

Numéro du dossier : 37769

COUR SUPRÊME DU CANADA

**(EN APPEL D'UN JUGEMENT DE LA COUR D'APPEL
DE L'ALBERTA)**

ENTRE :

BRADLEY BARTON
APPELANT (Appelant)

ET :

SA MAJESTÉ LA REINE
INTIMÉE (Intimée)

ET :

**DIRECTEUR DES POURSUITES CRIMINELLES ET
PÉNALES DU QUÉBEC**
PROCUREUR GÉNÉRAL DU CANADA
PROCUREUR GÉNÉRAL DE L'ONTARIO
PROCUREUR GÉNÉRAL DE LA COLOMBIE-BRITANNIQUE
PROCUREUR GÉNÉRAL DU MANITOBA
VANCOUVER RAPE RELIEF SOCIETY
**LA CONCERTATION DES LUTTES CONTRE
L'EXPLOITATION SEXUELLE (LA CLES), AWCEP ASIAN
WOMEN FOR EQUALITY SOCIETY, ABORIGINAL
WOMEN'S ACTION NETWORK (AWAN), FORMERLY
EXPLOITED VOICES NOW EDUCATING (EVE) AND
CEASE : CENTRE TO END ALL SEXUAL EXPLOITATION
(CEASE)**
ASSEMBLÉE DES PREMIÈRES NATIONS

AD IDEM / CANADIAN MEDIA LAWYERS ASSOCIATION
THE WOMEN OF THE MÉTIS NATION / LES FEMMES
MICHIF OTIPEMISIWAK
ENQUÊTE NATIONALE SUR LES FEMMES ET LES FILLES
AUTOCHTONES DISPARUES ET ASSASSINÉES
INDEPENDENT CRIMINAL DEFENCE ADVOCACY
SOCIETY
CRIMINAL LAWYERS' ASSOCIATION OF ONTARIO
INSTITUTE FOR THE ADVANCEMENT OF ABORIGINAL
WOMEN
FONDS D'ACTION ET D'ÉDUCATION JURIDIQUES POUR
LES FEMMES
DAVID ASPER CENTRE FOR CONSTITUTIONAL RIGHTS
ABORIGINAL LEGAL SERVICES
CRIMINAL TRIAL LAWYERS' ASSOCIATION (ALBERTA)
INTERVENANTS

MÉMOIRE DE L'INTERVENANT
DIRECTEUR DES POURSUITES CRIMINELLES ET PÉNALES
(Règles 37 et 42 des Règles de la Cour suprême du Canada)

M^e Andrej Skoko

Procureur aux poursuites criminelles et pénales
Directeur des poursuites criminelles et pénales
Complexe Jules-Dallaire
2828, boulevard Laurier, Tour 1, bureau 500
Québec (Québec) G1B 0B9

Téléphone : 418 643-9059, poste 21404
Télécopieur : 418 644-3428
Courriel : andrej.skoko@dpcp.gouv.qc.ca

Procureur de l'intervenant
Directeur des poursuites criminelles et pénales

M^e Sandra Bonanno

Procureure aux poursuites criminelles et pénales
Directeur des poursuites criminelles et pénales
Palais de justice de Gatineau
17, rue Laurier, bureau 1.230
Gatineau (Québec) J8X 4C1

Téléphone : 819 776-8111, poste 60446
Télécopieur : 819 772-3986
Courriel : sandra.bonanno@dpcp.gouv.qc.ca

Correspondante de l'intervenant
Directeur des poursuites criminelles et pénales

M^e Dino Bottos
M^e Peter Sankoff

Bottos Law Group
10226 – 104 Street NW, 4th floor
Edmonton (Alberta) T5J 1B8

Téléphone : 780 421-7001
Télécopieur : 780 421-7031
Courriel : dbottos@bottoslaw.ca

Procureurs de l'appelant
Bradley Barton

M^e Johanne B. Dartana
M^e Christine Rideout

Department of Justice
Crown Prosecution service, Appeal Branch
9833 – 109, Street NW, 3th floor
Edmonton (Alberta) T5K 2E8

Téléphone : 780 422-5402
Télécopieur : 780 422-1106
Courriel : joanne.dartana@gov.ab.ca

Procureures de l'intimée
Sa Majesté la Reine

M^e Renée Lagimodière
M^e Jennifer Mann

Attorney General of Manitoba
510 – 405, Broadway
Winnipeg (Manitoba) R3C 3L6

Téléphone : 204 945-5778
Télécopieur : 204 945-1260
Courriel : renee.lagimodiere2@gov.mb.ca

Procureures de l'intervenant
Procureur général du Manitoba

M^e Eugene Meehan, Q.C.

Supreme Advocacy LLP
100 – 340, Gilmour Street
Ottawa (Ontario) K2P 0R3

Téléphone : 613 695-8855, poste 101
Télécopieur : 613 695-8580
Courriel : emeehan@supremeadvocacy.ca

Correspondante de l'appelant
Bradley Barton

M^e D. Lynne Watt

Gowling WLG (Canada) LLP
160, Elgin Street, suite 2600
Ottawa (Ontario) K1P 1C3

Téléphone : 613 786-8695
Télécopieur : 613 788-3509
Courriel : lynne.watt@gowlingwlg.com

Correspondante de l'intimée
Sa Majesté la Reine

M^e D. Lynne Watt

Gowling WLG (Canada) LLP
160, Elgin Street, suite 2600
Ottawa (Ontario) K1P 1C3

Téléphone : 613 786-8695
Télécopieur : 613 788-3509
Courriel : lynne.watt@gowlingwlg.com

