actus reus*, would be conclusively established by accepted evidence that the complainant was asleep at the time. Prior consent, or even an explicit request — “kiss me before you leave for work” — would not spare the accused from conviction.

[118] The *mens rea* would be conclusively established as well. An honest but mistaken belief in consent, however reasonable in the circumstances, would neither preclude prosecution nor bar conviction. If my colleague’s view is correct, the

[115] Certes, ce droit de choisir n’est pas absolu. Je suis d’accord pour dire que des actes sexuels consensuels accomplis en privé [TRADUCTION] « ne devraient être criminalisés que si un principe impérieux de justice fondamentale constitue une limite raisonnable au droit à l’autonomie personnelle et sexuelle » (D. M. Tanovich, « Criminalizing Sex At The Margins » (2010), 74 C.R. (6th) 86, p. 90). Je conviens également qu’une [TRADUCTION] « règle de droit portant que nul ne peut consentir à l’avance à des contacts sexuels qui auront lieu pendant son sommeil ou une période d’inconscience restreindrait considérablement l’autonomie sexuelle de chacun » (H. C. Stewart, *Sexual Offences in Canadian Law* (feuilles mobiles), p. 3-25).

[116] Le respect de la vie privée et de l’autonomie sexuelle des adultes consentants représente depuis longtemps aux yeux du législateur une valeur sociale fondamentale et un objectif législatif primordial : [TRADUCTION] « L’État n’a pas sa place dans la chambre à coucher des Canadiens » représente plus qu’un slogan politique, c’est une politique législative.

[117] L’approche préconisée par la Juge en chef aurait également pour effet de criminaliser un ensemble de comportements que le législateur ne peut pas avoir voulu englober dans sa définition de l’agression sexuelle. Tout particulièrement, embrasser ou caresser un partenaire endormi, même doucement et tendrement, constituerait une infraction criminelle. La preuve que le plaignant dormait au moment des faits, si elle était acceptée, démontrerait de façon concluante l’absence de consentement concomitant et, de ce fait, l’*actus reus*. En pareil cas, un consentement donné plus tôt, voire une demande expresse du genre « embrasse-moi avant d’aller travailler », ne mettrait pas l’accusé à l’abri d’une déclaration de culpabilité.

[118] La *mens rea* serait également établie de façon concluante. Une croyance sincère, mais erronée, au consentement, si raisonnable soit-elle dans les circonstances, n’empêcherait ni une poursuite, ni une condamnation. Si le raisonnement de

accused's error would constitute a mistake of law, which cannot avail as a defence.

[119] The Crown acknowledges that, on its view of the law, anyone who engages in amorous expressions of affection while his or her partner is asleep would be guilty of sexual assault. In response to the implausibility of the suggestion that Parliament intended to criminalize such conduct, the Crown has identified only two safeguards, more aptly characterized as palliatives that should give us little comfort: prosecutorial discretion and the doctrine of *de minimis non curat lex* (the law is not concerned with trifling matters).

[120] As for prosecutorial discretion, I think it is sufficient to recall that this Court, in dealing with the delicate issue of nullifying consent at law, has in the past demonstrated a “healthy reluctance to endorse the exercise of prosecutorial discretion as a legitimate means of narrowing the applicability of a criminal section” (*R. v. Cuerrier*, [1998] 2 S.C.R. 371, at para. 136, *per* Cory J.). And Justice McLachlin (as she then was), in agreement on this point, made clear that “[p]rosecutorial 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” (para. 53).

[121] And, as for reliance on the *de minimis* doctrine, I do not view sexual assault of any kind as a trifling matter. It is a serious crime with serious consequences both for the complainant and for an accused. I agree with the Chief Justice (at para. 63) that “even mild non-consensual touching of a sexual nature can have profound implications for the complainant”. For public policy reasons, the Ontario Court of Appeal has held that it would be inappropriate to apply this principle in the context

ma collègue est juste, la croyance erronée de l'accusé constituerait une erreur de droit, qu'on ne peut invoquer comme moyen de défense.

