

Her Majesty The Queen *Appellant*

v.

Steve Brian Ewanchuk *Respondent*

and

The Attorney General of Canada, Women's Legal Education and Action Fund ("LEAF"), Disabled Women's Network Canada ("DAWN Canada") and Sexual Assault Centre of Edmonton *Interveners*

INDEXED AS: R. v. EWANCHUK

File No.: 26493.

1998: October 14; 1999: February 25.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ALBERTA

Criminal law — Sexual assault — Consent — Nature of consent — Accused persistently engaging complainant in a series of progressively more intimate sexual advances — Complainant clearly saying no to each advance — Complainant fearful and accused aware of her fear — Whether a sexual assault occurred — Whether defence of "implied consent" exists in Canadian law — Whether trial judge erred in applying that defence — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 265(1), (2), (3), 273.1, 273.2, 686(4).

The complainant, a 17-year-old woman, was interviewed by the accused for a job in his van. She left the van door open as she was hesitant about discussing the job offer in his vehicle. The interview was conducted in a polite, business-like fashion. After the interview, the accused invited the complainant to see some of his work which was in the trailer behind the van. The complainant purposely left the trailer door open but the accused closed it in a way which made the complainant think that he had locked it. There was no evidence whether the door was actually locked. The complainant stated that she became frightened at this point. The accused

Sa Majesté la Reine *Appelante*

c.

Steve Brian Ewanchuk *Intimé*

et

Le procureur général du Canada, le Fonds d'action et d'éducation juridiques pour les femmes («FAEJ»), le Réseau d'action des femmes handicapées du Canada («DAWN Canada») et le Sexual Assault Centre of Edmonton *Intervenants*

RÉPERTORIÉ: R. c. EWANCHUK

N° du greffe: 26493.

1998: 14 octobre; 1999: 25 février.

Présents: Le juge en chef Lamer et les juges L'Heureux-Dubé, Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci, Major, Bastarache et Binnie.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE L'ALBERTA

Droit criminel — Agression sexuelle — Consentement — Nature du consentement — Persistance de l'accusé à faire des avances sexuelles progressivement plus intimes — Refus clairement exprimé par la plaignante à chacune des avances — Crainte éprouvée par la plaignante et connaissance de cette crainte par l'accusé — Y a-t-il eu agression sexuelle? — La défense de «consentement tacite» existe-t-elle en droit canadien? — Le juge du procès a-t-il commis une erreur en appliquant cette défense? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 265(1), (2), (3), 273.1, 273.2, 686(4).

La plaignante, une jeune femme de 17 ans, a eu une entrevue d'emploi avec l'accusé dans la camionnette de ce dernier. Elle a laissé la porte de la camionnette ouverte car elle hésitait à discuter de l'offre d'emploi à l'intérieur du véhicule de l'accusé. L'entrevue s'est déroulée de façon professionnelle et polie. Après l'entrevue, l'accusé a demandé à la plaignante si elle voulait voir des exemples de son travail qui se trouvaient dans la remorque attachée à sa camionnette. La plaignante a intentionnellement laissé la porte de la remorque ouverte derrière elle, mais l'accusé l'a fermée d'une manière qui a fait croire à la plaignante qu'il l'avait fer-

initiated a number of incidents involving touching, each progressively more intimate than the previous, notwithstanding the fact that the complainant plainly said “no” on each occasion. He stopped his advances on each occasion when she said “no” but persisted shortly after with an even more serious advance. Any compliance by the complainant was done out of fear and the conversation that occurred between them clearly indicated that the accused knew that the complainant was afraid and certainly not a willing participant. The trial judge acquitted the accused of sexual assault relying on the defence of implied consent and the Court of Appeal upheld that acquittal. At issue here are whether the trial judge erred in his understanding of consent in sexual assault and whether his conclusion that the defence of “implied consent” exists in Canadian law was correct.

Held: The appeal should be allowed.

Per Lamer C.J. and Cory, Iacobucci, Major, Bastarache and Binnie JJ.: If the trial judge misdirected himself as to the legal meaning or definition of consent, then his conclusion is one of law, and is reviewable. It properly falls to this Court to determine whether the trial judge erred in his understanding of consent in sexual assault, and to determine whether his conclusion that the defence of “implied consent” exists in Canadian law was correct.

A conviction for sexual assault requires proof beyond reasonable doubt of two basic elements, that the accused committed the *actus reus* and that he had the necessary *mens rea*. The *actus reus* of assault is unwanted sexual touching. The *mens rea* is the intention to touch, knowing of, or being reckless of or wilfully blind to, a lack of consent, either by words or actions, from the person being touched.

The *actus reus* of sexual assault is established by the proof of three elements: (i) touching, (ii) the sexual nature of the contact, and (iii) the absence of consent. The first two of these elements are objective. It is sufficient for the Crown to prove that the accused’s actions were voluntary. The Crown need not prove that the accused had any *mens rea* with respect to the sexual

mée à clé. Il n’y a aucune preuve que la porte était réellement fermée à clé. La plaignante a déclaré qu’elle a commencé à avoir peur à ce moment-là. L’accusé a été à l’origine d’un certain nombre d’incidents ayant donné lieu à des attouchements, chacun plus intime que le précédent, malgré le fait que la plaignante ait clairement dit «non» à chaque occasion. Il cessait ses avances chaque fois que la plaignante disait «non», mais recommençait peu de temps après en faisant une avance encore plus grave. Tout acquiescement de la plaignante n’a été que le fruit de la peur, et il ressort clairement de la conversation qu’ils ont eue que l’accusé savait que la plaignante avait peur et qu’elle n’était pas une participante de plein gré. Le juge du procès a acquitté l’accusé d’agression sexuelle en se fondant sur la défense de consentement tacite, et la Cour d’appel a confirmé l’acquiescement. Les questions litigieuses dans le présent pourvoi sont de savoir si le juge du procès a mal compris la notion de consentement en matière d’agression sexuelle et si sa conclusion qu’il existe une défense de «consentement tacite» en droit canadien était juste.

Arrêt: Le pourvoi est accueilli.

Le juge en chef Lamer et les juges Cory, Iacobucci, Major, Bastarache et Binnie: Si le juge du procès s’est donné de mauvaises directives en ce qui concerne le sens ou la définition de consentement en droit, il a alors tiré une conclusion de droit susceptible de révision. Il revient à juste titre à notre Cour de décider si le juge du procès a mal compris la notion de consentement en matière d’agression sexuelle et si sa conclusion qu’il existe une défense de «consentement tacite» en droit canadien était juste.

Pour qu’un accusé soit déclaré coupable d’agression sexuelle, deux éléments fondamentaux doivent être prouvés hors de tout doute raisonnable: qu’il a commis l’*actus reus* et qu’il avait la *mens rea* requise. L’*actus reus* de l’agression consiste en des attouchements sexuels non souhaités. La *mens rea* est l’intention de se livrer à des attouchements sur une personne, tout en sachant que celle-ci n’y consent pas, en raison de ses paroles ou de ses actes, ou encore en faisant montre d’insouciance ou d’aveuglement volontaire à l’égard de cette absence de consentement.

L’*actus reus* de l’agression sexuelle est établi par la preuve de trois éléments: (i) les attouchements, (ii) la nature sexuelle des contacts, (iii) l’absence de consentement. Les deux premiers éléments sont objectifs. Il suffit que le ministère public prouve que les actes de l’accusé étaient volontaires. Le ministère public n’a pas besoin de prouver que l’accusé avait quelque *mens rea*

nature of his behaviour. The absence of consent, however, is purely subjective and determined by reference to the complainant's subjective internal state of mind towards the touching, at the time it occurred. While the complainant's testimony is the only source of direct evidence as to her state of mind, credibility must still be assessed by the trier of fact in light of all the evidence. It is open to the accused to claim that the complainant's words and actions, before and during the incident, raise a reasonable doubt against her assertion that she, in her mind, did not want the sexual touching to take place. If, however, the trial judge believes the complainant that she did not consent, the Crown has discharged its obligation to prove the absence of consent. The accused's perception of the complainant's state of mind is not relevant and only becomes so when a defence of honest but mistaken belief in consent is raised in the *mens rea* stage of the inquiry.

The trier of fact may only come to one of two conclusions: the complainant either consented or did not. There is no third option. If the trier of fact accepts the complainant's testimony that she did not consent, no matter how strongly her conduct may contradict that claim, the absence of consent is established and the third component of the *actus reus* of sexual assault is proven. No defence of implied consent to sexual assault exists in Canadian law. Here, the trial judge accepted the complainant's testimony that she did not want the accused to touch her, but then treated her conduct as raising a reasonable doubt about consent, described by him as "implied consent". This conclusion was an error.

To be legally effective, consent must be freely given. Therefore, even if the complainant consented, or her conduct raises a reasonable doubt about her non-consent, circumstances may arise which call into question what factors prompted her apparent consent. Section 265(3) of the *Criminal Code* enumerates a series of conditions — including submission by reason of force, fear, threats, fraud or the exercise of authority — under which the law will deem an absence of consent in assault cases, notwithstanding the complainant's ostensible consent or participation. In a situation where the trier of fact finds that the complainant did not want to be touched sexually and made her decision to permit or participate in the sexual assault activity as a result of an

pour ce qui est de la nature sexuelle de son comportement. Toutefois, l'absence de consentement est purement 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. Bien que le témoignage de la plaignante soit la seule preuve directe de son état d'esprit, le juge du procès ou le jury doit néanmoins apprécier sa crédibilité à la lumière de l'ensemble de la preuve. Il est loisible à l'accusé de prétendre que les paroles et les actes de la plaignante, avant et pendant l'incident, soulèvent un doute raisonnable quant à l'affirmation de cette dernière selon laquelle, dans son esprit, elle ne voulait pas que les attouchements sexuels aient lieu. Si, toutefois, le juge du procès croit la plaignante lorsqu'elle dit qu'elle n'a pas consenti, le ministère public s'est acquitté de l'obligation qu'il avait de prouver l'absence de consentement. La perception qu'avait l'accusé de l'état d'esprit de la plaignante n'est pas pertinente. Cette perception n'entre en jeu que dans le cas où la défense de croyance sincère mais erronée au consentement est invoquée à l'étape de la *mens rea* de l'enquête.

Le juge des faits ne peut tirer que l'une ou l'autre des deux conclusions suivantes: la plaignante a consenti ou elle n'a pas consenti. Il n'y a pas de troisième possibilité. Si le juge des faits accepte le témoignage de la plaignante qu'elle n'a pas consenti, même si son comportement contredit fortement cette prétention, l'absence de consentement est établie et le troisième élément de l'*actus reus* de l'agression sexuelle est prouvé. Il n'existe pas de défense de consentement tacite en matière d'agression sexuelle en droit canadien. En l'espèce, le juge des faits a accepté le témoignage de la plaignante qu'elle ne voulait pas que l'accusé la touche, mais il a par la suite considéré que le comportement de cette dernière soulevait un doute raisonnable quant au consentement, constituant ce qu'il a décrit comme un «consentement tacite». Cette conclusion était une erreur.

Pour être valide en droit, le consentement doit être donné librement. Par conséquent, même si la plaignante a consenti, ou si son comportement soulève un doute raisonnable quant à l'absence de consentement, il peut exister des circonstances amenant à s'interroger sur les facteurs qui ont pu motiver le consentement apparent de la plaignante. Le paragraphe 265(3) du *Code criminel* énumère une série de situations — notamment la soumission en raison de la force, de la crainte, de menaces, de la fraude ou de l'exercice de l'autorité — dans lesquelles le droit considère qu'il y a eu absence de consentement dans des affaires de voies de fait, et ce malgré la participation ou le consentement apparent de la plaignante. Dans le cas où le juge des faits conclut que la

honestly held fear, the law deems an absence of consent and the third component of the *actus reus* of sexual assault is established. The complainant's fear need not be reasonable, nor must it be communicated to the accused in order for consent to be vitiated. While the plausibility of the alleged fear, and any overt expressions of it, are obviously relevant to assessing the credibility of the complainant's claim that she consented out of fear, the approach is subjective. If, as in this case, the complainant's testimony establishes the absence of consent beyond a reasonable doubt, the *actus reus* analysis is complete, and the trial judge should have turned his attention to the accused's perception of the encounter and the question of whether the accused possessed the requisite *mens rea*.

The *mens rea* of sexual assault contains two elements: intention to touch and knowing of, or being reckless of or wilfully blind to, a lack of consent on the part of the person touched.

The accused may challenge the Crown's evidence of *mens rea* by asserting an honest but mistaken belief in consent. The defence of mistake is simply a denial of *mens rea*. It does not impose any burden of proof upon the accused. The accused need not testify in order to raise the issue. Support for the defence may stem from any of the evidence before the Court, including the Crown's case-in-chief and the testimony of the complainant. However, as a practical matter, this defence will usually arise in the evidence called by the accused.

Consent is an integral component of the *mens rea*, but considered from the perspective of the accused. 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. A belief by the accused that the complainant, in her own mind, wanted him to touch her but did not express that desire, is not a defence. The accused's speculation as to what was going on in the complainant's mind provides no defence.

There is a difference in the concept of "consent" as it relates to the state of mind of the complainant *vis-à-vis* the *actus reus* of the offence and the state of mind of the accused in respect of the *mens rea*. For the purposes of

plaignante ne voulait pas subir d'attouchements sexuels et qu'elle a décidé de permettre l'activité sexuelle ou d'y participer en raison d'une crainte sincère, le droit considère qu'il y a absence de consentement, et le troisième élément de l'*actus reus* de l'infraction d'agression sexuelle est établi. Il n'est pas nécessaire que la crainte de la plaignante soit raisonnable, ni qu'elle ait été communiquée à l'accusé pour que le consentement soit vicié. Bien que la plausibilité de la crainte alléguée et toutes expressions évidentes de cette crainte soient manifestement pertinentes pour apprécier la crédibilité de la prétention de la plaignante qu'elle a consenti sous l'effet de la crainte, la démarche est subjective. Si, comme en l'espèce, le témoignage de la plaignante établit l'absence de consentement hors de tout doute raisonnable, l'analyse de l'*actus reus* est terminée, et le juge du procès aurait dû porter son attention sur la perception de la rencontre par l'accusé et sur la question de savoir si ce dernier avait eu la *mens rea* requise.