Correspondante de l'intervenant
Procureur général du Manitoba

**M^e Gwendoline Allison
M^e Janine Benedet**

Foy Allison Law Group
207 – 2438, Marine Drive
West Vancouver (Colombie-Britannique) V7V 1L2

Téléphone: 604 922-9282
Télécopieur: 604 922-9283
Courriel: gwendoline.allison@foyalison.com

Procureures de l'intervenant
Vancouver Rape Relief Society

**M^e Gwendoline Allison
M^e Janine Benedet**

Foy Allison Law Group
207 – 2438, Marine Drive
West Vancouver (Colombie-Britannique) V7V 1L2

Téléphone: 604 922-9282
Télécopieur: 604 922-9283
Courriel: gwendoline.allison@foyalison.com

Procureures de l'intervenant
La Concertation des luttes contre l'exploitation
sexuelle (La CLES), AWCEP Asian Women for
Equality Society, Aboriginal Women's Action
Network (AWAN), Formerly Exploited Voices Now
Educating (EVE) and CEASE: Centre to End All
Sexual Exploitation (CEASE)

**M^e Stuart Wuttke
M^e Julie McGregor**

Assembly of First Nations
55, Metcalfe Street, suite 1600
Ottawa (Ontario) K1P 6L5

Téléphone : 613 241-6789, poste 228
Télécopieur : 613 241-5808
Courriel : swuttke@afn.ca

Procureurs de l'intervenant
Assemblée des Premières Nations

M^e Alberto Polizogopoulos

Vincent Dagenais Gibson LLP
260, Dalhousie Street, suite 400
Ottawa (Ontario) K1N 7E4

Téléphone: 613-241-2701
Télécopieur: 613 241-2599
Courriel: albertos@vdg.ca

Correspondant de l'intervenant
Vancouver Rape Relief Society

M^e Alberto Polizogopoulos

Vincent Dagenais Gibson LLP
260, Dalhousie Street, suite 400
Ottawa (Ontario) K1N 7E4

Téléphone: 613-241-2701
Télécopieur: 613 241-2599
Courriel: albertos@vdg.ca

Correspondant de l'intervenant
La Concertation des luttes contre l'exploitation
sexuelle (La CLES), AWCEP Asian Women for
Equality Society, Aboriginal Women's Action
Network (AWAN), Formerly Exploited Voices Now
Educating (EVE) and CEASE: Centre to End All
Sexual Exploitation (CEASE)

M^e Moira Dillon

Supreme Law Group
900 – 275, Slater Street
Ottawa (Ontario) K1P 5H9

Téléphone : 613 691-1224
Télécopieur : 613 691-1338
Courriel : mdillon@supremelawgroup.ca

Correspondante de l'intervenant
Assemblée des Premières Nations

M^e Christopher Rupar

Department of Justice
50, O'Connor Street, suite 500
Ottawa (Ontario) K1A 0H8

Téléphone : 613 670-6290
Télécopieur : 613 954-1920
Courriel : christopher.rupar@justice.gc.ca

Procureur de l'intervenant
Procureur général du Canada

M^e Christian Leblanc**M^e Tess Layton**

Fasken Martineau DuMoulin LLP
800, Place Victoria, bureau 3700, C.P. 242
Montréal (Québec) H4Z1E9

Téléphone : 514 397-7545
Télécopieur : 514 397-7600
Courriel : cleblanc@fasken.com

Procureurs de l'intervenant
Ad Idem / Canadian Media Lawyers Association

M^e Jean Teillet

Jean Teillet Personal Law Corporation
861, East 11th Avenue
Vancouver (Colombie-Britannique) V5T 3E7

Téléphone : 604 787-3978
Télécopieur : 416 916-3726
Courriel : jteillet@pstlaw.ca

Procureur de l'intervenant
The Women of the Métis Nation / Les Femmes
Michif Otipemisiwak

M^e Christa BigCanoe

National Inquiry Missing and Murdered
Indigenous Women and Girls
500 – 1138, Melville Street
Vancouver (Colombie-Britannique) V6E 4S3

Téléphone : 416 268-4133
Télécopieur : 604 775-5009
Courriel : c.bigcanoe@mniwg-ffada.ca

M^e Robert J. Frater Q.C.

Attorney General of Canada
50, O'Connor Street, suite 500, room 556
Ottawa (Ontario) K1P 6L2

Téléphone : 613 670-6289
Télécopieur : 613 954-1920
Courriel : robert.frater@justice.gc.ca

Correspondant de l'intervenant
Procureur général du Canada

M^e Sophie Arseneault

Fasken Martineau DuMoulin LLP
55, rue Metcalfe, bureau 1300
Ottawa (Ontario) K1P 6L5

Téléphone : 613 236-3882
Télécopieur : 613 230-6423
Courriel : sarseneault@fasken.com

Correspondante de l'intervenant
Ad Idem / Canadian Media Lawyers Association

M^e Michael J. Sobkin

331, Somerset Street West
Ottawa (Ontario) K2P 0J8

Téléphone : 613 1712
Télécopieur : 613 288-2896
Courriel : msobkin@sympatico.ca

Correspondant de l'intervenant
The Women of the Métis Nation / Les Femmes
Michif Otipemisiwak

M^e Meredith Porter

National Inquiry Missing and Murdered Indigenous
Women and Girls
300 – 222, Queen Street
Ottawa (Ontario) K1P 5V9

Téléphone : 613 222-5951
Télécopieur : 613 943-5760
Courriel : m.porter@mniwg-ffada.ca

Procureure de l'intervenant
Enquête nationale sur les femmes et les filles
autochtones disparues et assassinées