[119] Le ministère public reconnaît que, suivant son interprétation des règles de droit, quiconque manifeste physiquement son affection à son partenaire endormi serait coupable d'agression sexuelle. En réplique à l'argument selon lequel il n'est pas plausible que le législateur ait voulu criminaliser de tels actes, le ministère public invoque seulement deux protections — que l'on pourrait plutôt qualifier de palliatifs — sur lesquelles il ne faudrait pas trop compter : le pouvoir discrétionnaire de poursuivre et le principe *de minimis non curat lex* (la loi ne se soucie pas des petites choses sans importance).

[120] En ce qui concerne le pouvoir discrétionnaire de poursuivre, il suffit de rappeler que la Cour, statuant sur la question délicate du vice de consentement en droit, a démontré par le passé une « saine réticence à approuver l'exercice du pouvoir discrétionnaire de poursuivre comme moyen légitime de restreindre l'applicabilité d'une disposition en matière de droit criminel » (*R. c. Cuerrier*, [1998] 2 R.C.S. 371, par. 136, le juge Cory). La juge McLachlin (maintenant Juge en chef), d'accord sur ce point, a précisé que « [l]a retenue dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire de poursuivre ne peut pas compenser l'élargissement excessif du droit criminel; elle ne fait que substituer à la portée excessive et à l'incertitude au niveau judiciaire la portée excessive et l'incertitude à la fois au niveau de l'engagement des poursuites et au niveau judiciaire » (par. 53).

[121] Quant au principe *de minimis*, je ne conçois pas l'agression sexuelle, de quelque forme que ce soit, comme une chose sans importance. Il s'agit d'un crime grave emportant des conséquences graves tant pour le plaignant que pour l'accusé. Je conviens avec la Juge en chef que « même des attouchements légers non consensuels de nature sexuelle peuvent avoir de lourdes conséquences pour le plaignant » (par. 63). Pour des raisons d'ordre public, la Cour d'appel de l'Ontario a conclu à

of domestic assaults (*R. v. Carson* (2004), 185 C.C.C. (3d) 541, at para. 25).

[122] Finally, even if one accepts that s. 273.1(3) “authorizes the courts to identify additional cases in which no consent is obtained” (reasons of the Chief Justice, at para. 29), identifying a *new* exception in this case would go well beyond what *Jobidon* permits.

V

[123] The Crown, LaForme J.A. in the court below, and the Chief Justice all rely on *Ewanchuk* in support of their view that the law already precludes advance consent to unconscious sexual contact.

[124] First, it is argued that *Ewanchuk* establishes that the only relevant time for determining consent is the time at which the sexual contact takes place. This argument is based on Major J.’s comment that the absence of consent is “determined by reference to the complainant’s subjective internal state of mind towards the touching, at the time it occurred” (*Ewanchuk*, at para. 26). Second, it is argued that one cannot infer that an unconscious individual is consenting because there is no defence of implied consent in the law of sexual assault.

[125] With respect, I would reject both arguments.

[126] The comments made in *Ewanchuk* must be read in context. Most significantly, the complainant in that case did not consent before, during or after the sexual touching. In addition, neither incapacity nor the timing of consent were in issue. The requirement of contemporaneity simply signifies that a woman who consents to sexual activity remains free to withdraw her consent at any time and, in the context of this case, that a woman cannot *provide* her consent while she is unconscious. *Ewanchuk* does not at all establish that a woman cannot consciously and voluntarily

l’inopportunité de ce principe en matière de violence familiale (*R. c. Carson* (2004), 185 C.C.C. (3d) 541, par. 25).

[122] Enfin, même si l’on acceptait que le par. 273.1(3) « habilite le tribunal à désigner d’autres situations où le consentement ne peut se déduire » (motifs de la Juge en chef, par. 29), créer une *nouvelle* exception en l’espèce irait bien au-delà de ce que permet l’arrêt *Jobidon*.