La *mens rea* de l'agression sexuelle comporte deux éléments: l'intention de se livrer à des attouchements sur une personne et la connaissance de son absence de consentement ou l'insouciance ou l'aveuglement volontaire à cet égard.

L'accusé peut contester la preuve de *mens rea* du ministère public en plaçant la croyance sincère mais erronée au consentement. La défense d'erreur est simplement une dénégation de la *mens rea*. Elle n'impose aucune charge de la preuve à l'accusé, et il n'est pas nécessaire que l'accusé témoigne pour que ce point se soulève. Cette défense peut découler de tout élément de preuve présenté au tribunal, y compris la preuve principale du ministère public et le témoignage de la plaignante. Cependant, en pratique, cette défense découle habituellement de la preuve présentée par l'accusé.

Le consentement fait partie intégrante de la *mens rea*, mais il est considéré du point de vue de l'accusé. 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. Le fait que l'accusé ait cru dans son esprit que la plaignante souhaitait qu'il la touche, sans toutefois avoir manifesté ce désir, ne constitue pas une défense. Les suppositions de l'accusé relativement à ce qui se passait dans l'esprit de la plaignante ne constituent pas un moyen de défense.

La notion de «consentement» diffère selon qu'elle se rapporte à l'état d'esprit de la plaignante *vis-à-vis* de l'*actus reus* de l'infraction et à l'état d'esprit de l'accusé *vis-à-vis* de la *mens rea*. Pour les fins de l'*actus reus*, la

the *actus reus* “consent” means that the complainant in her mind wanted the sexual touching to take place. In the context of *mens rea* — specifically for the purposes of the honest but mistaken belief in consent — “consent” means that the complainant had affirmatively communicated by words or conduct her agreement to engage in sexual activity with the accused. The two parts of the analysis must be kept separate.

Not all beliefs upon which an accused might rely will exculpate him. Consent in relation to the *mens rea* of the accused is limited by both the common law and the provisions of ss. 273.1(2) and 273.2 of the *Criminal Code*.

The accused’s putting consent into issue is synonymous with an assertion of an honest belief in consent. If his belief is found to be mistaken, then honesty of that belief must be considered. As an initial step the trial judge must determine whether any evidence exists to lend an air of reality to the defence. If so, then the question which must be answered by the trier of fact is whether the accused honestly believed that the complainant had communicated consent. Any other belief, however honestly held, is not a defence. Moreover, to be honest the accused’s belief cannot be reckless, willfully blind or tainted by an awareness of any of the factors enumerated in ss. 273.1(2) and 273.2. If at any point the complainant has expressed a lack of agreement to engage in sexual activity, then it is incumbent upon the accused to point to some evidence from which he could honestly believe consent to have been re-established before he resumed his advances. If this evidence raises a reasonable doubt as to the accused’s *mens rea*, the charge is not proven.

Here, the accused knew that the complainant was not consenting before each encounter. The trial judge ought to have considered whether anything occurred between the communication of non-consent and the subsequent sexual touching which the accused could honestly have believed constituted consent. The trial record conclusively establishes that the accused’s persistent and increasingly serious advances constituted a sexual assault for which he had no defence. But for his errors of law, the trial judge would necessarily have found the accused guilty. Since a new trial would not be in the interests of justice, this Court can properly exercise its

notion de «consentement» signifie que, dans son esprit, la plaignante voulait que les attouchements sexuels aient lieu. Dans le contexte de la *mens rea* — particulièrement pour l’application de la croyance sincère mais erronée au consentement — la notion de «consentement» signifie que la plaignante avait, par ses paroles ou son comportement, manifesté son accord à l’activité sexuelle avec l’accusé. Les deux volets de l’analyse doivent demeurer distincts.

Ce ne sont pas toutes les croyances invoquées par un accusé qui le disculpent. Eu égard à la *mens rea* de l’accusé, la notion de consentement est limitée tant par la common law que par les dispositions du par. 273.1(2) et de l’art. 273.2 du *Code criminel*.

Le fait que l’accusé soulève la question du consentement équivaut à une prétention de croyance sincère au consentement. Si cette croyance est jugée erronée, il faut alors en apprécier la sincérité. Le juge du procès doit d’abord décider s’il existe des éléments de preuve conférant vraisemblance à la défense. Dans l’affirmative, le juge des faits doit alors trancher la question de savoir si l’accusé croyait sincèrement que la plaignante avait communiqué son consentement. Toute autre croyance, aussi sincère soit-elle, n’est pas un moyen de défense. En outre, pour être sincère, la croyance de l’accusé ne doit pas être le fruit de son insouciance ou de son aveuglement volontaire, ni être viciée par la connaissance de l’un des autres facteurs énumérés au par. 273.1(2) et à l’art. 273.2. Si la plaignante a, à un moment quelconque, manifesté son absence d’accord à l’activité sexuelle, il appartient alors à l’accusé de faire état des éléments de preuve qui lui permettraient de croire sincèrement qu’il avait à nouveau obtenu le consentement de la plaignante avant de reprendre ses avances. Si cette analyse soulève un doute raisonnable quant à la *mens rea* de l’accusé, l’accusation n’est pas prouvée.

En l’espèce, l’accusé a été à même de constater avant chaque attouchement que la plaignante n’était pas consentante. Le juge du procès aurait dû se demander si, entre le moment où le non-consentement a été exprimé et les attouchements sexuels ultérieurs, il s’était passé quelque chose que l’accusé aurait pu sincèrement considérer comme un consentement. Le dossier du procès établit de façon concluante que les avances persistantes et de plus en plus graves de l’accusé ont constitué une agression sexuelle à laquelle il ne pouvait opposer aucun moyen de défense. N’eût été des erreurs de droit qu’il a commises, le juge du procès aurait nécessairement conclu à la culpabilité de l’accusé. Comme l’intérêt de la justice ne commande pas la tenue d’un nouveau procès, notre Cour se doit d’exercer le pouvoir discrétionnaire

discretion under s. 686(4) of the *Code* and enter a conviction.

Whether the accused took reasonable steps to ascertain that the complainant was consenting is a question of fact to be determined by the trier of fact only after the air of reality test has been met. Given the way the trial and appeal were argued, s. 273.2(b) did not have to be considered.

Per L'Heureux-Dubé and Gonthier JJ.: Agreement was expressed generally with the reasons of Major J. on most issues.

Canada is a party to the *Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women*, which requires respect for and observance of the human rights of women. Violence against women is as much a matter of equality as it is an offence against human dignity and a violation of human rights. These human rights are protected by ss. 7 and 15 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and their violation constitutes an offence under the assault provisions of s. 265 and under the more specific sexual assault provisions of ss. 271, 272 and 273 of the *Criminal Code*.

This case is not about consent, since none was given. It is about myths and stereotypes. The trial judge believed the complainant and accepted her testimony that she was afraid and he acknowledged her unwillingness to engage in any sexual activity. However, he gave no legal effect to his conclusion that the complainant submitted to sexual activity out of fear that the accused would apply force to her. The application of s. 265(3) requires an entirely subjective test. As irrational as a complainant's motive might be, if she subjectively felt fear, it must lead to a legal finding of absence of consent.

The question of implied consent should not have arisen. The trial judge's conclusion that the complainant implicitly consented and that the Crown failed to prove lack of consent was a fundamental error given that he found the complainant credible, and accepted her evidence that she said "no" on three occasions and was afraid. This error does not derive from the findings of fact but from mythical assumptions. It denies women's

que lui confère le par. 686(4) du *Code* et d'inscrire une déclaration de culpabilité.

La question de savoir si l'accusé a pris des mesures raisonnables pour s'assurer du consentement de la plaignante est une question de fait qui doit être tranchée par le juge des faits, seulement après que le critère de la vraisemblance a été satisfait. Vu la façon dont le procès et l'appel ont été plaidés, l'al. 273.2b) n'avait pas à être pris en considération.

Les juges L'Heureux-Dubé et Gonthier: Les motifs du juge Major sont acceptés de façon générale sur la plupart des questions en litige.

Le Canada est signataire de la *Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes*, qui exige le respect et l'observation des droits de la personne à l'égard des femmes. La violence à l'égard des femmes est autant une question d'égalité qu'une violation de la dignité humaine et des droits de la personne. Ces droits de la personne sont protégés par les art. 7 et 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés* et leur violation constitue une infraction aux dispositions en matière de voies de fait prévues à l'art. 265 et aux dispositions touchant particulièrement les agressions sexuelles prévues aux art. 271, 272 et 273 du *Code criminel*.

Cette affaire ne met pas en cause une question de consentement, puisqu'aucun consentement n'a été donné. Elle met en cause des mythes et des stéréotypes. Le juge du procès a cru la plaignante et accepté son témoignage qu'elle avait eu peur, et il a admis le fait qu'elle n'avait pas voulu se livrer à quelque activité sexuelle que ce soit. Toutefois, il n'a donné aucun effet juridique à sa conclusion que la plaignante s'était soumise à des activités sexuelles par crainte que l'accusé emploie la force contre elle. L'application du par. 265(3) commande un test entièrement subjectif. Aussi irrationnel que puisse avoir été le motif d'une plaignante, si elle a subjectivement éprouvé de la crainte, il faut conclure en droit à l'absence de consentement.

La question du consentement tacite n'aurait pas dû être soulevée. La conclusion du juge du procès que la plaignante avait consenti tacitement et que le ministère public n'avait pas prouvé l'absence de consentement était une erreur fondamentale, étant donné qu'il a jugé la plaignante crédible et qu'il a accepté son témoignage selon lequel elle a dit «non» à trois reprises et elle était effrayée. Cette erreur ne résulte pas des conclusions de fait mais relève plutôt de mythes et stéréotypes. Cette attitude nie aux femmes leur autonomie sur le plan sexuel et laisse entendre que les femmes sont dans un

sexual autonomy and implies that women are in a state of constant consent to sexual activity.

The majority of the Court of Appeal also relied on inappropriate myths and stereotypes. Complainants should be able to rely on a system free from such myths and stereotypes, and on a judiciary whose impartiality is not compromised by these biased assumptions.

The findings necessary to support a verdict of guilty on the charge of sexual assault were made. In particular, there was no evidence that would give an air of reality to a defence of honest but mistaken belief in consent for any of the sexual activity which took place in this case. Section 273.2(b) precludes an accused from raising that defence if he did not take reasonable steps in the circumstances known to him at the time to ascertain that the complainant was consenting. The position that the nature of the defence of honest but mistaken belief does not need to be based on reasonable grounds as long as it is honestly held has been modified by the enactment of s. 273.2(b), which introduced the "reasonable steps" requirement.

Finally, on the facts as found at trial, s. 273.1(2)(d) also applies to this case and could not be ignored by the trial judge.

Per McLachlin J.: The reasons of Major J. and the finding of L'Heureux-Dubé J. that stereotypical assumptions lay at the heart of this case were agreed with. These stereotypical assumptions no longer find a place in Canadian law.

Cases Cited

By Major J.

Referred to: *Belyea v. The King*, [1932] S.C.R. 279; *R. v. S. (P.L.)*, [1991] 1 S.C.R. 909; *R. v. Litchfield*, [1993] 4 S.C.R. 333; *R. v. Chase*, [1987] 2 S.C.R. 293; *R. v. Jensen* (1996), 106 C.C.C. (3d) 430, aff'd [1997] 1 S.C.R. 304; *R. v. Park*, [1995] 2 S.C.R. 836; *Saint-Laurent v. Héту*, [1994] R.J.Q. 69; *R. v. Daviault*, [1994] 3 S.C.R. 63; *R. v. Creighton*, [1993] 3 S.C.R. 3; *Pappajohn v. The Queen*, [1980] 2 S.C.R. 120; *R. v. Robertson*, [1987] 1 S.C.R. 918; *R. v. M. (M.L.)*, [1994] 2 S.C.R. 3; *R. v. Esau*, [1997] 2 S.C.R. 777; *R. v. Bulmer*, [1987] 1 S.C.R. 782; *R. v. Osolin*, [1993] 4 S.C.R. 595; *R. v. Cassidy*, [1989] 2 S.C.R. 345.

état permanent de consentement à des activités sexuelles.

Les juges majoritaires de la Cour d'appel se sont fondés sur des mythes et des stéréotypes inappropriés. Les plaignants devraient être en mesure de compter sur un système libre de mythes et de stéréotypes et sur des juges dont l'impartialité n'est pas compromise par ces suppositions tendancieuses.

Les conclusions nécessaires pour étayer un verdict de culpabilité relativement à l'accusation d'agression sexuelle ont été tirées. En particulier, il n'y avait au dossier aucun élément de preuve ayant pour effet de conférer vraisemblance à une croyance sincère au consentement à l'une ou l'autre des activités sexuelles en cause dans le présent cas. L'alinéa 273.2b) empêche l'accusé de soulever la défense de croyance au consentement s'il n'a pas pris de mesures raisonnables, dans les circonstances qu'il connaissait alors, pour s'assurer du consentement de la plaignante. L'approche selon laquelle il n'est pas nécessaire que la défense de croyance sincère mais erronée soit fondée sur des motifs raisonnables, pourvu que la croyance soit sincère, a été modifiée par la promulgation de l'al. 273.2b), qui a introduit la condition relative aux «mesures raisonnables».

Enfin, compte tenu des faits tels que prouvés au procès, l'al. 273.1(2)d) s'applique également au présent cas et le juge du procès ne pouvait l'ignorer.