M^e Daniel J. Song
M^e Matthew A. Nathanson
Sprake Song & Konye
1720 – 355, Burrard Street
Vancouver (Colombie-Britannique) V6C 2G8

Téléphone : 604 669-7447
Télécopieur : 604 687-7089
Courriel : djsong@sprakesongkonye.com

Procureurs de l'intervenant
Independent Criminal Defence Advocacy Society

M^e Lesley A. Ruzicka
Attorney General of British Columbia
940, Blanshard Street, 3rd floor
Vancouver (Colombie-Britannique) V8W 3E6

Téléphone : 250 387-4218
Télécopieur : 250 387-4262
Courriel : lesley.ruzicka@gov.bc.ca

Procureure de l'intervenant
Procureur général de la Colombie-Britannique

M^e Megan Savard
M^e Samara Sexter
Addario Law Group
171, John Street, suite 101
Toronto (Ontario) M5T 1X3

Téléphone : 416 979-6446
Télécopieur : 866 714-1196
Courriel : msavard@addario.ca

Procureures de l'intervenant
Criminal Lawyer's Association of Ontario

Procureure de l'intervenant
Enquête nationale sur les femmes et les filles
autochtones disparues et assassinées

M^e Moira Dillon
Supreme Law Group
900 – 275, Slater Street
Ottawa (Ontario) K1P 5H9

Téléphone : 613 691-1224
Télécopieur : 613 691-1338
Courriel : mdillon@supremelawgroup.ca

Correspondante de l'intervenant
Independent Criminal Defence Advocacy Society

M^e Robert E. Houston Q.C.
Gowling WLG (Canada) LPP
160, Elgin Street, suite 2600
Ottawa (Ontario) K1P 1C3

Téléphone : 613 783-8817
Télécopieur : 613 788-3500
Courriel : robert.houston@gowlingwlg.com

Correspondant de l'intervenant
Procureur général de la Colombie-Britannique

M^e Colleen Bauman
Goldblatt Partners LLP
500 – 30, Metcalfe Street
Ottawa (Ontario) K1P 5L4

Téléphone : 613 482-2463
Télécopieur : 613 235-3041
Courriel : cbauman@goldblattpartners.com

Correspondante de l'intervenant
Criminal Lawyer's Association of Ontario

M^e Lisa Weber
M^e Shaun O'Brien
Weber Law
10209 – 97 Street, suite 300
Edmonton (Alberta) T5J 0L6

Téléphone : 780 758-6265
Télécopieur : 780 429-2615
Courriel : lisa@weberlaw.ca

Procureurs de l'intervenant
Institute for the Advancement of Aboriginal Women

M^e Lisa Weber
M^e Shaun O'Brien
Weber Law
10209 – 97 Street, suite 300
Edmonton (Alberta) T5J 0L6

Téléphone : 780 758-6265
Télécopieur : 780 429-2615
Courriel : lisa@weberlaw.ca

Procureurs de l'intervenant
Fonds d'action et d'éducation juridiques pour les femmes

M^e Cheryl Milne
University of Toronto
39, Queen's Park Cres. East
Toronto (Ontario) M5S 2C3

Téléphone : 416 978-0092
Télécopieur : 416 978-8894
Courriel : cheryl.milne@utoronto.ca

Procureure de l'intervenant
David Asper Center for Constitutional Rights

M^e Christine Bartlett-Hughes
M^e Benita Wassenaar
M^e Jessica Wolfe
Attorney General of Ontario
Crown Law Office - Criminal
720, Bay Street, 10th floor

M^e Nadia Effendi
Borden Ladner Gervais LPP
World Exchange Plaza
100, Queen Street, suite 1300
Ottawa (Ontario) K1P 1J9

Téléphone : 613 237-5160
Télécopieur : 613 230-8842
Courriel : neffendi@blg.com

Correspondante de l'intervenant
Institute for the Advancement of Aboriginal Women

M^e Nadia Effendi
Borden Ladner Gervais LPP
World Exchange Plaza
100, Queen Street, suite 1300
Ottawa (Ontario) K1P 1J9

Téléphone : 613 237-5160
Télécopieur : 613 230-8842
Courriel : neffendi@blg.com

Correspondante de l'intervenant
Fonds d'action et d'éducation juridiques pour les femmes

M^e Matthew J. Halpin
Norton Rose Fulbright Canada LLP
45, O'Connor Street, suite 1500
Ottawa (Ontario) K1P 1A4

Téléphone : 613 780-8654
Télécopieur : 613 230-5459
Courriel : matthew.halpin@nortonrosefulbright.com

Correspondant de l'intervenant
David Asper Center for Constitutional Rights

M^e Nadia Effendi
Borden Ladner Gervais LPP
World Exchange Plaza
100, Queen Street, suite 1300
Ottawa (Ontario) K1P 1J9

Toronto (Ontario) M7A 2S9

Téléphone : 416 326-2351
Télécopieur : 416 326-4656
Courriel : christine.bartletthughes@ontario.ca

Procureures de l'intervenant
Procureur général de l'Ontario

M^e Emily Hill
M^e Jonathan Rudin
Aboriginal Legal Services
211, Yonge Street, suite 500
Toronto (Ontario) M5B 1M4

Téléphone : 416 408-4041, poste 224
Télécopieur : 416 408-1568
Courriel : e_hill@lao.on.ca

Procureurs de l'intervenant
Aboriginal Legal Services

M^e Nathan J. Whitling
M^e Aloneissi O'Neil
Hurley O'Keeffe Millsap
300, MacLean Block
Edmonton (Alberta) T5J 1J3

Téléphone : 780 421-4766
Télécopieur : 780 429-0346
Courriel : whitling@libertylaw.ca

Procureurs de l'intervenant
Criminal Trial Lawyer's Association (Alberta)