V

[123] Le ministère public, le juge LaForme de la juridiction inférieure et la Juge en chef invoquent *Ewanchuk* pour conclure que le droit empêche déjà une personne de consentir à l’avance à des contacts sexuels qui auront lieu pendant qu’elle sera inconsciente.

[124] Le premier argument invoqué à l’appui de cette thèse porte que, suivant l’arrêt *Ewanchuk*, seul le moment du contact sexuel est pertinent pour déterminer s’il y a consentement. Il repose sur l’observation du juge Major selon lequel l’absence de consentement est « déterminée par rapport à l’état d’esprit subjectif dans lequel se trouvait en son for intérieur la plaignante à l’égard des attouchements, lorsqu’ils ont eu lieu » (*Ewanchuk*, par. 26). Suivant le second argument, personne ne pourrait conclure qu’une personne inconsciente consent, car la défense de consentement tacite ne s’applique pas en matière d’agression sexuelle.

[125] Avec égards, je rejette ces deux arguments.

[126] Il faut interpréter dans leur contexte les observations faites dans *Ewanchuk*. D’abord et avant tout, la plaignante dans cette affaire n’avait consenti ni avant, ni pendant, ni après les attouchements sexuels. Qui plus est, la capacité de consentir n’y était pas débattue, non plus que la question du moment du consentement. L’exigence de la concomitance signifie simplement qu’une femme qui consent à une activité sexuelle est libre de retirer son consentement en tout temps et, dans le contexte de la présente affaire, qu’une femme ne peut *donner* son consentement pendant qu’elle est

consent to sexual activity that will occur while she is unconscious.

[127] Nor is the rejection of the defence of implied consent in *Ewanchuk* dispositive of the issue before us. We are not asked by the respondent to *infer* the complainant's consent. Her actual subjective consent *was established through her own testimony*. *Ewanchuk* decided that if the complainant testifies that she did *not* subjectively consent — and she is believed — then the *actus reus* will be made out regardless of her outward conduct. That is not our case.

[128] As we shall presently see, this Court has stressed that consent should only be vitiated by judges in limited circumstances and on a case-by-case basis. The broad nullification of consent now proposed by my colleague can hardly be said to have been decided in *Ewanchuk*, a case in which the possibility of advance consent to unconscious sexual touching was not even remotely in issue.

VI

[129] In *Jobidon*, this Court stressed that “[t]he law’s willingness to vitiate consent on policy grounds is significantly limited” (p. 766 (emphasis added)). As Gonthier J. took care to explain, the Court’s decision in that case was narrowly restricted to situations in which adults intentionally apply force to each other during the course of a fist fight or brawl and serious hurt or non-trivial bodily harm is both intended and caused.

[130] Since *Jobidon* was decided, the vitiation of consent on grounds of public policy has been limited to situations in which actual bodily harm was both intended *and* caused. In *R. v. Paice*, 2005 SCC

inconsciente. L’arrêt *Ewanchuk* n’établit pas du tout qu’une femme ne peut consentir volontairement et consciemment à une activité sexuelle qui aura lieu pendant qu’elle sera inconsciente.

[127] Le rejet par la Cour, dans *Ewanchuk*, de la défense de consentement tacite ne nous permet pas non plus de trancher la question dont nous sommes saisis. L’intimé ne nous demande pas d’*inférer* le consentement de la plaignante. Son consentement réel et subjectif *a été démontré par son propre témoignage*. Suivant *Ewanchuk*, s’il ressort du témoignage de la plaignante qu’elle *n’avait pas* consenti subjectivement — et si on y ajoute foi — l’*actus reus* sera prouvé, peu importe le comportement extérieur de la plaignante. Ce n’est pas le cas en l’espèce.