Le juge McLachlin: Les motifs du juge Major et la conclusion du juge L'Heureux-Dubé que l'existence de stéréotypes est au cœur même de la présente affaire sont acceptés. Ces stéréotypes n'ont plus leur place en droit canadien.

Jurisprudence

Citée par le juge Major

Arrêts mentionnés: *Belyea c. The King*, [1932] R.C.S. 279; *R. c. S. (P.L.)*, [1991] 1 R.C.S. 909; *R. c. Litchfield*, [1993] 4 R.C.S. 333; *R. c. Chase*, [1987] 2 R.C.S. 293; *R. c. Jensen* (1996), 106 C.C.C. (3d) 430, conf. par [1997] 1 R.C.S. 304; *R. c. Park*, [1995] 2 R.C.S. 836; *Saint-Laurent c. Héту*, [1994] R.J.Q. 69; *R. c. Daviault*, [1994] 3 R.C.S. 63; *R. c. Creighton*, [1993] 3 R.C.S. 3; *Pappajohn c. La Reine*, [1980] 2 R.C.S. 120; *R. c. Robertson*, [1987] 1 R.C.S. 918; *R. c. M. (M.L.)*, [1994] 2 R.C.S. 3; *R. c. Esau*, [1997] 2 R.C.S. 777; *R. c. Bulmer*, [1987] 1 R.C.S. 782; *R. c. Osolin*, [1993] 4 R.C.S. 595; *R. c. Cassidy*, [1989] 2 R.C.S. 345.

By L'Heureux-Dubé J.

Distinguished: *Pappajohn v. The Queen*, [1980] 2 S.C.R. 120; **referred to:** *R. v. Osolin*, [1993] 4 S.C.R. 595; *Slaight Communications Inc. v. Davidson*, [1989] 1 S.C.R. 1038; *R. v. Keegstra*, [1990] 3 S.C.R. 697; *R. v. Cuerrier*, [1998] 2 S.C.R. 371; *R. v. Park*, [1995] 2 S.C.R. 836; *R. v. Seaboyer*, [1991] 2 S.C.R. 577; *R. v. Esau*, [1997] 2 S.C.R. 777; *R. v. Daigle*, [1998] 1 S.C.R. 1220.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 7, 15.
Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women, Can. T.S. 1982 No. 31.
Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 265(1), (2), (3), 271, 272, 273, 273.1 [ad. 1992, c. 38, s. 1], 273.2 [ad. *idem*], 686(4).

Authors Cited

Andrias, Richard T. "Rape Myths: A persistent problem in defining and prosecuting rape" (1992), 7 *Criminal Justice* 2.
 Archard, David. *Sexual Consent*. Boulder, Colo.: Westview Press, 1998.
 Blackstone, William, Sir. *Commentaries on the Laws of England*, 4th ed., Book III. Oxford: Clarendon Press, 1770.
 Boyle, Christine L. M. *Sexual Assault*. Toronto: Carswell, 1984.
 Brett, Nathan. "Sexual Offenses and Consent" (1998), 11 *Can. J. Law & Jur.* 69.
 Burt, Martha R. "Rape Myths and Acquaintance Rape". In Andrea Parrot and Laurie Bechhofer, eds., *Acquaintance Rape: The Hidden Crime*. New York: Wiley, 1991, 26.
 Canada. Department of Justice. Federal/Provincial/Territorial Working Group of Attorneys General Officials on Gender Equality in the Canadian Justice System. *Gender Equality in the Canadian Justice System: Summary Document and Proposals for Action*. Ottawa: The Group, 1992.
 Canada. Statistics Canada. "The Violence Against Women Survey", *The Daily*, catalogue No. 11-001E, November 18, 1993.
 Cook, Rebecca J. "Reservations to the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women" (1990), 30 *Va. J. Int'l L.* 643.
 Estrich, Susan. "Rape" (1986), 95 *Yale L.J.* 1087.

Citée par le juge L'Heureux-Dubé

Distinction faite d'avec l'arrêt: *Pappajohn c. La Reine*, [1980] 2 R.C.S. 120; **arrêts mentionnés:** *R. c. Osolin*, [1993] 4 R.C.S. 595; *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038; *R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697; *R. c. Cuerrier*, [1998] 2 R.C.S. 371; *R. c. Park*, [1995] 2 R.C.S. 836; *R. c. Seaboyer*, [1991] 2 R.C.S. 577; *R. c. Esau*, [1997] 2 R.C.S. 777; *R. c. Daigle*, [1998] 1 R.C.S. 1220.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 7, 15.
Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes, R.T. Can. 1982 n° 31.
Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 265(1), (2), (3), 271, 272, 273, 273.1 [aj. 1992, ch. 38, art. 1], 273.2 [aj. *idem*], 686(4).

Doctrine citée

Andrias, Richard T. «Rape Myths: A persistent problem in defining and prosecuting rape» (1992), 7 *Criminal Justice* 2.
 Archard, David. *Sexual Consent*. Boulder, Colo.: Westview Press, 1998.
 Blackstone, William, sir. *Commentaires sur les lois anglaises*, t. 4. Traduit de l'anglais par N. M. Chompré. Paris: Bossange, 1823.
 Boyle, Christine L. M. *Sexual Assault*. Toronto: Carswell, 1984.
 Brett, Nathan. «Sexual Offenses and Consent» (1998), 11 *Can. J. Law & Jur.* 69.
 Burt, Martha R. «Rape Myths and Acquaintance Rape». In Andrea Parrot and Laurie Bechhofer, eds., *Acquaintance Rape: The Hidden Crime*. New York: Wiley, 1991, 26.
 Canada. Ministère de la Justice. Groupe de travail fédéral-provincial-territorial des procureurs généraux sur l'égalité des sexes dans le système de justice canadien. *L'égalité des sexes dans le système de justice au Canada: Document récapitulatif et propositions de mesures à prendre*. Ottawa: Le Groupe, 1992.
 Canada. Statistique Canada. «L'enquête sur la violence envers les femmes», *Le Quotidien*, catalogue n° 11-001F, 18 novembre 1993.
 Cook, Rebecca J. «Reservations to the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women» (1990), 30 *Va. J. Int'l L.* 643.
 Estrich, Susan. «Rape» (1986), 95 *Yale L.J.* 1087.

MacKinnon, Catharine A. *Toward a Feminist Theory of the State*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1989.

McInnes, J., and Christine Boyle. "Judging Sexual Assault Law Against a Standard of Equality" (1995), 29 *U.B.C. L. Rev.* 341.

Naffine, Ngaire. "Possession: Erotic Love in the Law of Rape" (1994), 57 *Mod. L. Rev.* 10.

Renner, K. Edward, Christine Alksnis and Laura Park. "The Standard of Social Justice as a Research Process" (1997), 38 *Can. Psychology* 91.

Sheehy, Elizabeth A. "Canadian Judges and the Law of Rape: Should the *Charter* Insulate Bias?" (1989), 21 *Ottawa L. Rev.* 741.

Stuart, Don. Annotation on *R. v. Ewanchuk* (1998), 13 C.R. (5th) 330.

Stuart, Don. *Canadian Criminal Law*, 3rd ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1995.

United Nations. General Assembly. Committee on the Elimination of Discrimination against Women, Eleventh Session, 1992, General Recommendation No. 19, G.A. Res. 34/180, U.N. Doc. A/47/48 (1979).

United Nations. General Assembly. *Declaration on the Elimination of Violence against Women*, G.A. Res. 48/104, U.N. Doc. A/48/49 (1993).

Williams, Glanville. *Textbook of Criminal Law*, 2nd ed. London: Stevens, 1983.

Wilson, Bertha. "Will Women Judges Really Make a Difference?" (1990), 28 *Osgoode Hall L.J.* 507.

APPEAL from a judgment of the Alberta Court of Appeal (1998), 57 Alta. L.R. (3d) 235, 13 C.R. (5th) 324, [1998] A.J. No. 150 (QL), dismissing an appeal from acquittal by Moore J. Appeal allowed.

Bart Rosborough, for the appellant.

Peter J. Royal, Q.C., for the respondent.

Beverly Wilton and Lisa Futerman, for the intervenor the Attorney General of Canada.

Diane Oleskiw and Ritu Khullar, for the intervenors the Women's Legal Education and Action Fund and the Disabled Women's Network Canada.

Paul L. Moreau, for the intervenor the Sexual Assault Centre of Edmonton.

MacKinnon, Catharine A. *Toward a Feminist Theory of the State*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1989.

McInnes, J., and Christine Boyle. «Judging Sexual Assault Law Against a Standard of Equality» (1995), 29 *U.B.C. L. Rev.* 341.

Naffine, Ngaire. «Possession: Erotic Love in the Law of Rape» (1994), 57 *Mod. L. Rev.* 10.

Nations Unies. Assemblée générale. Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes, Onzième session, 1992, Recommandation générale n° 19, Rés. A.G. 34/180, Doc. N.U. A/47/48 (1979).

Nations Unies. Assemblée générale. *Déclaration sur l'élimination de la violence à l'égard des femmes*, Rés. A.G. 48/104, Doc. N.U. A/48/49 (1993).

Renner, K. Edward, Christine Alksnis and Laura Park. «The Standard of Social Justice as a Research Process» (1997), 38 *Can. Psychology* 91.

Sheehy, Elizabeth A. «Canadian Judges and the Law of Rape: Should the *Charter* Insulate Bias?» (1989), 21 *R.D. Ottawa* 741.

Stuart, Don. Annotation on *R. v. Ewanchuk* (1998), 13 C.R. (5th) 330.

Stuart, Don. *Canadian Criminal Law*, 3^e éd. Scarborough, Ont.: Carswell, 1995.

Williams, Glanville. *Textbook of Criminal Law*, 2^e éd. London: Stevens, 1983.

Wilson, Bertha. «Will Women Judges Really Make a Difference?» (1990), 28 *Osgoode Hall L.J.* 507.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Alberta (1998), 57 Alta. L.R. (3d) 235, 13 C.R. (5th) 324, [1998] A.J. No. 150 (QL), qui a rejeté l'appel formé contre l'acquiescement prononcé par le juge Moore. Pourvoi accueilli.

Bart Rosborough, pour l'appelante.

Peter J. Royal, c.r., pour l'intimé.

Beverly Wilton et Lisa Futerman, pour l'intervenant le procureur général du Canada.

Diane Oleskiw et Ritu Khullar, pour les intervenants le Fonds d'action et d'éducation juridiques pour les femmes et le Réseau d'action des femmes handicapées du Canada.

Paul L. Moreau, pour l'intervenant le Sexual Assault Centre of Edmonton.

The judgment of Lamer C.J. and Cory, Iacobucci, Major, Bastarache and Binnie JJ. was delivered by

MAJOR J. — In the present appeal the accused was acquitted of sexual assault. The trial judge relied on the defence of implied consent. This was a mistake of law as no such defence is available in assault cases in Canada. This mistake of law is reviewable by appellate courts, and for the reasons that follow the appeal is allowed.

I. Facts

The complainant was a 17-year-old woman living in the city of Edmonton. She met the accused respondent Ewanchuk on the afternoon of June 2, 1994, while walking through the parking lot of the Heritage Shopping Mall with her roommate. The accused, driving a red van towing a trailer, approached the two young women. He struck up a conversation with them. He related that he was in the custom wood-working business and explained that he displayed his work at retail booths in several shopping malls. He said that he was looking for staff to attend his displays, and asked whether the young women were looking for work. The complainant's friend answered that they were, at which point the accused asked to interview her friend privately. She declined, but spoke with the accused beside his van for some period of time about the sort of work he required, and eventually exchanged telephone numbers with the accused.

The following morning the accused telephoned the apartment where the complainant and her friend resided with their boyfriends. The complainant answered the phone. She told the accused that her friend was still asleep. When he learned this, the accused asked the complainant if she was interested in a job. She indicated that she was, and they met a short time later, again in the Heritage Mall parking lot. At the accused's suggestion, the interview took place in his van. In the words of the complainant, a "very business-like, polite" conver-

Version française du jugement du juge en chef Lamer et des juges Cory, Iacobucci, Major, Bastarache et Binnie rendu par

LE JUGE MAJOR — L'accusé en cause dans le présent pourvoi a été acquitté d'agression sexuelle. Le juge du procès s'est fondé sur la défense de consentement tacite. Il s'agit d'une erreur de droit car aucune défense de cette nature ne peut être invoquée au Canada dans les affaires d'agression sexuelle. Cette erreur de droit est susceptible de révision par les tribunaux d'appel, et, pour les motifs qui suivent, le pourvoi est accueilli.

I. Les faits

La plaignante, une jeune femme de 17 ans, résidait dans la ville d'Edmonton. Elle a rencontré l'accusé intimé Ewanchuk dans l'après-midi du 2 juin 1994, pendant qu'elle traversait, avec sa colocataire, le stationnement du centre commercial Heritage. L'accusé, qui conduisait une camionnette rouge tirant une remorque, s'est approché des deux jeunes femmes. Il a engagé la conversation avec elles. Il leur a dit qu'il était dans le commerce d'ébénisterie sur commande et leur a expliqué qu'il exposait son travail dans des stands de vente au détail dans plusieurs centres commerciaux. Il leur a mentionné qu'il cherchait du personnel pour ses expositions et leur a demandé si elles cherchaient du travail. L'amie de la plaignante ayant répondu par l'affirmative, l'accusé lui a alors demandé de passer une entrevue en privé. Elle a refusé, mais a discuté pendant un certain temps avec l'accusé, à côté de sa camionnette, du genre de travail qu'il demandait, après quoi ils ont échangé leurs numéros de téléphone.

Le lendemain matin, l'accusé a téléphoné à l'appartement où la plaignante et son amie habitaient avec leurs petits amis. La plaignante a répondu et a dit à l'accusé que son amie dormait encore. L'accusé a alors demandé à la plaignante si elle était intéressée par un travail. Elle a dit oui et ils se sont rencontrés peu de temps après, à nouveau dans le stationnement du centre commercial Heritage. À la suggestion de l'accusé, l'entrevue s'est déroulée dans sa camionnette. Au dire de la plaignante, une conversation [TRADUCTION] «très professionnelle et

1

2

3

sation took place. Some time later, the complainant asked if she could smoke a cigarette, and the accused suggested that they move outside since he was allergic to cigarette smoke. Once outside the van, he asked the complainant if she would like to see some of his work, which was kept inside the trailer attached to his van, and she indicated that she would.