Téléphone : 613 237-5160
Télécopieur : 613 230-8842
Courriel : neffendi@blq.com

Correspondante de l'intervenant
Procureur général de l'Ontario

M^e Nadia Effendi
Borden Ladner Gervais LPP
World Exchange Plaza
100, Queen Street, suite 1300
Ottawa (Ontario) K1P 1J9

Téléphone : 613 237-5160
Télécopieur : 613 230-8842
Courriel : neffendi@blq.com

Correspondante de l'intervenant
Aboriginal Legal Services

M^e Marie-France Major
Supreme Advocacy LLP
100 – 340, Gilmour Street
Ottawa (Ontario) K2P 0R3

Téléphone : 613 695-8855, poste 102
Télécopieur : 613 695-8580
Courriel : mfmajor@supremeadvocacy.ca

Correspondante de l'intervenant
Criminal Trial Lawyer's Association (Alberta)

	<u>Page</u>
PARTIE I EXPOSÉ CONCIS DE LA POSITION	1
PARTIE II QUESTIONS EN LITIGE	2
PARTIE III ARGUMENTS	2
1) Considérations théoriques	4
2) L'état du droit : les problèmes soulevés par les étapes 4) et 5) du test de <i>R. v. Zhao</i>	5
2.1. La confusion entre le degré d'intention de l'accusé et la validité du consentement de la victime.....	6
2.2. L'incertitude sur l'acceptation de la jurisprudence ontarienne dans les autres juridictions canadiennes.	8
2.3 La disparition des différences de principe entre le consentement en matière sexuelle et les autres formes de consentement.....	8
3) Test permettant d'établir l'intérêt public à partir de chaque cas d'espèce.	9
PARTIE IV ET V DÉPENS ET ORDONNANCE	10
PARTIE VI TABLE ALPHABÉTIQUE DES SOURCES	11

PARTIE I – EXPOSÉ CONCIS DE LA POSITION

1. Le consentement est une notion fondamentale du droit criminel canadien. Soulevé à titre de défense dans le cadre de lésions corporelles subies dans un contexte sexuel, il déclenche l'application d'intérêts profonds et parfois divergents qui concernent notamment l'autonomie personnelle, la dignité humaine, la tolérance à l'endroit de la diversité sexuelle d'une part, et le besoin de protéger la vie, la sécurité et l'intégrité physique et psychologique des personnes impliquées d'autre part.
2. La jurisprudence, celle de la Cour d'appel de l'Ontario notamment, cherche à établir un équilibre entre ces valeurs en recourant aux principes de *R. c. Jobidon* et *R. c. Paice*, subordonnant la validité du consentement sexuel de la victime au degré de l'intention de l'accusé. Ainsi, les règles de *R. v. Zhao* disposent que le consentement de la victime ne constitue pas une défense lorsque les lésions corporelles sont infligées par l'utilisation intentionnelle d'une force appliquée dans un contexte sexuel, et que l'accusé possède l'intention de provoquer des lésions corporelles. En l'absence de cette intention spécifique, la condamnation est subordonnée à la preuve de l'absence de consentement de la victime.
3. Une approche exclusivement axée sur l'état d'esprit de l'accusé ne tient pas compte de la complexité des intérêts en jeu ni du caractère fondamental de la notion de consentement. De plus, elle opère un amalgame entre les notions de *mens rea* et d'*actus reus*. De même, une telle approche s'inscrit dans la lignée plus générale des principes de *R. c. Jobidon* sans opérer les distinctions nécessaires entre les intérêts multiples et complexes qui distinguent les activités sexuelles des bagarres de rue.
4. Nous proposons un test plus nuancé, qui s'inscrit dans le cadre de l'analyse générale de *R. v. Zhao*, permettant l'examen non exhaustif de : 1) la nature de la relation sexuelle et le degré de risque qu'elle présente au regard des lésions corporelles; 2) la nature des lésions corporelles subies par la victime; 3) les mesures prises par les parties pour réduire les risques de lésions corporelles; 4) la nature de la relation entre les parties.

5. L'intervenant ne formule aucun commentaire sur les faits de l'espèce.

PARTIE II – QUESTION EN LITIGE

6. Parmi les 5 questions soumises à cette Cour par l'appelant, le Directeur des poursuites criminelles et pénales¹ compte intervenir sur la dernière seulement : « *Was the offence of unlawful act manslaughter properly explained to the jury?* ».
7. L'unique objet de la présente intervention concerne la notion de validité du consentement à subir une force infligeant des lésions corporelles dans un contexte sexuel. L'intervenant soumet qu'à partir du cadre déjà établi par cette Cour et la Cour d'appel de l'Ontario, un test complet et adapté au contexte de chaque cas d'espèce, proposé plus loin, pourrait s'intégrer dans les paramètres figurant déjà dans la jurisprudence, tout en apportant les nuances requises à l'équilibre entre différents intérêts en jeu.

PARTIE III – ARGUMENTS

8. Le jugement *R. v. Welch*² illustre les intérêts multiformes déclenchés par le consentement d'une personne à l'application d'une force qui provoque des lésions corporelles dans un contexte sexuel. La Cour d'appel de l'Ontario y rappelle que la jurisprudence américaine³ et britannique⁴ a traditionnellement adopté une position visant à protéger la vie, la santé et la sécurité des citoyens, voire la morale publique. À l'inverse de ces intérêts, le droit communautaire européen semble plutôt favorable à une position appuyée sur l'autonomie personnelle, qui peut s'entendre du droit, pour une personne, d'entreprendre des activités sexuelles dommageables ou dangereuses pour

¹ Ci-après le « DPCP ».