[128] Nous le verrons, la Cour a précisé que les juges ne devraient conclure à un vice de consentement que dans des circonstances limitées, appréciées au cas par cas. L’invalidation générale du consentement que ma collègue propose peut difficilement être considérée comme une règle découlant de l’arrêt *Ewanchuk*, qui ne portait aucunement, ne serait-ce que vaguement, sur la faculté d’une personne de consentir à l’avance à des attouchements sexuels qui auront lieu pendant qu’elle se trouvera inconsciente.

VI

[129] Dans *Jobidon*, la Cour a précisé que « [l]a volonté en droit d’écarter le consentement pour des raisons de principe est fort limitée » (p. 766 (je souligne)). Comme le juge Gonthier prend la peine de le préciser, la portée de la décision de la Cour dans cette affaire se limitait strictement aux situations où des adultes emploient intentionnellement la force au cours d’une bagarre à coups de poing ou d’une rixe et où des blessures graves ou de sérieuses lésions corporelles ont été à la fois voulues et causées.

[130] Depuis *Jobidon*, le consentement n’a été invalidé pour des raisons d’ordre public que dans les cas où de véritables lésions corporelles ont été à la fois voulues *et* causées. Dans *R. c. Paice*, 2005

22, [2005] 1 S.C.R. 339, the majority of the Court insisted that both constraints remain operative. To remove either requirement, the Court held, would risk the criminalization — “by judicial fiat” — of “numerous activities that were never intended by Parliament to come within the ambit of the assault provisions” (para. 12).

[131] The policy concerns identified by the Crown do not warrant the extension of the “significantly limited” principle invoked in *Jobidon* to a situation in which bodily harm was neither intended nor caused. As I have explained, the record before us does not permit us to revisit the issue of bodily harm addressed in the courts below. Our mandate is circumscribed by the question of law before us, which is whether unconsciousness *alone* is sufficient to nullify consent.

[132] Essentially, the Crown urges us to answer that question in the affirmative on three grounds: (1) the risk that the unconscious person’s consent will be intentionally exceeded, (2) the risk of innocent misunderstandings between the parties as to the scope of the consent, and (3) the risk of unjust acquittals where the Crown is unable to prove that the accused did not obtain prior consent from an unconscious person.

[133] I am not persuaded that advance consent to unconscious sexual activity, if held valid in the circumstances of this case, will increase the risk that an unconscious person’s consent will be intentionally exceeded. Intentionally exceeding the scope of the unconscious partner’s consent would amount to sexual contact *without consent* — or sexual assault — and, for that reason, properly attract criminal liability.

[134] Unconscious sex may well involve a risk of innocent misunderstandings between the parties as to the scope of consent. However, this raises issues that are related not to the *actus reus* of the

CSC 22, [2005] 1 R.C.S. 339, les juges majoritaires de la Cour ont insisté sur la présence de ces deux critères. Écarter l’un d’eux, selon la Cour, risque de criminaliser — « par décision judiciaire » — de « nombreuses activités que le législateur n’a jamais voulu assujettir aux dispositions en matière de voies de fait » (par. 12).

[131] Les questions de politique générale soulevées par le ministère public ne justifient pas que l’on étende la portée « fort limitée » de la règle énoncée dans *Jobidon* à une situation où aucune lésion corporelle n’a été voulue ni causée. Comme je l’ai expliqué, le dossier dont nous disposons ne nous permet pas de rouvrir la question des lésions corporelles qui a été débattue devant les juridictions inférieures. Nous devons nous en tenir à la question de droit dont nous sommes saisis : L’inconscience suffit-elle à *elle seule* à annuler le consentement?

[132] Essentially, le ministère public nous invite à répondre par l’affirmative, et ce, pour trois raisons : (1) le risque de transgression intentionnelle du consentement de la personne inconsciente, (2) le risque de malentendus innocents entre les parties sur la teneur du consentement et (3) le risque d’un acquittement injustifié découlant de l’incapacité du ministère public à démontrer que l’accusé n’avait pas obtenu plus tôt le consentement de la personne inconsciente.