4 The complainant entered the trailer, purposely leaving the door open behind her. The accused followed her in, and closed the door in a way which made the complainant think that he had locked it. There is no evidence whether the door was actually locked, but the complainant stated that she became frightened at this point. Once inside the trailer, the complainant and the accused sat down side-by-side on the floor of the trailer. They spoke and looked through a portfolio of his work. This lasted 10 to 15 minutes, after which the conversation turned to more personal matters.

5 During the time in the trailer the accused was quite tactile with the complainant, touching her hand, arms and shoulder as he spoke. At some point the accused said that he was feeling tense and asked the complainant to give him a massage. The complainant complied, massaging the accused's shoulders for a few minutes. After she stopped, he asked her to move in front of him so that he could massage her, which she did. The accused then massaged the complainant's shoulders and arms while they continued talking. During this mutual massaging the accused repeatedly told the complainant to relax, and that she should not be afraid. As the massage progressed, the accused attempted to initiate more intimate contact. The complainant stated that, "he started to try to massage around my stomach, and he brought his hands up around — or underneath my breasts, and he started to get quite close up there, so I used my elbows to push in between, and I said, No".

6 The accused stopped immediately, but shortly thereafter resumed non-sexual massaging, to which the complainant also said, "No". The accused

polie» a eu lieu. Après quelque temps, la plaignante a demandé si elle pouvait fumer une cigarette et l'accusé lui a proposé de sortir parce qu'il était allergique à la fumée. Une fois à l'extérieur de la camionnette, l'accusé a demandé à la plaignante si elle voulait voir des exemples de son travail qui se trouvaient dans la remorque attachée à sa camionnette, et elle a répondu oui.

La plaignante est entrée dans la remorque, laissant intentionnellement la porte ouverte derrière elle. L'accusé l'a suivie à l'intérieur et a fermé la porte d'une manière qui a fait croire à la plaignante qu'il l'avait fermée à clé. Il n'y a aucune preuve que la porte était réellement fermée à clé, mais la plaignante a déclaré qu'elle a commencé à avoir peur à ce moment-là. Une fois à l'intérieur de la remorque, la plaignante et l'accusé se sont assis par terre, l'un à côté de l'autre. Ils ont parlé et feuilleté un portfolio du travail de l'accusé pendant 10 à 15 minutes et, par la suite, la conversation a glissé sur des sujets plus personnels.

Dans la remorque, l'accusé avait un comportement très tactile à l'endroit de la plaignante, lui touchant la main, les bras et l'épaule en parlant. À un moment donné, il lui a dit qu'il se sentait tendu et lui a demandé de lui faire un massage. La plaignante a accepté et lui a massé les épaules pendant quelques minutes. Après qu'elle se soit arrêtée, l'accusé lui a demandé de se placer devant lui afin qu'il puisse la masser à son tour, ce qu'elle a fait. Il lui a alors massé les épaules et les bras pendant qu'ils continuaient à parler. Pendant ces massages réciproques, l'accusé n'a pas cessé de répéter à la plaignante de se relaxer et de ne pas avoir peur. Tout en continuant à la masser, l'accusé a tenté d'amorcer un contact plus intime. La plaignante déclare: [TRADUCTION] «il a commencé à essayer de me masser la région du ventre et il a monté ses mains autour de mes seins — ou sous ceux-ci, et il a commencé à toucher très haut dans cette région, alors j'ai glissé mes coudes entre ses mains, et j'ai dit Non».

L'accusé a immédiatement arrêté, mais peu de temps après il a recommencé les massages non sexuels, auxquels la plaignante a également dit:

again stopped, and said, “See, I’m a nice guy. It’s okay”.

The accused then asked the complainant to turn and face him. She did so, and he began massaging her feet. His touching progressed from her feet up to her inner thigh and pelvic area. The complainant did not want the accused to touch her in this way, but said nothing as she said she was afraid that any resistance would prompt the accused to become violent. Although the accused never used or threatened any force, the complainant testified that she did not want to “egg [him] on”. As the contact progressed, the accused laid himself heavily on top of the complainant and began grinding his pelvic area against hers. The complainant testified that the accused asserted, “that he could get me so horny so that I would want it so bad, and he wouldn’t give it to me because he had self-control”.

The complainant did not move or reciprocate the contact. The accused asked her to put her hands across his back, but she did not; instead she lay “bone straight”. After less than a minute of this the complainant asked the accused to stop. “I said, Just please stop. And so he stopped”. The accused again told the complainant not to be afraid, and asked her if she trusted that he wouldn’t hurt her. In her words, the complainant said, “Yes, I trust that you won’t hurt me”. On the stand she stated that she was afraid throughout, and only responded to the accused in this way because she was fearful that a negative answer would provoke him to use force.

After this brief exchange, the accused went to hug the complainant and, as he did so, he laid on top of her again, continuing the pelvic grinding. He also began moving his hands on the complainant’s inner thigh, inside her shorts, for a short time. While still on top of her the accused began to

[TRADUCTION] «Non». L’accusé s’est à nouveau arrêté et a dit: [TRADUCTION] «Tu vois, j’suis un bon gars. Ça va».

L’accusé a alors demandé à la plaignante de se retourner et de lui faire face. Ce qu’elle a fait et il a commencé à lui masser les pieds. Les attouchements de l’accusé sont passés des pieds de la plaignante jusqu’à l’intérieur des cuisses et de la région pelvienne de cette dernière. La plaignante ne voulait pas que l’accusé la touche de cette façon, mais elle n’a rien dit parce que, a-t-elle affirmé, elle avait peur que toute résistance de sa part pousse l’accusé à devenir violent. Bien que l’accusé n’ait jamais eu recours à la force ni menacé d’y recourir, la plaignante a témoigné qu’elle ne voulait pas [TRADUCTION] «[l’]encourager». À mesure que le contact progressait, l’accusé s’est étendu lourdement sur la plaignante et a commencé à frotter sa région pelvienne contre celle de la plaignante. L’accusé, de témoigner la plaignante, a dit: [TRADUCTION] «qu’il pouvait me rendre si excitée que je mourrais d’envie de le faire, mais qu’il ne me le ferait pas parce qu’il savait se maîtriser».

La plaignante n’a ni bougé, ni répondu au contact. L’accusé lui a demandé de poser ses mains sur son dos, mais elle ne l’a pas fait; elle est plutôt restée étendue [TRADUCTION] «parfaitement immobile». Moins d’une minute après, la plaignante a demandé à l’accusé d’arrêter. [TRADUCTION] «J’ai dit je vous en prie, arrêtez. Et il s’est arrêté». L’accusé a de nouveau dit à la plaignante de ne pas avoir peur et lui a demandé si elle avait confiance qu’il ne lui ferait pas de mal. En ses mots, la plaignante a dit: [TRADUCTION] «Oui, j’ai confiance que vous ne me ferez pas de mal». À la barre des témoins, elle déclare qu’elle a eu peur pendant tout l’épisode et qu’elle n’a répondu de cette façon à l’accusé que parce qu’elle craignait qu’une réponse négative le pousse à recourir à la force.

Après ce bref échange, l’accusé s’est approché pour étreindre la plaignante et, ce faisant, il s’est étendu de nouveau sur elle, continuant de frotter son pelvis contre celui de la plaignante. Il a également commencé à bouger ses mains à l’intérieur des cuisses de la plaignante, puis dans son short,

7

8

9

fumble with his shorts and took out his penis. At this point the complainant again asked the accused to desist, saying, “No, stop”.

pendant un court moment. Toujours étendu sur la plaignante, l'accusé a commencé à fouiller dans son propre short et a sorti son pénis. À ce moment, la plaignante a une fois de plus demandé à l'accusé de cesser, en disant: [TRADUCTION] «Non, arrêtez».

10 Again, the accused stopped immediately, got off the complainant, smiled at her and said something to the effect of, “It’s okay. See, I’m a nice guy, I stopped”. At this point the accused again hugged the complainant lightly before opening up his wallet and removing a \$100 bill, which he gave to the complainant. She testified that the accused said that the \$100 was for the massage and that he told her not to tell anyone about it. He made some reference to another female employee with whom he also had a very close and friendly relationship, and said that he hoped to get together with the complainant again.

À nouveau, l'accusé s'est immédiatement arrêté, il s'est relevé de sur la plaignante, lui a souri et lui a dit quelque chose comme: [TRADUCTION] «C'est correct. Tu vois, j'suis un bon gars, j'ai arrêté». À ce moment, l'accusé a de nouveau étreint légèrement la plaignante avant d'ouvrir son portefeuille et d'y prendre un billet de 100 \$, qu'il a donné à la plaignante. Cette dernière déclare que l'accusé a dit que les 100 \$ étaient pour le massage, et qu'il lui a dit de ne pas en parler à personne. Il a parlé d'une autre employée avec laquelle il avait une relation très intime et chaleureuse, et il a dit à la plaignante qu'il espérait la revoir.

11 Shortly after the exchange of the money the complainant said that she had to go. The accused opened the door and the complainant stepped out. Some further conversation ensued outside the trailer before the complainant finally left and walked home. On her return home the complainant was emotionally distraught and contacted the police.

Peu après avoir reçu l'argent, la plaignante a dit qu'elle devait partir. L'accusé a ouvert la porte et elle est sortie. La conversation s'est poursuivie à l'extérieur de la remorque avant que la plaignante ne parte enfin chez elle à pied. Une fois arrivée, affolée, elle a appelé la police.

12 At some point during the encounter the accused provided the complainant with a brochure describing his woodwork and gave her his name and address, which she wrote on the brochure. The investigating officer used this information to locate the accused at his home, where he was arrested. He was subsequently charged with sexual assault and tried before a judge sitting alone.

Pendant la rencontre, l'accusé avait remis à la plaignante une brochure décrivant son travail d'ébéniste et lui avait donné ses nom et adresse, qu'elle avait notés sur la brochure. L'enquêteur s'est servi de ces renseignements pour retracer l'accusé à son domicile, où il a été arrêté. L'accusé a par la suite été inculpé d'agression sexuelle et jugé par un juge seul.

13 The accused did not testify, leaving only the complainant's evidence as to what took place between them. The trial judge found her to be a credible witness and her version of events was not contradicted or disputed. In cross-examination the complainant testified that, although she was extremely afraid throughout the encounter, she had done everything possible to project a confident demeanour, in the belief that this would improve

L'accusé n'a pas témoigné, de sorte que la déposition de la plaignante est le seul récit de ce qui s'est passé entre eux. Le juge du procès a conclu que la plaignante était un témoin crédible, et la version des faits donnée par cette dernière n'a pas été contredite ni contestée. En contre-interrogatoire, la plaignante a déclaré que, bien qu'elle ait eu extrêmement peur pendant toute la rencontre, elle s'était efforcée de projeter un air d'assurance,

her chances of avoiding a violent assault. The following passage is illustrative of her evidence:

Q You didn't want to show any discomfort, right?

A No.

Q Okay. In fact, you wanted to project the picture that you were quite happy to be with him and everything was fine, right?

A Not that I was happy, but that I was comfortable.

Q Comfortable, all right. And relaxed?

A Yes.

Q And you did your best to do that, right?

A Yes.

Later in cross-examination, counsel for the accused again asked the complainant about the image she sought to convey to the complainant by her behaviour:

Q And you wanted to make sure that he didn't sense any fear on your part, right?

A Yes.

II. Judicial History

A. *Court of Queen's Bench*

The trial judge made a number of findings of fact in his oral judgment. He found that the complainant was a credible witness. He found as facts: that in her mind she had not consented to any of the sexual touching which took place; that she had been fearful throughout the encounter; that she didn't want the accused to know she was afraid; and that she had actively projected a relaxed and unafraid visage. He concluded that the failure of the complainant to communicate her fear, including her active efforts to the contrary, rendered her subjective feelings irrelevant.

croyant que cela augmenterait ses chances d'éviter une agression violente. Le passage suivant est représentatif de son témoignage:

[TRADUCTION]

Q Vous ne vouliez pas montrer que vous étiez mal à l'aise, exact?

R Non.

Q D'accord. En fait, vous vouliez avoir l'air d'être très heureuse d'être avec lui et que tout était parfait, c'est bien cela?

R Pas que j'étais heureuse, mais que j'étais à l'aise.

Q À l'aise, d'accord. Et détendue?

R Oui.

Q Et vous avez fait de votre mieux pour y arriver, exact?

R Oui.

Plus tard au cours du contre-interrogatoire, l'avocat de l'accusé a de nouveau demandé à la plaignante quelle image elle souhaitait donner à l'accusé par son comportement:

[TRADUCTION]

Q Et vous vouliez faire en sorte qu'il ne sente pas que vous aviez peur, c'est bien cela?

R Oui.

II. L'historique des procédures

A. *La Cour du Banc de la Reine*

Le juge du procès a formulé un certain nombre de conclusions de fait dans son jugement oral. Il a conclu que la plaignante était un témoin crédible. Il a tiré les conclusions de fait suivantes: dans son esprit, la plaignante n'avait consenti à aucun des attouchements sexuels qui avaient eu lieu; elle avait eu peur pendant toute la rencontre; elle ne voulait pas que l'accusé se rende compte qu'elle avait peur; et elle s'était appliquée à présenter un visage détendu et dénué de peur. Il a conclu que le défaut de la plaignante de communiquer sa peur, de même que ses efforts constants pour démontrer le contraire, rendaient ses sentiments subjectifs non pertinents.