² *R. v. Welch*, [1995] O.J. No. 2859, paragr. 87.

³ *State v. Collier*, 372 N.W. 2d 303 (Iowa App., 1985). Pour une conclusion analogue, voir aussi *State v. Brown*, 364 A. 2d 27 (N.J.S.C., 1976).

⁴ *R. v. Brown* [1994] 1 A.C. 212. Pour une conclusion analogue, voir aussi *R. v. Donovan*, [1934] 2 K.B., 498 et *R. v. Boyea*, (1992) 156 J.P. 505; *The Law Commission, Criminal Law, Consent in the criminal law, A consultation Paper*, Consultation Paper n° 139, United Kingdom, 1995, p. 2.

elle⁵, et ce, en vertu de l'article 8 de la *Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales*⁶. De façon plus récente, des développements pratiques et théoriques insistent, dans le cadre de certaines juridictions nationales et internationales, sur l'importance de la protection de la dignité humaine⁷. Bien que cette notion soit suffisamment riche de sens pour soutenir différents points de vue, elle semble surtout être utilisée «pour limiter la liberté sexuelle et non pas pour la garantir»⁸. Enfin, des auteurs de doctrine insistent sur la nécessité de faire preuve de tolérance et de non-discrimination à l'endroit des manifestations de diversité sexuelle⁹.

9. Au Canada, la question de la validité du consentement à subir une force qui provoque des lésions corporelles dans un contexte sexuel est antérieure¹⁰ à l'arrêt *R. c. Jobidon*, où elle a été mentionnée, sans être tranchée¹¹. Réduit à sa plus simple expression, l'arrêt *R. c. Jobidon* dispose qu'il existe des limites d'intérêt public à une conduite provoquant des lésions corporelles auxquelles une personne peut valablement consentir. En clair, la validité du consentement est conditionnelle à une conduite de l'accusé généralement approuvée par la société¹². En matière sexuelle, les considérations théoriques (1) et l'état actuel du droit (2) militent en faveur d'un test permettant d'identifier l'approbation sociale du geste à partir des faits de chaque cas d'espèce, et non à partir de considérations théoriques (3).

⁵ *Pretty c. Royaume-Uni*, Affaire n° 2346/02, Arrêt de la Cour européenne des Droits de l'Homme, 29 avril 2002; *Affaire K.A. et A.D. c. Belgique*, Affaires n° 42758/98 et 45558/99, Arrêt de la Cour européenne des Droits de l'Homme, 17 février 2005.

⁶ *Convention de sauvegarde des Droits de l'homme et des Libertés fondamentales*, 4 novembre 1950, S.T.E. n° 5 (entrée en vigueur le 3 septembre 1953) [Convention européenne des droits de l'homme], article 8.

⁷ Daniel BORRILLO, *Le droit des sexualités*, coll. « Les voies du droit », France, Presse universitaire de France, 2009, p. 30.

⁸ *Id.*, p. 30.

⁹ David M. TANOVIČ, « Criminalizing Sex At The Margins », (2010), vol.74 *Criminal Report* (6th) 86, p. 91 et 92.

¹⁰ *R. c. Jobidon*, [1991] 2 S.C.R. 714, paragr. 38.

¹¹ *Id.*, paragr. 38.

¹² *R. v. Welch*, précité, note 2, paragr. 87.

1. Considérations théoriques

10. Comme il sera suggéré dans les lignes qui suivent, le consentement sexuel à subir une force infligeant des lésions sexuelles est valide lorsqu'il correspond à un équilibre entre les intérêts qui d'une part protègent les choix sexuels et qui, d'autre part, permettent une pleine application des principes du droit criminel. Cependant, toute identification d'un tel équilibre à partir d'une prémisse théorique expose le droit canadien aux dilemmes apparents dans le droit américain et britannique d'une part et le droit communautaire européen d'autre part.
11. Les droits à la liberté et à l'autonomie individuelle dans la sphère sexuelle sont reconnus dans *R. v. Welch*¹³ où est cependant rejetée la légalité des relations sexuelles au cours desquelles la douleur, délibérément imposée à une autre personne, inflige à cette dernière des lésions corporelles¹⁴. De même, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a jugé qu'une relation sexuelle consentante possède par définition une valeur sociale qui la distingue des situations visées par *R. c. Jobidon*¹⁵. Cette conclusion a aussi été avancée par la Cour d'appel de l'Ontario dans *R. c. Zhao*¹⁶. Enfin, cette Cour a reconnu, dans un contexte différent de celui des relations sexuelles consentantes, le droit à l'autonomie personnelle au regard de l'utilisation de son corps¹⁷.
12. Par effet de contraste, un certain courant prend la position opposée, en contestant aussi bien la valeur sociale des relations sexuelles que la notion même de consentement¹⁸. De plus, la sécurité de chacun demeure l'un des objectifs fondamentaux du droit criminel, qui cherche historiquement à protéger la vie humaine¹⁹. De façon plus

¹³ *R. v. Welch*, précité, note 2, paragr. 88.

¹⁴ *Id.*, paragr. 88.

¹⁵ *R. c. Cuerrier*, [1996] B.C.J. No. 2229, paragr. 83.

¹⁶ *R. v. Zhao*, [2013] O.J. N° 2010, paragr. 79.

¹⁷ *Rodriguez c. Colombie-Britannique*, [1993] 3 R.C.S. 519.

¹⁸ Carole PATEMAN, «Women and Consent», *Political Theory*, Mai 1980, vol. 8, n° 2, p. 149-168; Robin MORGAN et Catherine MACKINNON, *Going Too Far : The Personal Chronicle of a Feminist et Toward a Feminist Theory of the State*, cité par Robin West dans *Sex, Law and Consent*, Georgetown University Law Center, 2008.