[133] Je ne suis pas convaincu que reconnaître en l’espèce la validité du consentement donné à l’avance à des activités sexuelles qui ont lieu pendant une période d’inconscience aurait pour effet d’augmenter le risque de transgression intentionnelle du consentement d’une personne inconsciente. Une telle transgression équivaldrait à des contacts sexuels *sans consentement* — c’est-à-dire à une agression sexuelle — et, pour cette raison, emporterait à bon droit la responsabilité criminelle.

[134] Certes, il se peut que des rapports sexuels avec un participant inconscient créent un risque de malentendus innocents entre les parties quant à la teneur du consentement. Toutefois, ce risque

offence (the only issue before us) but to the defence of honest but mistaken belief in consent. If it is established that the scope of the complainant's consent has been exceeded, then the *actus reus* will be established and the inquiry will move to whether the accused had the requisite *mens rea*.

[135] Pursuant to s. 273.2(b) of the *Code*, an accused cannot invoke an honest but mistaken belief in consent in the absence of evidence that he took "reasonable steps" in the circumstances known to him at the time "to ascertain that the complainant was consenting".

[136] In cases of unconscious sex, the defence of honest but mistaken belief in consent will be extremely difficult to establish. Since consent cannot be "obtained" from an unconscious complainant, the required reasonable steps would have to be taken prior to the period of unconsciousness. Relevant factors to the reasonableness assessment might include the proximity in time between the steps taken and the period of unconsciousness and the specificity of the agreement made between the parties.

[137] Advance consent and a clear understanding may well reduce rather than enhance the risk of unwanted sexual conduct. The conscious partner, explicitly apprised, will be at risk of prosecution and conviction if the scope of the unconscious partner's consent is unintentionally exceeded. If the accused's belief in consent was honest, *but not reasonable*, he or she will be guilty of sexual assault.

[138] By making the actual subjective consent of a complainant determinative, the law respects her sexual autonomy. At the same time, by restricting the availability of the defence of honest but mistaken belief in the case of complainants who do *not* consent, the law can ensure that there are criminal consequences for sexually exploiting vulnerable

soulève des questions concernant non pas l'*actus reus* de l'infraction (la seule question dont nous sommes saisis), mais la défense de croyance sincère, mais erronée, au consentement. Si la transgression du consentement du plaignant est démontrée, l'*actus reus* sera établi et on passera à l'étape suivante de l'analyse, qui consiste à savoir si l'accusé avait la *mens rea* requise.

[135] L'alinéa 273.2b) du *Code* restreint la faculté d'un accusé d'invoquer sa croyance sincère, mais erronée, au consentement aux cas où il est démontré qu'il a pris les « mesures raisonnables » dans les circonstances dont il avait alors connaissance, « pour s'assurer du consentement ».

[136] La défense de croyance sincère, mais erronée, au consentement pourra difficilement être établie dans les affaires où un participant était inconscient pendant les relations sexuelles. Étant donné l'impossibilité d'« obtenir » le consentement d'une personne inconsciente, il faudrait que les mesures raisonnables requises aient été prises avant la période d'inconscience. L'analyse du caractère raisonnable pourrait notamment porter sur le laps de temps écoulé entre les mesures prises et la période d'inconscience ainsi que sur le degré de précision de l'accord intervenu entre les parties.

[137] Il se peut très bien qu'un consentement donné à l'avance ainsi qu'une idée claire de sa teneur réduisent plus qu'ils ne l'augmentent le risque d'actes sexuels non consentus. Le partenaire conscient, une fois informé explicitement, risque la poursuite et la condamnation s'il transgresse involontairement le consentement de l'autre. Si la croyance de l'accusé au consentement était sincère, *mais déraisonnable*, il sera déclaré coupable d'agression sexuelle.