14

15

16 The trial judge then considered the question of whether the accused had raised the defence of honest but mistaken belief in consent, and concluded that he had not. The trial judge characterized the defence position as being a failure by the Crown to discharge its onus of proving “beyond a reasonable doubt that there was an absence of consent”. That is, he took the defence to be asserting that the Crown had failed to prove one of the components of the *actus reus* of the offence. This led the trial judge to characterize the defence as one of “implied consent”. In so doing he concluded that the complainant’s conduct was such that it could be objectively construed as constituting consent to sexual touching of the type performed by the accused.

Le juge du procès a alors examiné la question de savoir si l’accusé avait invoqué la défense de croyance sincère mais erronée au consentement, et il a conclu que non. Le juge du procès a dit que la position de la défense était que le ministère public ne s’était pas acquitté du fardeau qui lui incombait de prouver [TRADUCTION] «hors de tout doute raisonnable qu’il y avait eu absence de consentement». Autrement dit, il a estimé que la défense avait fait valoir que le ministère public n’avait pas réussi à prouver l’un des éléments de l’*actus reus* de l’infraction. Cette constatation a amené le juge du procès à qualifier le moyen de défense de [TRADUCTION] «consentement tacite». Ce faisant, il a conclu que le comportement de la plaignante avait été tel qu’il était objectivement possible de considérer qu’il avait constitué un consentement aux attouchements sexuels du genre de ceux auxquels l’accusé s’était livré.

17 The trial judge treated consent as a question of the complainant’s behaviour in the encounter. As a result of that conclusion he found that the defence of honest but mistaken belief in consent had no application since the accused made no claims as to his mental state. On the totality of the evidence, provided solely by the Crown’s witnesses, the trial judge concluded that the Crown had not proven the absence of consent beyond a reasonable doubt and acquitted the accused.

Le juge du procès a traité le consentement comme une question se rapportant au comportement de la plaignante pendant la rencontre. Par suite de cette conclusion, il a statué que la défense de croyance sincère mais erronée au consentement ne s’appliquait pas parce que l’accusé n’avait fait aucune allusion à son propre état d’esprit. Se fondant sur l’ensemble de la preuve, émanant uniquement des témoins à charge, le juge du procès a conclu que le ministère public n’avait pas prouvé hors de tout doute raisonnable qu’il y avait eu absence de consentement, et il a acquitté l’accusé.

B. *Alberta Court of Appeal* (1998), 57 Alta. L.R. (3d) 235

B. *La Cour d’appel d’Alberta* (1998), 57 Alta. L.R. (3d) 235

18 Each of the three justices of the Court of Appeal issued separate reasons. McClung and Foisy J.J.A. both dismissed the appeal on the basis that it was a fact-driven acquittal from which the Crown could not properly appeal. In addition, McClung J.A. concluded that the Crown had failed to prove that the accused possessed the requisite criminal intent. He found that the Crown had failed to prove beyond a reasonable doubt that the accused had intended to commit an assault upon the complainant.

Les trois juges de la Cour d’appel ont rédigé des motifs distincts. Les juges Foisy et McClung ont tous deux rejeté l’appel parce qu’il s’agissait d’un acquittement fondé sur les faits, dont le ministère public ne pouvait interjeter appel. En outre, le juge McClung a conclu que le ministère public n’avait pas établi que l’accusé avait eu l’intention criminelle requise. Il a statué que le ministère public n’avait pas réussi à prouver hors de tout doute raisonnable que l’accusé avait eu l’intention d’agresser la plaignante.

Fraser C.J. dissented. She found that the trial judge erred in a number of ways. Specifically, she found that:

- The trial judge erred in his interpretation of the term “consent” as that term is applied to the offence of sexual assault.
- There is no defence of “implied consent”, independent of the provisions of ss. 273.1 and 273.2 of the *Criminal Code*.
- It was an error to employ an objective test to determine whether a complainant’s “consent” was induced by fear.
- The trial judge erred in the legal effect he ascribed:
 - to the complainant’s silence when subjected to sexual contact by the respondent;
 - to the complainant’s non-disclosure of her fear when subjected to sexual contact by the respondent;
 - to the complainant’s expressed lack of agreement to sexual contact;
 - to the fact that there was no basis for a defence of “implied consent” or “consent by conduct”;
 - to the fact that there was no consent to sexual activity.
- The defence of mistake of fact had no application to the issue of ‘consent’ in this case.
- The trial judge erred when he failed to consider whether the respondent had been wilfully blind or reckless as to whether the complainant consented.

Fraser C.J. held that the only defence available to the accused was that of honest but mistaken belief in consent, and concluded that this defence could not be sustained on the facts as found. Accordingly, she would have allowed the appeal and substituted a verdict of guilty.

Le juge en chef Fraser était dissidente. Elle a conclu que le juge du procès avait commis plusieurs erreurs. Elle a tiré les conclusions suivantes:

- Le juge du procès a mal interprété le mot «consentement» dans son application à l’infraction d’agression sexuelle.
- Il n’existe pas de défense de «consentement tacite», indépendante des dispositions des art. 273.1 et 273.2 du *Code criminel*.
- Le recours à un critère objectif pour décider si le «consentement» de la plaignante avait été incité par la peur était une erreur.
- Le juge du procès a commis des erreurs dans l’effet juridique qu’il a attribué:
 - au silence de la plaignante quand l’intimé l’a soumise à des contacts sexuels;
 - à la non-communication par la plaignante de sa crainte quand l’intimé l’a soumise à des contacts sexuels;
 - à l’absence d’accord aux contacts sexuels manifestée par la plaignante;
 - au fait qu’il n’existait aucun fondement à la défense de «consentement tacite» ou de «consentement déduit du comportement»;
 - au fait qu’il n’y avait pas eu consentement à l’activité sexuelle.
- La défense d’erreur de fait ne s’appliquait pas à la question du «consentement» dans la présente affaire.
- Le juge du procès a commis une erreur en ne se demandant pas si l’intimé avait fait montre d’aveuglement volontaire ou d’insouciance quant au consentement de la plaignante.

Le juge en chef Fraser a statué que le seul moyen de défense que l’accusé pouvait invoquer était celui de la croyance sincère mais erronée au consentement, et elle a conclu qu’on ne pouvait faire droit à cette défense compte tenu des faits avérés. Par conséquent, elle aurait accueilli l’appel et substitué un verdict de culpabilité.

III. Analysis

A. *Appealable Questions of Law*

21 The majority of the Court of Appeal dismissed the appeal on the ground that the Crown raised no question of law but sought to overturn the trial judge's finding of fact that reasonable doubt existed as to the presence or absence of consent. If the trial judge misdirected himself as to the legal meaning or definition of consent, then his conclusion is one of law, and is reviewable. See *Belyea v. The King*, [1932] S.C.R. 279, *per* Anglin C.J., at p. 296:

The right of appeal by the Attorney-General, conferred by [the *Criminal Code*] is, no doubt, confined to "questions of law". . . . But we cannot regard that provision as excluding the right of the Appellate Divisional Court, where a conclusion of mixed law and fact, such as is the guilt or innocence of the accused, depends, as it does here, upon the legal effect of certain findings of fact made by the judge or the jury . . . to enquire into the soundness of that conclusion, since we cannot regard it as anything else but a question of law, — especially where, as here, it is a clear result of misdirection of himself in law by the learned trial judge. [Emphasis added.]

22 It properly falls to this Court to determine whether the trial judge erred in his understanding of consent in sexual assault, and to determine whether his conclusion that the defence of "implied consent" exists in Canadian law was correct.

B. *The Components of Sexual Assault*

23 A conviction for sexual assault requires proof beyond reasonable doubt of two basic elements, that the accused committed the *actus reus* and that he had the necessary *mens rea*. The *actus reus* of assault is unwanted sexual touching. The *mens rea* is the intention to touch, knowing of, or being reckless of or wilfully blind to, a lack of consent,

III. L'analyse

A. *Les questions de droit susceptibles d'appel*

La majorité de la Cour d'appel a rejeté l'appel pour le motif que le ministère public n'avait pas soulevé de question de droit, mais avait plutôt cherché à écarter la conclusion de fait du juge du procès qu'il y avait un doute raisonnable quant à l'existence ou à l'absence de consentement. Si le juge du procès s'est donné de mauvaises directives en ce qui concerne le sens ou la définition de consentement en droit, il a alors tiré une conclusion de droit susceptible de révision. Voir *Belyea c. The King*, [1932] R.C.S. 279, le juge en chef Anglin, à la p. 296:

[TRADUCTION] Le droit d'appel donné au procureur général par [. . .] [le *Code criminel*] se limite sans doute aux «questions de droit». [. . .] Nous ne pouvons cependant considérer que cette disposition prive la Chambre d'appel du droit de vérifier le bien-fondé d'une décision sur une question mixte de droit et de fait, comme la culpabilité ou la non-culpabilité de l'accusé, si cette décision dépend, comme c'est le cas ici, de la portée, en droit, de certaines conclusions de fait du juge ou du jury, [. . .] puisque nous ne pouvons pas considérer cette décision autrement que comme une question de droit, — spécialement si, comme dans le cas présent, elle résulte clairement d'une erreur de droit de la part du savant juge de première instance. [Je souligne.]

Il revient à juste titre à notre Cour de décider si le juge du procès a mal compris la notion de consentement en matière d'agressions sexuelles, et de décider si sa conclusion qu'il existe une défense de «consentement tacite» en droit canadien était juste.

B. *Les éléments de l'infraction d'agression sexuelle*

Pour qu'un accusé soit déclaré coupable d'agression sexuelle, deux éléments fondamentaux doivent être prouvés hors de tout doute raisonnable: qu'il a commis l'*actus reus* et qu'il avait la *mens rea* requise. L'*actus reus* de l'agression consiste en des attouchements sexuels non souhaités. La *mens rea* est l'intention de se livrer à des attouchements sur une personne, tout en sachant que celle-ci n'y consent pas, en raison de ses paroles

either by words or actions, from the person being touched.

(1) Actus Reus

The crime of sexual assault is only indirectly defined in the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46. The offence is comprised of an assault within any one of the definitions in s. 265(1) of the *Code*, which is committed in circumstances of a sexual nature, such that the sexual integrity of the victim is violated: see *R. v. S. (P.L.)*, [1991] 1 S.C.R. 909. 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.

The *actus reus* of sexual assault is established by the proof of three elements: (i) touching, (ii) the sexual nature of the contact, and (iii) the absence of consent. The first two of these elements are objective. It is sufficient for the Crown to prove that the accused's actions were voluntary. The sexual nature of the assault is determined objectively; the Crown need not prove that the accused had any *mens rea* with respect to the sexual nature of his or her behaviour: see *R. v. Litchfield*, [1993] 4 S.C.R. 333, and *R. v. Chase*, [1987] 2 S.C.R. 293.

ou de ses actes, ou encore en faisant montre d'insouciance ou d'aveuglement volontaire à l'égard de cette absence de consentement.

(1) L'actus reus

Le *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, ne définit qu'indirectement le crime d'agression sexuelle. L'infraction consiste en des voies de fait visées par l'une ou l'autre des définitions du par. 265(1) du *Code*, et qui sont commises dans des circonstances de nature sexuelle telles qu'il y a atteinte à l'intégrité sexuelle de la victime: voir *R. c. S. (P.L.)*, [1991] 1 R.C.S. 909. L'article 265 est ainsi rédigé:

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 infraction de lésions corporelles et les agressions sexuelles graves.

L'*actus reus* de l'agression sexuelle est établi par la preuve de trois éléments: (i) les attouchements, (ii) la nature sexuelle des contacts, (iii) l'absence de consentement. Les deux premiers éléments sont objectifs. Il suffit que le ministère public prouve que les actes de l'accusé étaient volontaires. La nature sexuelle de l'agression est déterminée objectivement; le ministère public n'a pas besoin de prouver que l'accusé avait quelque *mens rea* pour ce qui est de la nature sexuelle de son comportement: voir *R. c. Litchfield*, [1993] 4 R.C.S. 333, et *R. c. Chase*, [1987] 2 R.C.S. 293.

24

25

26 The absence of consent, however, is subjective and determined by reference to the complainant's subjective internal state of mind towards the touching, at the time it occurred: see *R. v. Jensen* (1996), 106 C.C.C. (3d) 430 (Ont. C.A.), at pp. 437-38, aff'd [1997] 1 S.C.R. 304, *R. v. Park*, [1995] 2 S.C.R. 836, at p. 850, per L'Heureux-Dubé J., and D. Stuart, *Canadian Criminal Law* (3rd ed. 1995), at p. 513.

27 Confusion has arisen from time to time on the meaning of consent as an element of the *actus reus* of sexual assault. Some of this confusion has been caused by the word "consent" itself. A number of commentators have observed that the notion of consent connotes active behaviour: see, for example, N. Brett, "Sexual Offenses and Consent" (1998), 11 *Can. J. Law & Jur.* 69, at p. 73. While this may be true in the general use of the word, for the purposes of determining the absence of consent as an element of the *actus reus*, the actual state of mind of the complainant is determinative. At this point, the trier of fact is only concerned with the complainant's perspective. The approach is purely subjective.

28 The rationale underlying the criminalization of assault explains this. Society is committed to protecting the personal integrity, both physical and psychological, of every individual. Having control over who touches one's body, and how, lies at the core of human dignity and autonomy. The inclusion of assault and sexual assault in the *Code* expresses society's determination to protect the security of the person from any non-consensual contact or threats of force. The common law has recognized for centuries that the individual's right to physical integrity is a fundamental principle, "every man's person being sacred, and no other having a right to meddle with it, in any the slightest manner": see Blackstone's *Commentaries on the Laws of England* (4th ed. 1770), Book III, at p. 120. It follows that any intentional but unwanted touching is criminal.

Toutefois, 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: voir *R. c. Jensen* (1996), 106 C.C.C. (3d) 430 (C.A. Ont.), aux pp. 437 et 438, conf. par [1997] 1 R.C.S. 304, *R. c. Park*, [1995] 2 R.C.S. 836, à la p. 850, le juge L'Heureux-Dubé, et D. Stuart, *Canadian Criminal Law* (3^e éd. 1995), à la p. 513.