¹⁹ Renvoi relatif à la Loi sur la procréation assistée, [2010] 3 R.C.S. 457, paragr. 58.

particulière, la protection contre les lésions corporelles demeure au centre des préoccupations de l'État²⁰.

13. Bien que ces notions théoriques puissent servir de guide utile aux tribunaux, le rôle dévolu à ces derniers ne se limite pas à un choix abstrait entre ces thèses juridiques²¹. De plus, opérer un tel choix en l'absence d'une situation concrète supprime la perspective suivant laquelle chacun de ces principes est une affaire de degré, notamment au regard du principe de l'autonomie²². Enfin, la jurisprudence mentionnée plus haut fait état d'une recherche d'équilibre, plutôt que de la nécessité de faire un choix tranché entre les différents intérêts en jeu, et ce, à partir du cadre établi dans *R. c. Jobidon*.

2. L'état du droit : les problèmes soulevés par les étapes 4) et 5) du test de *R. v. Zhao*.

14. La jurisprudence de la Cour d'appel de l'Ontario rend la validité du consentement sexuel conditionnelle au degré d'intention de l'accusé de provoquer des lésions corporelles. Ceci est illustré par les 2 dernières étapes, alternatives, du test le plus récent, établi dans *R. v. Zhao*. Ce test dispose qu'en matière de lésions corporelles subies dans un contexte sexuel, la défense de consentement est rejetée si le jury est convaincu hors de tout doute raisonnable que 1) l'accusé a intentionnellement appliqué la force à la victime; 2) l'accusé a agi dans un contexte sexuel, en violation de l'intégrité sexuelle de la victime; 3) des lésions corporelles ont été infligées à la victime; 4) l'accusé avait l'intention de provoquer des lésions corporelles, dans lequel cas le consentement n'est pas valide et l'accusé est coupable; ou 5) l'accusé n'avait pas l'intention de provoquer des lésions corporelles, mais la victime n'a pas consenti à l'utilisation intentionnelle de la force par l'accusé²³.

²⁰ Gisèle CÔTÉ-HARPER, Pierre RAINVILLE et Jean TURGEON, *Traité de droit pénal canadien*, 4^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1998, p. 27.

²¹ *R. c. Malmo-Levine*, [2003] 3 R.C.S. 571, paragr. 240 (opinion de la juge Arbour).

²² Benoît LAUZON, *Les Champs légitimes du droit criminel et leur application aux manipulations génétiques transmissibles aux générations futures*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2002, p. 63.

²³ *R. v. Zhao*, précité, note 16, paragr. 107.

15. Tout en adhérant au cadre général de *R. v. Zhao*, les 2 dernières étapes de ce test posent les problèmes suivants au regard de la validité du consentement.

2.1. La confusion entre le degré d'intention de l'accusé et la validité du consentement de la victime.

16. Au gré de ses jugements, la Cour d'appel de l'Ontario a modifié le degré d'intention requis en matière sexuelle au regard des lésions corporelles.

17. *R. v. Welch*, *R. v. Amos*²⁴ et *R. v. Robinson*²⁵ disposent que le consentement sexuel d'une personne n'est pas valide lorsqu'une force intentionnellement appliquée inflige à la victime des lésions corporelles objectivement prévisibles²⁶. La jurisprudence ontarienne a ensuite progressivement adopté une position exigeant l'intention spécifique de provoquer des lésions corporelles²⁷, et ce, à la suite de l'arrêt rendu par cette Cour dans *R. v. Paice*²⁸. Tout en modifiant ainsi le seuil d'intention requis de la part de l'accusé, la Cour d'appel de l'Ontario a continué d'opérer un amalgame entre l'intention de provoquer des lésions corporelles d'une part, et la validité du consentement sexuel d'autre part. Pour les 3 raisons qui suivent, la validité du consentement de la victime ne doit pas être réduite au seul examen de l'intention de l'accusé. D'autres critères doivent compléter cet examen.

18. Premièrement, l'examen proposé par la Cour d'appel de l'Ontario simplifie outre mesure l'interaction complexe des intérêts mentionnés plus haut, qui sous-tendent les relations sexuelles consentantes. En attachant la validité du consentement de la victime à la

²⁴ *R. v. Amos*, [1998 CanLII 2814](#) (ONCA).

²⁵ *R. v. Robinson*, [2001 CanLII 24059](#) (ON CA).

²⁶ *R. v. Welch*, précité, note 2, paragr. 88.

²⁷ *R. v. Quashie*, [2005 CanLII 23208](#) (ON CA), paragr. 57; *R. v. Zhao*, précité, note 16, paragr. 107.

²⁸ *R. c. Paice*, [\[2005\] 1 R.C.S. 339](#).

seule intention de l'accusé, cet examen s'expose à la critique suivant laquelle le droit évacue les nuances et les complexités humaines de la sexualité²⁹.

19. Deuxièmement, le consentement sexuel est réel et subjectif dans l'esprit de la victime au moment de l'activité sexuelle³⁰. Invalider son consentement pour un motif exclusivement lié à l'intention spécifique de l'accusé signifie par définition qu'aux yeux de l'intérêt public, l'état d'esprit de l'accusé prévaut sur celui de la victime. De plus, une telle subordination est incompatible avec la notion même de consentement, qui demeure essentielle pour la dignité et l'autonomie de l'être humain³¹. Enfin, elle n'est pas compatible avec le caractère fondamental de la notion de consentement dans le contexte des voies de fait³², à un point tel que le consentement de la victime fait presque toujours, en matière sexuelle, l'objet d'un débat important³³. Le droit devrait exiger davantage que la preuve de l'état d'esprit de l'accusé avant d'écarter le consentement de la victime.
20. Enfin, le consentement sexuel de la victime fait partie de l'*actus reus* de l'infraction³⁴, alors que l'intention spécifique de l'accusé illustre la *mens rea* requise de la part de l'accusé. Du point de vue du droit positif, aucun de ces 2 éléments d'une infraction n'est plus important que l'autre au regard de l'intérêt public³⁵.