[138] En accordant une valeur déterminante à son consentement réel et subjectif, les règles de droit favorisent l'autonomie sexuelle de la plaignante. Par ailleurs, en restreignant la possibilité d'invoquer la défense de croyance sincère, mais erronée, au consentement lorsque le plaignant *n'a pas* consenti, elles assurent l'infliction de sanctions

parties. As counsel for the respondent put it to us in oral argument, “if the law is going to treat these situations harshly, it should treat them harshly when people get it wrong, not when people get it right” (transcript, at pp. 57-58 (emphasis added)).

[139] Finally, the Crown submits that recognizing the legal validity of advance consent to unconscious sexual touching will create a defence that will be difficult to disprove beyond a reasonable doubt. While refusing to invalidate prior consent may pose some evidentiary difficulties for the Crown, I do not find this argument to be dispositive.

[140] First, in order to secure a conviction for sexual assault, the Crown must prove the sexual conduct alleged — an essential element of the offence. If it can prove the sexual act (by way of forensic evidence or an admission or confession, for example), then it will necessarily be able to prove, through the evidence of the complainant, the required absence of consent to that conduct.

[141] Second, the answer to an apprehended *evidentiary* problem does not lie in an unwarranted extension of the *substantive* law. If Parliament thinks it necessary to address the evidentiary concern, it may do so by more appropriate means. For example, it can satisfy that perceived need by enacting an evidential presumption of non-consent in favour of the Crown where it has proved that the accused engaged in sexual contact with an unconscious person.

[142] This is the approach taken in the United Kingdom. Section 75 of the *Sexual Offences Act 2003* (U.K.), 2003, c. 42, creates a rebuttable presumption of non-consent where “the complainant was asleep or otherwise unconscious” (s. 75(2)(d)). The same presumption is made applicable to other specified situations.

criminelles à ceux qui exploitent des personnes vulnérables. Pour reprendre les paroles de l’avocat de l’intimé à l’audience : [TRADUCTION] « . . . si la loi doit être sévère en pareil cas, elle doit être sévère envers ceux qui ont mal compris, pas envers ceux qui ont bien compris » (transcription, p. 57-58 (je souligne)).

[139] Enfin, le ministère public fait valoir que reconnaître la validité en droit du consentement donné à l’avance à un contact sexuel qui aura lieu pendant une période d’inconscience aura pour effet d’établir un moyen de défense difficile à réfuter hors de tout doute raisonnable. Certes, il se peut que le refus d’invalider le consentement donné à l’avance cause des difficultés au ministère public sur le plan de la preuve, mais cet argument n’est pas déterminant, à mon avis.

[140] Premièrement, pour obtenir une déclaration de culpabilité pour agression sexuelle, le ministère public doit prouver l’acte sexuel reproché — un élément essentiel de l’infraction. S’il peut le faire (par exemple, grâce à la preuve médico-légale, à des aveux ou à une confession), il sera forcément en mesure de prouver, à l’aide du témoignage du plaignant, l’absence requise de consentement à l’acte.

[141] Deuxièmement, la solution à un problème de *preuve* appréhendé ne réside pas dans l’extension injustifiée du droit *substantiel*. Si le législateur juge nécessaire d’intervenir sur la question de la preuve, il dispose de moyens plus judicieux de le faire. Par exemple, il peut répondre à ces appréhensions en créant une présomption de non-consentement en faveur de la poursuite lorsqu’il est prouvé que l’accusé a eu des contacts sexuels avec une personne inconsciente.

[142] C’est l’avenue qu’a empruntée le Royaume-Uni. L’article 75 de la *Sexual Offences Act 2003* (R.-U.), 2003, ch. 42, crée une présomption rébuttable de non-consentement dans les cas où [TRADUCTION] « le plaignant dort ou se trouve inconscient pour tout autre motif » (art. 75(2)d)). La même présomption joue dans d’autres situations énumérées.