Il arrive à l'occasion qu'il y ait confusion quant à la signification du consentement comme élément de l'*actus reus* de l'infraction d'agression sexuelle. Cette confusion est causée en partie par le mot «consentement» lui-même. Selon plusieurs commentateurs, la notion de consentement suggère un comportement actif: voir N. Brett, «Sexual Offenses and Consent» (1998), 11 *Can. J. Law & Jur.* 69, à la p. 73. Bien que cela puisse être exact dans l'usage général du mot, pour décider si l'absence de consentement est un élément de l'*actus reus*, c'est l'état d'esprit réel de la plaignante qui est déterminant. À cette étape, le juge des faits ne s'intéresse qu'au point de vue de la plaignante. La démarche est purement subjective.

Le raisonnement qui sous-tend la criminalisation des voies de fait explique cet état de choses. La société est déterminée à protéger l'intégrité personnelle, tant physique que psychologique, de tout individu. Le pouvoir de l'individu de décider qui peut toucher son corps et de quelle façon est un aspect fondamental de la dignité et de l'autonomie de l'être humain. L'inclusion des infractions de voies de fait et d'agression sexuelle dans le *Code* témoigne de la détermination de la société à assurer la sécurité des personnes, en les protégeant des contacts non souhaités ou des menaces de recours à la force. La common law reconnaît depuis des siècles que le droit d'un individu à son intégrité physique est un principe fondamental: [TRADUCTION] «la personne de tout homme étant sacrée, et nul n'ayant le droit de lui porter atteinte, quelque légère qu'elle soit»: voir Blackstone, *Commentaires sur les lois anglaises*, 1823, t. 4, aux pp. 195 et 196. Par conséquent, tout attouchement intentionnel mais non souhaité est criminel.

While the complainant's testimony is the only source of direct evidence as to her state of mind, credibility must still be assessed by the trial judge, or jury, in light of all the evidence. It is open to the accused to claim that the complainant's words and actions, before and during the incident, raise a reasonable doubt against her assertion that she, in her mind, did not want the sexual touching to take place. If, however, as occurred in this case, the trial judge believes the complainant that she subjectively did not consent, the Crown has discharged its obligation to prove the absence of consent.

The complainant's statement that she did not consent is a matter of credibility to be weighed in light of all the evidence including any ambiguous conduct. The question at this stage is purely one of credibility, and whether the totality of the complainant's conduct is consistent with her claim of non-consent. The accused's perception of the complainant's state of mind is not relevant. That perception only arises when a defence of honest but mistaken belief in consent is raised in the *mens rea* stage of the inquiry.

(a) "*Implied Consent*"

Counsel for the respondent submitted that the trier of fact may believe the complainant when she says she did not consent, but still acquit the accused on the basis that her conduct raised a reasonable doubt. Both he and the trial judge refer to this as "implied consent". It follows from the foregoing, however, that the trier of fact may only come to one of two conclusions: the complainant either consented or not. There is no third option. If the trier of fact accepts the complainant's testimony that she did not consent, no matter how strongly her conduct may contradict that claim, the absence of consent is established and the third component of the *actus reus* of sexual assault is proven. The doctrine of implied consent has been recognized in our common law jurisprudence in a

Bien que le témoignage de la plaignante soit la seule preuve directe de son état d'esprit, le juge du procès ou le jury doit néanmoins apprécier sa crédibilité à la lumière de l'ensemble de la preuve. Il est loisible à l'accusé de prétendre que les paroles et les actes de la plaignante, avant et pendant l'incident, soulèvent un doute raisonnable quant à l'affirmation de cette dernière selon laquelle, dans son esprit, elle ne voulait pas que les attouchements sexuels aient lieu. Si, toutefois, comme c'est le cas en l'espèce, le juge du procès croit la plaignante lorsqu'elle dit qu'elle n'a pas subjectivement consenti, le ministère public s'est acquitté de l'obligation qu'il avait de prouver l'absence de consentement.

La déclaration de la plaignante selon laquelle elle n'a pas consenti est une question de crédibilité, qui doit être appréciée à la lumière de l'ensemble de la preuve, y compris de tout comportement ambigu. À cette étape, il s'agit purement d'une question de crédibilité, qui consiste à se demander si, dans son ensemble, le comportement de la plaignante est compatible avec sa prétention selon laquelle elle n'a pas consenti. La perception qu'avait l'accusé de l'état d'esprit de la plaignante n'est pas pertinente. Cette perception n'entre en jeu que dans le cas où la défense de croyance sincère mais erronée au consentement est invoquée à l'étape de la *mens rea* de l'enquête.

a) *Le «consentement tacite»*

L'avocat de l'intimé a soutenu que le juge des faits peut croire la plaignante quand elle affirme ne pas avoir consenti, mais néanmoins acquitter l'accusé pour le motif que le comportement de la plaignante a soulevé un doute raisonnable. Tant l'avocat de l'appelant que le juge du procès ont appelé cette situation le «consentement tacite». Cependant, il découle de l'exposé fait précédemment que le juge des faits ne peut tirer que l'une ou l'autre des deux conclusions suivantes: la plaignante a consenti ou elle n'a pas consenti. Il n'y a pas de troisième possibilité. Si le juge des faits accepte le témoignage de la plaignante qu'elle n'a pas consenti, même si son comportement contredit fortement cette prétention, l'absence de consentement est établie et le troisième élément de l'*actus reus*

29

30

31

variety of contexts but sexual assault is not one of them. There is no defence of implied consent to sexual assault in Canadian law.

(b) *Application to the Present Case*

32 In this case, the trial judge accepted the evidence of the complainant that she did not consent. That being so, he then misdirected himself when he considered the actions of the complainant, and not her subjective mental state, in determining the question of consent. As a result, he disregarded his previous finding that all the accused's sexual touching was unwanted. Instead he treated what he perceived as her ambiguous conduct as a failure by the Crown to prove the absence of consent.

33 As previously mentioned, the trial judge accepted the complainant's testimony that she did not want the accused to touch her, but then treated her conduct as raising a reasonable doubt about consent, described by him as "implied consent". This conclusion was an error. See D. Stuart, Annotation on *R. v. Ewanchuk* (1998), 13 C.R. (5th) 330, where the author points out that consent is a matter of the state of mind of the complainant while belief in consent is, subject to s. 273.2 of the *Code*, a matter of the state of mind of the accused and may raise the defence of honest but mistaken belief in consent.

34 The finding that the complainant did not want or consent to the sexual touching cannot co-exist with a finding that reasonable doubt exists on the question of consent. The trial judge's acceptance of the complainant's testimony regarding her own state of mind was the end of the matter on this point.

de l'agression sexuelle est prouvé. Dans notre jurisprudence de common law, la doctrine du consentement tacite a été reconnue dans divers contextes, mais pas dans celui de l'agression sexuelle. Il n'existe pas de défense de consentement tacite en matière d'agression sexuelle en droit canadien.

b) *L'application à la présente affaire*

En l'espèce, le juge du procès a accepté le témoignage de la plaignante qu'elle n'avait pas consenti. Cela étant, il s'est ensuite donné de mauvaises directives lorsqu'il a pris en compte les actes de la plaignante, mais non son état d'esprit subjectif, pour décider de la question du consentement. Par conséquent, il n'a pas tenu compte de sa conclusion précédente selon laquelle tous les attouchements sexuels de l'accusé étaient non souhaités. Il a plutôt considéré ce qu'il percevait comme un comportement ambigu de la part de la plaignante comme étant l'incapacité du ministère public de prouver l'absence de consentement.

Comme je l'ai mentionné plus tôt, le juge des faits a accepté le témoignage de la plaignante qu'elle ne voulait pas que l'accusé la touche, mais il a par la suite considéré que le comportement de cette dernière soulevait un doute raisonnable quant au consentement, constituant ce qu'il a décrit comme un «consentement tacite». Cette conclusion était une erreur. Voir D. Stuart, Annotation on *R. v. Ewanchuk* (1998), 13 C.R. (5th) 330, où l'auteur souligne que le consentement est une question qui touche à l'état d'esprit de la plaignante alors que la croyance au consentement est, sous réserve de l'art. 273.2 du *Code*, une question qui touche à l'état d'esprit de l'accusé et peut donner lieu à la défense de croyance sincère mais erronée au consentement.

La conclusion que la plaignante ne désirait pas les attouchements sexuels ou n'y a pas consenti ne peut coexister avec la conclusion qu'il existe un doute raisonnable sur la question du consentement. L'acceptation par le juge du procès du témoignage de la plaignante relativement à son état d'esprit avait tranché cette question.

This error was compounded somewhat by the trial judge's holding that the complainant's subjective and self-contained fear would not have changed his mind as to whether she consented. Although he needn't have considered this question, having already found that she did not in fact consent, any residual doubt raised by her ambiguous conduct was accounted for by what he accepted as an honest and pervasive fear held by the complainant.

(c) *Effect of the Complainant's Fear*

To be legally effective, consent must be freely given. Therefore, even if the complainant consented, or her conduct raises a reasonable doubt about her non-consent, circumstances may arise which call into question what factors prompted her apparent consent. The *Code* defines a series of conditions under which the law will deem an absence of consent in cases of assault, notwithstanding the complainant's ostensible consent or participation. As enumerated in s. 265(3), these include submission by reason of force, fear, threats, fraud or the exercise of authority, and codify the longstanding common law rule that consent given under fear or duress is ineffective: see G. Williams, *Textbook of Criminal Law* (2nd ed. 1983), at pp. 551-61. This section reads as follows:

265. . . .

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

- (a) the application of force to the complainant or to a person other than the complainant;
- (b) threats or fear of the application of force to the complainant or to a person other than the complainant;
- (c) fraud; or
- (d) the exercise of authority.

Cette erreur a dans une certaine mesure été exacerbée par la conclusion du juge du procès que la peur subjective et contenue de la plaignante ne l'aurait pas amené à changer d'avis sur la question du consentement. Même si le juge du procès n'avait pas à se poser cette question, puisqu'il avait déjà conclu que la plaignante n'avait pas consenti dans les faits, tout doute qu'il pouvait encore avoir en raison du comportement ambigu de cette dernière avait été dissipé lorsqu'il avait accepté la crainte sincère et omniprésente ressentie par la plaignante.

(c) *L'effet de la crainte de la plaignante*

Pour être valide en droit, le consentement doit être donné librement. Par conséquent, même si la plaignante a consenti, ou si son comportement soulève un doute raisonnable quant à l'absence de consentement, il peut exister des circonstances amenant à s'interroger sur les facteurs qui ont pu motiver le consentement apparent de la plaignante. Le *Code* définit une série de situations dans lesquelles le droit considère qu'il y a eu absence de consentement dans des affaires de voies de fait, et ce malgré la participation ou le consentement apparent de la plaignante. Le paragraphe 265(3) énumère plusieurs, dont la soumission en raison de la force, de la crainte, de menaces, de la fraude ou de l'exercice de l'autorité, et il codifie la règle bien établie de common law selon laquelle le consentement donné sous l'empire de la crainte ou de la contrainte n'est pas valable: voir G. Williams, *Textbook of Criminal Law* (2^e éd. 1983), aux pp. 551 à 561. Cette disposition est ainsi rédigée:

265. . . .

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

- a) soit de l'emploi de la force envers le plaignant ou une autre personne;
- b) soit des menaces d'emploi de la force ou de la crainte de cet emploi envers le plaignant ou une autre personne;
- c) soit de la fraude;
- d) soit de l'exercice de l'autorité.

35

36

37 The words of Fish J.A. in *Saint-Laurent v. Héту*, [1994] R.J.Q. 69 (C.A.), at p. 82, aptly describe the concern which the trier of fact must bear in mind when evaluating the actions of a complainant who claims to have been under fear, fraud or duress:

“Consent” is . . . stripped of its defining characteristics when it is applied to the submission, non-resistance, non-objection, or even the apparent agreement, of a deceived, unconscious or compelled will.

38 In these instances the law is interested in a complainant’s reasons for choosing to participate in, or ostensibly consent to, the touching in question. In practice, this translates into an examination of the choice the complainant believed she faced. The courts’ concern is whether she freely made up her mind about the conduct in question. The relevant section of the *Code* is s. 265(3)(b), which states that there is no consent as a matter of law where the complainant believed that she was choosing between permitting herself to be touched sexually or risking being subject to the application of force.

39 The question is not whether the complainant would have preferred not to engage in the sexual activity, but whether she believed herself to have only two choices: to comply or to be harmed. If a complainant agrees to sexual activity solely because she honestly believes that she will otherwise suffer physical violence, the law deems an absence of consent, and the third component of the *actus reus* of sexual assault is established. The trier of fact has to find that the complainant did not want to be touched sexually and made her decision to permit or participate in sexual activity as a result of an honestly held fear. The complainant’s fear need not be reasonable, nor must it be communicated to the accused in order for consent to be vitiated. While the plausibility of the alleged fear, and any overt expressions of it, are obviously relevant to assessing the credibility of the complainant

Dans *Saint-Laurent c. Héту*, [1994] R.J.Q. 69 (C.A.), à la p. 82, le juge Fish a décrit avec justesse la préoccupation que doit sans cesse avoir à l’esprit le juge des faits lorsqu’il évalue les actes d’une plaignante qui prétend avoir été sous l’empire de la crainte, de la fraude ou de la contrainte:

[TRADUCTION] Le «consentement» est [. . .] dépouillé des caractéristiques qui le définissent lorsqu’il est appliqué à la soumission, à l’absence de résistance, à l’absence d’opposition ou même à l’accord apparent d’une volonté trompée, inconsciente ou imposée.