²⁹ Elaine CRAIG, « Re-Interpreting the Criminal Regulation of Sex Work in Light of *R. c. Labaye* », 2008, vol. 1, *Canadian Criminal Law Review*, 327, p. 332; Monica PA, « Beyond the Pleasure Principle: The Criminalization of Consensual Sadomasochistic Sex », 2001, vol. 11, n° 1, *Texas Journal of Women, Gender, and the Law*, p. 51-92.

³⁰ *R. c. J.A.*, [2011] 2 R.C.S. 440, paragr. 23; *R. c. Ewanchuk*, [1999] 1 R.C.S. 330, paragr. 27.

³¹ *R. v. Ewanchuk*, précité, note 30, paragr. 28.

³² *R. c. Jobidon*, précité, note 10, paragr. 28.

³³ *R. c. Park*, [1995] 2 R.C.S. 836, paragr. 16.

³⁴ *R. c. J.A.*, précité, note 30, paragr. 23; *R. c. Park*, précité, note 33, paragr. 15.

³⁵ *R. c. Martineau*, [1990] 2 R.C.S. 633, paragr. 59, opinion dissidente de la juge L'Heureux-Dubé.

2.2. L'incertitude sur l'acceptation de la jurisprudence ontarienne dans les autres juridictions canadiennes.

21. En Colombie-Britannique, la Cour d'appel s'est prononcée sur les directives du juge de première instance fondées sur les principes *R. v. Zhao*, mais seulement après avoir noté que la question de la validité de la règle élaborée dans *R. v. Zhao* et son application aux faits de l'espèce n'était pas soulevée devant la Cour d'appel³⁶. La dissidence a fait une mise en garde similaire dans le jugement albertain *R. v. Threefingers*³⁷, la majorité n'ayant pas étudié la question de la validité du consentement. Dans la présente affaire, la Cour d'appel de l'Alberta s'est interrogée sur la validité des conclusions de *R. v. Zhao* et sur l'opportunité d'intégrer ces conclusions dans le droit de l'Alberta³⁸.

2.3. La disparition des différences de principe entre le consentement en matière sexuelle et les autres formes de consentement

22. La jurisprudence de la Cour d'appel de l'Ontario dispose que les principes gouvernant le consentement en matière sexuelle sont différents de ceux qui ont été énoncés dans *R. c. Jobidon*, la valeur sociale des relations sexuelles étant par nature différente de celle des bagarres de rue³⁹. Pourtant, les principes établis dans *R. v. Zhao* sont, d'après la même jurisprudence, établis à partir du cadre exposé par cette Cour dans *R. c. Jobidon*⁴⁰. Il en résulte que malgré une déclaration de principe visant à reconnaître la spécificité des relations sexuelles, l'état actuel du droit ne permet pas de tenir suffisamment compte des intérêts propres au consentement sexuel de subir une force infligeant à la victime des lésions corporelles.

³⁶ *R. v. Lozano Lopez*, [2015 BCCA 311](#), paragr. 3.

³⁷ *R. v Threefingers*, [2016 ABCA 225](#), paragr. 91.

³⁸ *R. v Barton*, [2017 ABCA 216](#), paragr. 302.

³⁹ *R. c. Zhao*, précité, note 16, paragr. 79.

⁴⁰ *R. v. Nelson*, [2014 ONCA 853](#), paragr. 25.

3. Test permettant d'établir l'intérêt public à partir de chaque cas d'espèce

23. Il résulte de ce qui précède qu'une approche théorique du problème de la validité du consentement sexuel conduit à un débat complexe et incertain, alors que l'approche adoptée par la Cour d'appel de l'Ontario aux étapes 4) et 5) constitue un amalgame indu entre les notions de degré d'intention requis de la part de l'accusé et de validité du consentement de la victime.
24. Quel que soit le degré d'intention établi, le cas échéant, par cette Cour, les étapes 4) et 5) du test de *R. v. Zhao* devraient être modifiées pour permettre une évaluation concrète, mais complète⁴¹, de la validité du consentement, en permettant la mise en balance de différents intérêts en jeu. Un tel test, élaboré par la doctrine⁴², commande des résultats fondés sur les faits⁴³ :
- L'examen de la nature de la relation sexuelle et du degré de risque qu'elle présente au regard des lésions corporelles;
 - La nature des lésions corporelles subies par la victime, étant entendu que toute lésion corporelle qui requiert des soins médicaux ou qui peut provoquer la mort ou des dommages permanents milite contre la validité juridique du consentement⁴⁴;
 - Les mesures prises par les parties pour réduire les risques de lésions corporelles;
 - La nature de la relation entre les parties.
25. Conformément à ce test, les étapes 4) et 5) de *R. v. Zhao* sur l'état d'esprit de l'accusé sont évaluées au regard notamment de l'examen de la nature de la relation sexuelle et du degré de risque qu'elle présente au regard des lésions corporelles. Cependant, l'intention de l'accusé, quelle que soit l'exigence établie, le cas échéant, par cette Cour

⁴¹ Morris MANNING et Peter SANKOFF, *Sexual assault against an adult*, Criminal Law, par. IV - specific offences, Chapter 21 – Sexual offences, paragr. 21.80.