[143] One commentator has argued that “[t]he imposition of an evidential presumption in these circumstances is not unreasonable”, because “consent is unlikely to be present and it seems fair rebuttably to presume that it was not”. Conversely, he argues that “a conclusive presumption about the absence of consent” where the complainant is asleep or unconscious “would have been Draconian” (see R. Card, *Sexual Offences: The New Law* (2004), at pp. 43 and 44; see also the United Kingdom House of Commons, Home Affairs Committee, *Sexual Offences Bill: Fifth Report of Session 2002-03*, HC 639 (2003), at para. 31).

[144] In any event, it is not unduly onerous to require the Crown to disprove advance consent beyond a reasonable doubt. In most cases, this will be established through the complainant’s testimony. The Crown points to *R. v. Ashlee*, 2006 ABCA 244, 61 Alta. L.R. (4th) 226, as an example of a case in which an unjust acquittal would have been entered because the complainant was not available to testify. In my view, the tactical burden on the Crown to call the complainant in a sexual assault case in order to prove the absence of subjective consent (a fact uniquely known to the complainant) should not be easily displaced. Moreover, *Ashlee* does not support the Crown’s submission at all since there was no need in that case to rely on the vitiation of consent doctrine that is said here to be necessary: the absence of consent was evident from the circumstances and a conviction ensued despite the complainant’s absence.

VII

[145] For all of these reasons, I would affirm the judgment of the Court of Appeal and dismiss the present appeal to this Court.

Appeal allowed, BINNIE, LEBEL and FISH JJ. dissenting.

Solicitor for the appellant: Attorney General of Ontario, Toronto.

[143] D’après un commentateur, [TRADUCTION] « [l’]imposition d’une présomption en pareilles circonstances n’est pas déraisonnable », car « il est peu probable qu’il y ait consentement et il semble juste d’en présumer l’absence, jusqu’à preuve du contraire ». En revanche, selon lui, « une présomption irréfragable d’absence de consentement » dans le cas d’un plaignant endormi ou inconscient « aurait constitué une mesure draconienne » (voir R. Card, *Sexual Offences: The New Law* (2004), p. 43 et 44; voir également Royaume-Uni, Chambre des communes, Home Affairs Committee, *Sexual Offences Bill: Fifth Report of Session 2002-03*, HC 639 (2003), par. 31).

[144] Quoi qu’il en soit, il n’est pas exagérément contraignant d’obliger le ministère public à réfuter hors de tout doute raisonnable l’obtention d’un consentement à l’avance. Dans la plupart des cas, il y parviendra grâce au témoignage du plaignant. Le ministère public invoque à titre d’exemple l’affaire *R. c. Ashlee*, 2006 ABCA 244, 61 Alta. L.R. (4th) 226, qui aurait pu se solder par un acquittement injustifié parce que la plaignante ne pouvait pas témoigner. À mon avis, le ministère public ne saurait être déchargé à la légère du fardeau tactique d’appeler le plaignant à témoigner dans une affaire d’agression sexuelle pour prouver l’absence de consentement (un fait de lui seul connu). En outre, l’affaire *Ashlee* n’était pas du tout la thèse du ministère public puisqu’il n’était pas nécessaire dans cette affaire, comme cela serait censément indispensable en l’espèce, d’avoir recours à la doctrine du vice de consentement : l’absence de consentement ressortait nettement des circonstances et l’accusé a été déclaré coupable, même si la plaignante n’a pas témoigné.

VII

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

Pourvoi accueilli, les juges BINNIE, LEBEL et FISH sont dissidents.

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

Solicitors for the respondent: Webber Schroeder Goldstein Abergel, Ottawa.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Canada: Attorney General of Canada, Halifax.

Solicitor for the intervener the Women's Legal Education and Action Fund: Women's Legal Education and Action Fund, Toronto.

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

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

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