Dans ces circonstances, le droit s’attache aux raisons qu’a la plaignante de décider de participer aux attouchements en question ou d’y consentir apparemment. En pratique, cela se traduit par l’examen du choix auquel la plaignante croyait être confrontée. Le souci des tribunaux est alors de déterminer si la plaignante a librement choisi le comportement en cause. La disposition pertinente du *Code* est l’al. 265(3)b), suivant lequel il n’y a pas de consentement en droit lorsque la plaignante croyait qu’elle choisissait entre soit permettre qu’on la touche sexuellement soit risquer d’être victime de l’emploi de la force.

La question n’est pas de savoir si la plaignante aurait préféré ne pas se livrer à l’activité sexuelle, mais plutôt si elle croyait n’avoir le choix qu’entre deux partis: acquiescer ou être violente. Si la plaignante donne son accord à l’activité sexuelle uniquement parce qu’elle croit sincèrement qu’elle subira de la violence physique si elle ne le fait pas, le droit considère qu’il y a absence de consentement, et le troisième élément de l’*actus reus* de l’infraction d’agression sexuelle est établi. Le juge des faits doit conclure que la plaignante ne voulait pas subir d’attouchements sexuels et qu’elle a décidé de permettre l’activité sexuelle ou d’y participer en raison d’une crainte sincère. Il n’est pas nécessaire que la crainte de la plaignante soit raisonnable, ni qu’elle ait été communiquée à l’accusé pour que le consentement soit vicié. Bien que la plausibilité de la crainte alléguée et toutes expressions évidentes de cette crainte soient manifestement pertinentes pour apprécier la crédibilité de la prétention de la plaignante qu’elle a consenti

ant's claim that she consented out of fear, the approach is subjective.

Section 265(3) identifies an additional set of circumstances in which the accused's conduct will be culpable. The trial judge only has to consult s. 265(3) in those cases where the complainant has actually chosen to participate in sexual activity, or her ambiguous conduct or submission has given rise to doubt as to the absence of consent. If, as in this case, the complainant's testimony establishes the absence of consent beyond a reasonable doubt, the *actus reus* analysis is complete, and the trial judge should have turned his attention to the accused's perception of the encounter and the question of whether the accused possessed the requisite *mens rea*.

(2) *Mens Rea*

Sexual assault is a crime of general intent. Therefore, the Crown need only prove that the accused intended to touch the complainant in order to satisfy the basic *mens rea* requirement. See *R. v. Daviault*, [1994] 3 S.C.R. 63.

However, since sexual assault only becomes a crime in the absence of the complainant's consent, the common law recognizes a defence of mistake of fact which removes culpability for those who honestly but mistakenly believed that they had consent to touch the complainant. To do otherwise would result in the injustice of convicting individuals who are morally innocent: see *R. v. Creighton*, [1993] 3 S.C.R. 3. As such, the *mens rea* of sexual assault contains two elements: intention to touch and knowing of, or being reckless of or wilfully blind to, a lack of consent on the part of the person touched. See *Park*, *supra*, at para. 39.

The accused may challenge the Crown's evidence of *mens rea* by asserting an honest but mistaken belief in consent. The nature of this defence was described in *Pappajohn v. The Queen*, [1980]

sous l'effet de la crainte, la démarche est subjective.

Le paragraphe 265(3) précise une série de situations additionnelles où le comportement de l'accusé sera jugé coupable. Le juge du procès n'est tenu de consulter le par. 265(3) que dans les cas où la plaignante a réellement choisi de participer à l'activité sexuelle ou dans ceux où son comportement ambigu fait naître un doute relativement à l'absence de consentement. Si, comme en l'espèce, le témoignage de la plaignante établit l'absence de consentement hors de tout doute raisonnable, l'analyse de l'*actus reus* est terminée, et le juge du procès aurait dû porter son attention sur la perception de la rencontre par l'accusé et sur la question de savoir si ce dernier avait eu la *mens rea* requise.

(2) *La mens rea*

L'agression sexuelle est un acte criminel d'intention générale. Par conséquent, le ministère public n'a qu'à prouver que l'accusé avait l'intention de se livrer à des attouchements sur la plaignante pour satisfaire à l'exigence fondamentale relative à la *mens rea*. Voir *R. c. Daviault*, [1994] 3 R.C.S. 63.

Toutefois, étant donné que l'agression sexuelle ne devient un crime qu'en l'absence de consentement de la plaignante, la common law admet une défense d'erreur de fait qui décharge de toute culpabilité l'individu qui croyait sincèrement mais erronément que la plaignante avait consenti aux attouchements. Agir autrement donnerait lieu à l'injustice que constituerait le fait de déclarer coupable des personnes moralement innocentes: voir *R. c. Creighton*, [1993] 3 R.C.S. 3. Par conséquent, la *mens rea* de l'agression sexuelle comporte deux éléments: l'intention de se livrer à des attouchements sur une personne et la connaissance de son absence de consentement ou l'insouciance ou l'aveuglement volontaire à cet égard. Voir *Park*, précité, au par. 39.

L'accusé peut contester la preuve de *mens rea* du ministère public en plaçant la croyance sincère mais erronée au consentement. La nature de cette défense a été décrite dans *Pappajohn c. La Reine*,

40

41

42

43

2 S.C.R. 120, at p. 148, by Dickson J. (as he then was) (dissenting in the result):

Mistake is a defence . . . where it prevents an accused from having the *mens rea* which the law requires for the very crime with which he is charged. Mistake of fact is more accurately seen as a negation of guilty intention than as the affirmation of a positive defence. It avails an accused who acts innocently, pursuant to a flawed perception of the facts, and nonetheless commits the *actus reus* of an offence. Mistake is a defence though, in the sense that it is raised as an issue by an accused. The Crown is rarely possessed of knowledge of the subjective factors which may have caused an accused to entertain a belief in a fallacious set of facts.

44 The defence of mistake is simply a denial of *mens rea*. It does not impose any burden of proof upon the accused (see *R. v. Robertson*, [1987] 1 S.C.R. 918, at p. 936) and it is not necessary for the accused to testify in order to raise the issue. Support for the defence may stem from any of the evidence before the court, including, the Crown's case-in-chief and the testimony of the complainant. However, as a practical matter, this defence will usually arise in the evidence called by the accused.

(a) *Meaning of "Consent" in the Context of an Honest but Mistaken Belief in Consent*

45 As with the *actus reus* of the offence, consent is an integral component of the *mens rea*, only this time it is considered from the perspective of the accused. Speaking of the *mens rea* of sexual assault in *Park, supra*, at para. 39, L'Heureux-Dubé J. (in her concurring reasons) stated that:

. . . the *mens rea* of sexual assault is not only satisfied when it is shown that the accused knew that the complainant was essentially saying "no", but is also satisfied when it is shown that the accused knew that the complainant was essentially not saying "yes".

46 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. A

[1980] 2 R.C.S. 120, à la p. 148, par le juge Dickson (plus tard Juge en chef) (dissentant quant au résultat):

L'erreur constitue [. . .] un moyen de défense lorsqu'elle empêche un accusé de former la *mens rea* exigée en droit pour l'infraction même dont on l'accuse. L'erreur de fait est plus justement décrite comme une négation d'intention coupable que comme un moyen de défense positif. Un accusé peut l'invoquer lorsqu'il agit innocemment, par suite d'une perception viciée des faits, et qu'il commet néanmoins l'*actus reus* d'une infraction. L'erreur constitue cependant un moyen de défense, en ce sens que c'est l'accusé qui le soulève. Le ministère public connaît rarement les facteurs subjectifs qui ont pu amener un accusé à croire à l'existence de faits erronés.

La défense d'erreur est simplement une dénégation de la *mens rea*. Elle n'impose aucune charge de la preuve à l'accusé (voir *R. c. Robertson*, [1987] 1 R.C.S. 918, à la p. 936) et il n'est pas nécessaire que l'accusé témoigne pour que se soulève ce point. Cette défense peut découler de tout élément de preuve présenté au tribunal, y compris la preuve principale du ministère public et le témoignage de la plaignante. Cependant, en pratique, cette défense découle habituellement de la preuve présentée par l'accusé.

a) *Le sens de la notion de «consentement» dans le contexte de la croyance sincère mais erronée au consentement*

Tout comme pour l'*actus reus* de l'infraction, le consentement fait partie intégrante de la *mens rea*, mais, cette fois-ci, il est considéré du point de vue de l'accusé. Parlant de la *mens rea* de l'agression sexuelle dans *Park*, précité, au par. 39 (dans ses motifs concordants), le juge L'Heureux-Dubé affirme ceci:

. . . la *mens rea* de l'agression sexuelle est établie non seulement lorsqu'il est démontré que l'accusé savait que la plaignante disait essentiellement «non», mais encore lorsqu'il est démontré qu'il savait que la plaignante, essentiellement, ne disait pas «oui».

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

belief by the accused that the complainant, in her own mind wanted him to touch her but did not express that desire, is not a defence. The accused's speculation as to what was going on in the complainant's mind provides no defence.

For the purposes of the *mens rea* analysis, the question is whether the accused believed that he had obtained consent. What matters is whether the accused believed that the complainant effectively said "yes" through her words and/or actions. The statutory definition added to the *Code* by Parliament in 1992 is consistent with the common law:

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.

There is a difference in the concept of "consent" as it relates to the state of mind of the complainant *vis-à-vis* the *actus reus* of the offence and the state of mind of the accused in respect of the *mens rea*. For the purposes of the *actus reus*, "consent" means that the complainant in her mind wanted the sexual touching to take place.

In the context of *mens rea* – specifically for the purposes of the honest but mistaken belief in consent – "consent" means that the complainant had affirmatively communicated by words or conduct her agreement to engage in sexual activity with the accused. This distinction should always be borne in mind and the two parts of the analysis kept separate.

(b) *Limits on Honest but Mistaken Belief in Consent*

Not all beliefs upon which an accused might rely will exculpate him. Consent in relation to the *mens rea* of the accused is limited by both the common law and the provisions of ss. 273.1(2) and 273.2 of the *Code*, which provide that:

question. Le fait que l'accusé ait cru dans son esprit que le plaignant souhaitait qu'il la touche, sans toutefois avoir manifesté ce désir, ne constitue pas une défense. Les suppositions de l'accusé relativement à ce qui se passait dans l'esprit de la plaignante ne constituent pas un moyen de défense.

Dans le cadre de l'analyse de la *mens rea*, la question est de savoir si l'accusé croyait avoir obtenu le consentement de la plaignante. Ce qui importe, c'est de savoir si l'accusé croyait que le plaignant avait vraiment dit «oui» par ses paroles, par ses actes, ou les deux. La définition légale qui a été ajoutée au *Code* par le Parlement en 1992 est conforme à la common law:

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.

La notion de «consentement» diffère selon qu'elle se rapporte à l'état d'esprit de la plaignante vis-à-vis de l'*actus reus* de l'infraction et à l'état d'esprit de l'accusé vis-à-vis de la *mens rea*. Pour les fins de l'*actus reus*, la notion de «consentement» signifie que, dans son esprit, la plaignante souhaitait que les attouchements sexuels aient lieu.

Dans le contexte de la *mens rea* — particulièrement pour l'application de la croyance sincère mais erronée au consentement — la notion de «consentement» signifie que la plaignante avait, par ses paroles ou son comportement, manifesté son accord à l'activité sexuelle avec l'accusé. Il ne faut jamais oublier cette distinction, et les deux volets de l'analyse doivent demeurer distincts.

b) *Les limites de la croyance sincère mais erronée au consentement*

Ce ne sont pas toutes les croyances invoquées par un accusé qui le disculpent. Eu égard à la *mens rea* de l'accusé, la notion de consentement est limitée tant par la common law que par les dispositions du par. 273.1(2) et de l'art. 273.2 du *Code*, qui se lisent:

47

48

49

50

273.1 . . .

(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.

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
- (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.

51

For instance, a belief that silence, passivity or ambiguous conduct constitutes consent is a mistake of law, and provides no defence: see *R. v. M. (M.L.)*, [1994] 2 S.C.R. 3. Similarly, an accused cannot rely upon his purported belief that the complainant's expressed lack of agreement to sexual touching in fact constituted an invitation to more persistent or aggressive contact. An accused cannot say that he thought "no meant yes". As Fraser C.J. stated at p. 272 of her dissenting reasons below:

One "No" will do to put the other person on notice that there is then a problem with "consent". *Once a woman says "No" during the course of sexual activity, the person intent on continued sexual activity with her must then obtain a clear and unequivocal "Yes" before he*

273.1 . . .

(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.

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

- a) cette croyance provient:
 - (i) soit de l'affaiblissement volontaire de ses facultés,
 - (ii) soit de son insouciance ou d'un aveuglement volontaire;
- b) il n'a pas pris les mesures raisonnables, dans les circonstances dont il avait alors connaissance, pour s'assurer du consentement.

Par exemple, le fait de croire que le silence, la passivité ou le comportement ambigu de la plaignante valent consentement de sa part est une erreur de droit et ne constitue pas un moyen de défense: voir *R. c. M. (M.L.)*, [1994] 2 R.C.S. 3. De même, un accusé ne peut invoquer sa croyance que l'absence d'accord exprimée par la plaignante aux attouchements sexuels constituait dans les faits une invitation à des contacts plus insistants ou plus énergiques. L'accusé ne peut pas dire qu'il croyait que «non voulait dire oui». Comme a dit le juge en chef Fraser, à la p. 272 de ses motifs de dissidence:

[TRADUCTION] Un seul «Non» suffit pour informer l'autre partie qu'il y a un problème en ce qui a trait au «consentement». *Dès qu'une femme a dit «non» pendant l'activité sexuelle, la personne qui entend poursuivre l'activité sexuelle avec elle doit alors obtenir un «Oui»*

again touches her in a sexual manner. [Emphasis in original.]

I take the reasons of Fraser C.J. to mean that an unequivocal “yes” may be given by either the spoken word or by conduct.