⁴² *Id.*, paragr. 21.80.

⁴³ David M. TANOVIČH, « Criminalizing Sex At The Margins », précité, note 9.

⁴⁴ *Id.*, p. 94.

26. sur cette question, n'est pas l'unique paramètre de la validité du consentement de la victime. Qui plus est, le caractère non exhaustif du test proposé permet d'y ajouter des critères lorsque les circonstances l'exigent.

PARTIES IV ET V – DÉPENS ET ORDONNANCE

27. Aucun argument n'est présenté au regard des dépens.

28. Le tout respectueusement soumis,

Québec, le 11 septembre 2018

(S) M^e Andrej Skoko

M^e Andrej Skoko
Procureur aux poursuites criminelles et pénales
Procureur de l'intervenant
Directeur des poursuites criminelles et pénales

PARTIE VI – TABLE ALPHABÉTIQUE DES SOURCES**Paragraphe****Jurisprudence**

1. *Affaire K.A. et A.D. c. Belgique*, Affaires n° 42758/98 et 45558/99, Arrêt de la Cour européenne des Droits de l'Homme, 17 février 2005 8
2. *Pretty c. Royaume-Uni*, Affaire n° 2346/02, Arrêt de la Cour européenne des Droits de l'Homme, 29 avril 2002..... 8
3. *R. c. Cuerrier*, [\[1996\] B.C.J. No. 2229](#)..... 11
4. *R. c. Ewanchuk*, [\[1999\] 1 R.C.S. 330](#)..... 19
5. *R. c. J.A.*, [\[2011\] 2 R.C.S. 440](#) 19, 20
6. *R. c. Jobidon*, [\[1991\] 2 S.C.R. 714](#) 9, 19
7. *R. c. Malmö-Levine*, [\[2003\] 3 R.C.S. 571](#) 13
8. *R. c. Martineau*, [\[1990\] 2 R.C.S. 633](#)..... 20
9. *R. c. Paice*, [\[2005\] 1 R.C.S. 339](#)..... 17
10. *R. c. Park*, [\[1995\] 2 R.C.S. 836](#) 19, 20
11. *Renvoi relatif à la Loi sur la procréation assistée*, [\[2010\] 3 R.C.S. 457](#) 12
12. *Rodriguez c. Colombie-Britannique*, [\[1993\] 3 R.C.S. 519](#) 11
13. *R. v. Amos*, [1998 CanLII 2814](#) (ONCA)..... 17
14. *R. v. Barton*, [2017 ABCA 216](#)..... 21
15. *R. v. Boyea*, (1992) 156 J.P. 505 8
16. *R. v. Brown* [1994] 1 A.C. 212 8
17. *R. v. Donovan*, [1934] 2 K.B., 498 8
18. *R. v. Lozano Lopez*, [2015 BCCA 311](#)..... 21
19. *R. v. Nelson*, [2014 ONCA 853](#)..... 22
20. *R. v. Quashie*, [2005 CanLII 23208](#) (ON CA) 17
21. *R. v. Robinson*, [2001 CanLII 24059](#) (ON CA) 17
22. *R. v. Threefingers*, [2016 ABCA 225](#) 21
23. *R. v. Welch*, [\[1995\] O.J. No. 2859](#) 8, 9, 11 et 17
24. *R. v. Zhao*, [\[2013\] O.J. N° 2010](#) 11, 14, 17 et 22
25. *State v. Brown*, 364 A. 2d 27 (N.J.S.C., 1976) 8
26. *State v. Collier*, 372 N.W. 2d 303 (Iowa App., 1985) 8

Doctrine

27. Benoit LAUZON, *Les Champs légitimes du droit criminel et leur application aux manipulations génétiques transmissibles aux générations futures*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2002..... 13
28. Carole PATEMAN, «Women and Consent», *Political Theory*, Mai 1980, vol. 8, n°. 212
29. Daniel BORRILLO, *Le droit des sexualités*, coll. « Les voies du droit », France, Presse universitaire de France, 2009 8
30. David M. TANOVICH, « Criminalizing Sex At The Margins », (2010), vol.74 *Criminal Report* (6th) 86 8, 24
31. Elaine CRAIG, « Re-Interpreting the Criminal Regulation of Sex Work in Light of *R. c. Labaye*», 2008, vol. 1, *Canadian Criminal Law Review*, 327..... 18
32. Gisèle CÔTÉ-HARPER, Pierre RAINVILLE et Jean TURGEON, *Traité de droit pénal canadien*, 4^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1998..... 12
33. Monica PA, « Beyond the Pleasure Principle: The Criminalization of Consensual Sadoomasochistic Sex », 2001, vol. 11, n° 1, *Texas Journal of Women, Genre, and the Law*..... 18
34. Morris MANNING et Peter SANKOFF, *Sexual assault against an adult*, *Criminal Law*, par. IV - specific offences, Chapter 21 – Sexual offences, paragr. 21.80. 24
35. Robin MORGAN et Catherine MACKINNON, *Going Too Far : The Personal Chronicle of a Feminist et Toward a Feminist Theory of the State*, cité par Robin West dans *Sex, Law and Consent*, Georgetown UniversityLaw Center, 2008 12
36. *The Law Commission, Criminal Law, Consent in the criminal law, A consultation Paper*, Consultation Paper n° 139, United Kingdom, 1995 8

Législation

37. *Convention de sauvegarde des Droits de l'homme et des Libertés fondamentales*, 4 novembre 1950, S.T.E. n° 5 (entrée en vigueur le 3 septembre 1953) [Convention européenne des droits de l'homme]
- Article 8 [[Français](#)]..... 8