Common sense should dictate that, once the complainant has expressed her unwillingness to engage in sexual contact, the accused should make certain that she has truly changed her mind before proceeding with further intimacies. The accused cannot rely on the mere lapse of time or the complainant’s silence or equivocal conduct to indicate that there has been a change of heart and that consent now exists, nor can he engage in further sexual touching to “test the waters”. Continuing sexual contact after someone has said “No” is, at a minimum, reckless conduct which is not excusable. In *R. v. Esau*, [1997] 2 S.C.R. 777, at para. 79, the Court stated:

An accused who, due to wilful blindness or recklessness, believes that a complainant . . . in fact consented to the sexual activity at issue is precluded from relying on a defence of honest but mistaken belief in consent, a fact that Parliament has codified: *Criminal Code*, s. 273.2(a)(ii).

(c) *Application to the Facts*

In this appeal the accused does not submit that the complainant’s clearly articulated “No’s” were ambiguous or carried some other meaning. In fact, the accused places great reliance on his having stopped immediately each time the complainant said “no” in order to show that he had no intention to force himself upon her. He therefore knew that the complainant was not consenting on four separate occasions during their encounter.

The question which the trial judge ought to have considered was whether anything occurred between the communication of non-consent and the subsequent sexual touching which the accused could honestly have believed constituted consent.

clair et non équivoque avant de la toucher à nouveau de manière sexuelle. [En italique dans l’original.]

J’estime que les motifs du juge en chef Fraser signifient qu’un «oui» non équivoque peut soit être donné de vive voix, soit être exprimé par le comportement.

Le sens commun devrait dicter que, dès que la plaignante a indiqué qu’elle n’est pas disposée à participer à des contacts sexuels, l’accusé doit s’assurer qu’elle a réellement changé d’avis avant d’engager d’autres gestes intimes. L’accusé ne peut se fier au simple écoulement du temps ou encore au silence ou au comportement équivoque de la plaignante pour déduire que cette dernière a changé d’avis et qu’elle consent, et il ne peut pas non plus se livrer à d’autres attouchements sexuels afin de «voir ce qui va se passer». La poursuite de contacts sexuels après qu’une personne a dit «non» est, à tout le moins, une conduite insouciance qui n’est pas excusable. Dans *R. c. Esau*, [1997] 2 R.C.S. 777, au par. 79, la Cour a déclaré ceci:

L’accusé qui, en raison d’ignorance volontaire ou d’insouciance, croit que le plaignant [. . .] a réellement consenti à l’activité sexuelle en question est dans l’impossibilité d’invoquer la défense de croyance sincère mais erronée au consentement. C’est un fait que le législateur a codifié au sous-al. 273.2a)(ii) du *Code criminel*.

c) *L’application aux faits*

Dans le présent pourvoi, l’accusé ne prétend pas que les «non» clairement exprimés par la plaignante étaient ambigus ou avaient un autre sens. En fait, l’accusé insiste beaucoup sur le fait que, chaque fois que la plaignante a dit «non», il a immédiatement cessé ce qu’il faisait afin de montrer qu’il n’avait pas l’intention de la prendre de force. À quatre occasions distinctes pendant leur rencontre, il a donc été à même de constater que la plaignante n’était pas consentante.

Le juge du procès aurait dû se demander si, entre le moment où le non-consentement a été exprimé et les attouchements sexuels ultérieurs, il s’était passé quelque chose que l’accusé aurait pu sincèrement considérer comme un consentement.

52

53

54

55 The trial judge explicitly chose not to consider whether the accused had the defence of honest but mistaken belief in consent, and concluded that the defence was probably not available unless the accused testified. This conclusion ignores the right of the accused to have this defence considered solely on the Crown's case. The trial judge paid only passing interest to this defence undoubtedly because he had concluded that the defence of implied consent exonerated the accused. The accused is entitled to have all available defences founded on a proper basis considered by the court, whether he raises them or not: see *R. v. Bulmer*, [1987] 1 S.C.R. 782, at p. 789.

56 In *Esau*, *supra*, at para. 15, the Court stated that, "before a court should consider honest but mistaken belief or instruct a jury on it there must be some plausible evidence in support so as to give an air of reality to the defence". See also *R. v. Osolin*, [1993] 4 S.C.R. 595. All that is required is for the accused to adduce some evidence, or refer to evidence already adduced, upon which a properly instructed trier of fact could form a reasonable doubt as to his *mens rea*: see *Osolin*, *supra*, at pp. 653-54, and p. 687.

57 The analysis in this appeal makes no attempt to weigh the evidence. At this point we are concerned only with the facial plausibility of the defence of honest but mistaken belief and should avoid the risk of turning the air of reality test into a substantive evaluation of the merits of the defence.

58 As the accused did not testify, the only evidence before the Court was that of the complainant. She stated that she immediately said "NO" every time the accused touched her sexually, and that she did nothing to encourage him. Her evidence was accepted by the trial judge as credible and sincere. Indeed, the accused relies on the fact that he momentarily stopped his advances each time the

Le juge du procès a explicitement choisi de ne pas se demander si l'accusé était fondé à invoquer la défense de croyance sincère mais erronée au consentement, et il a conclu que ce moyen ne pouvait probablement pas être plaidé à moins que l'accusé ne témoigne pour sa défense. Cette conclusion ne tient pas compte du droit de l'accusé à ce que cette défense soit analysée à la seule lumière de la preuve du ministère public. Le juge du procès ne s'est arrêté que brièvement à ce moyen de défense, sans doute parce qu'il avait conclu que la défense de consentement tacite disculpait l'accusé. L'accusé a droit à ce que le tribunal prenne en considération tous les moyens de défense suffisamment étayés par la preuve, qu'il les ait invoqués ou non: voir *R. c. Bulmer*, [1987] 1 R.C.S. 782, à la p. 789.

Dans *Esau*, précité, au par. 15, la Cour affirme que, «pour qu'une cour soit tenue d'examiner la croyance sincère mais erronée ou de donner au jury des directives à cet égard, cette croyance doit d'abord être appuyée par une preuve plausible de façon que la défense acquière une vraisemblance». Voir également *R. c. Osolin*, [1993] 4 R.C.S. 595. Il suffit que l'accusé présente des éléments de preuve, ou renvoie à des éléments déjà présentés, à partir desquels un juge des faits ayant reçu des directives appropriées pourrait former un doute raisonnable quant à l'existence de la *mens rea* de l'accusé: voir *Osolin*, précité, aux pp. 653 et 654 et à la p. 687.

L'analyse faite dans le présent pourvoi ne vise pas à soupeser les éléments de preuve. À ce stade-ci, nous ne nous attachons qu'à la plausibilité apparente de la défense de croyance sincère mais erronée, et il faut éviter le risque de transformer le critère de la vraisemblance en une évaluation substantielle du bien-fondé de la défense.

Compte tenu du fait que l'accusé n'a pas témoigné, le seul élément de preuve dont dispose notre Cour est le témoignage de la plaignante. Elle a déclaré avoir dit immédiatement «NON» chaque fois que l'accusé l'a touchée sexuellement, et n'avoir rien fait pour l'encourager. Le juge du procès a trouvé le témoignage de la plaignante crédible et sincère. De fait, l'accusé invoque comme

complainant said “NO” as evidence of his good intentions. This demonstrates that he understood the complainant’s “NO’s” to mean precisely that. Therefore, there is nothing on the record to support the accused’s claim that he continued to believe her to be consenting, or that he re-established consent before resuming physical contact. The accused did not raise nor does the evidence disclose an air of reality to the defence of honest but mistaken belief in consent to this sexual touching.

The trial record conclusively establishes that the accused’s persistent and increasingly serious advances constituted a sexual assault for which he had no defence. But for his errors of law, the trial judge would necessarily have found the accused guilty. In this case, a new trial would not be in the interests of justice. Therefore, it is proper for this Court to exercise its discretion under s. 686(4) of the *Code* and enter a conviction: see *R. v. Cassidy*, [1989] 2 S.C.R. 345, at pp. 354-55.

In her reasons, Justice L’Heureux-Dubé makes reference to s. 273.2(b) of the *Code*. Whether the accused took reasonable steps is a question of fact to be determined by the trier of fact only after the air of reality test has been met. In view of the way the trial and appeal were argued, s. 273.2(b) did not have to be considered.

IV. Summary

In sexual assault cases which centre on differing interpretations of essentially similar events, trial judges should first consider whether the complainant, in her mind, wanted the sexual touching in question to occur. Once the complainant has asserted that she did not consent, the question is then one of credibility. In making this assessment the trier of fact must take into account the totality of the evidence, including any ambiguous or contradictory conduct by the complainant. If the trier of fact is satisfied beyond a reasonable doubt that

preuve de ses bonnes intentions le fait qu’il a momentanément cessé ses avances chaque fois que la plaignante a dit «NON». Ce fait démontre qu’il considèrerait que les «NON» de la plaignante signifiaient précisément cela. Par conséquent, il n’y a rien au dossier qui étaye la prétention de l’accusé qu’il continuait à croire qu’elle consentait, ou qu’il avait obtenu à nouveau son consentement avant de recommencer les contacts physiques. Ni l’accusé ni la preuve ne confèrent quelque vraisemblance à la défense de croyance sincère mais erronée au consentement aux attouchements sexuels.

Le dossier du procès établit de façon concluante que les avances persistantes et de plus en plus graves de l’accusé ont constitué une agression sexuelle à laquelle il ne pouvait opposer aucun moyen de défense. N’eût été des erreurs de droit qu’il a commises, le juge du procès aurait nécessairement conclu à la culpabilité de l’accusé. En l’espèce, l’intérêt de la justice ne commande pas la tenue d’un nouveau procès. Par conséquent, notre Cour se doit d’exercer le pouvoir discrétionnaire que lui confère le par. 686(4) du *Code* et d’inscrire une déclaration de culpabilité: voir *R. c. Cassidy*, [1989] 2 R.C.S. 345, aux pp. 354 et 355.

Dans ses motifs, le juge L’Heureux-Dubé fait mention de l’al. 273.2b) du *Code*. La question de savoir si l’accusé a pris des mesures raisonnables est une question de fait qui doit être tranchée par le juge des faits, seulement après que le critère de la vraisemblance a été satisfait. Vu la façon dont le procès et l’appel ont été plaidés, l’al. 273.2b) n’avait pas à être pris en considération.

IV. Le résumé

Dans les affaires d’agression sexuelle mettant en jeu des interprétations différentes données essentiellement aux mêmes événements, le juge du procès doit d’abord se demander si la plaignante voulait, dans son esprit, que les attouchements sexuels en question aient lieu. Dès que la plaignante affirme ne pas avoir consenti, il s’agit d’une question de crédibilité. Dans cette appréciation, le juge des faits doit prendre en considération l’ensemble de la preuve, y compris le comportement ambigu ou contradictoire de la plaignante. Si le juge des

59

60

61

the complainant did not in fact consent, the *actus reus* of sexual assault is established and the inquiry must shift to the accused's state of mind.

62 If there is reasonable doubt as to consent, or if it is established that the complainant actively participated in the sexual activity, the trier of fact must still consider whether the complainant consented because of fear, fraud or the exercise of authority as enumerated in s. 265(3). The complainant's state of mind in respect of these factors need not be reasonable. If her decision to consent was motivated by any of these factors so as to vitiate her freedom of choice the law deems an absence of consent and the *actus reus* of sexual assault is again established.

63 Turning to the question of *mens rea*, it is artificial to require as a further step that the accused separately assert an honest but mistaken belief in consent once he acknowledges that the encounter between him and the complainant unfolded more or less as she describes it, but disputes that any crime took place: see *Park, supra*, at p. 851, per L'Heureux-Dubé J. In those cases, the accused can only make one claim: that on the basis of the complainant's words and conduct he believed her to be consenting. This claim both contests the complainant's assertions that in her mind she did not consent, and posits that, even if he were mistaken in his assessment of her wishes, he was nonetheless operating under a morally innocent state of mind. It is for the trier of fact to determine whether the evidence raises a reasonable doubt over either her state of mind or his.

64 In cases such as this, the accused's putting consent into issue is synonymous with an assertion of an honest belief in consent. If his belief is found to be mistaken, then honesty of that belief must be considered. As an initial step the trial judge must determine whether any evidence exists to lend an air of reality to the defence. If so, then the question

faits est convaincu hors de tout doute raisonnable que, dans les faits, la plaignante n'a pas consenti, l'*actus reus* de l'agression sexuelle est établi et l'examen doit passer à l'état d'esprit de l'accusé.

S'il y a un doute raisonnable sur la question du consentement, ou s'il est établi que la plaignante a participé activement à l'activité sexuelle, le juge des faits doit néanmoins se demander si celle-ci a consenti pour une des raisons énumérées au par. 265(3), notamment la crainte, la fraude ou l'exercice de l'autorité. Il n'est pas nécessaire que l'état d'esprit de la plaignante à l'égard de ces facteurs soit raisonnable. Si sa décision de consentir a été motivée par l'un de ces facteurs, de telle sorte que sa liberté de choisir a été viciée, le droit considère qu'il y a eu absence de consentement et l'*actus reus* de l'agression sexuelle est encore une fois établi.

Pour ce qui est de la question de la *mens rea*, il est arbitraire d'exiger, en tant qu'étape supplémentaire, que l'accusé fasse valoir séparément une croyance sincère mais erronée au consentement après avoir reconnu que la rencontre entre lui et la plaignante s'est déroulée plus ou moins comme cette dernière l'a décrite, mais qu'il conteste qu'un acte criminel a eu lieu: voir *Park*, précité, à la p. 851, le juge L'Heureux-Dubé. Dans un tel cas, l'accusé ne peut soutenir qu'une seule chose: il a cru, sur la foi des paroles et du comportement de la plaignante, que celle-ci a consenti. Cette prétention a pour effet à la fois de contester les affirmations de la plaignante selon lesquelles, dans son esprit, elle n'a pas consenti, et d'avancer que, même si l'accusé a fait erreur dans son appréciation des désirs de la plaignante, il a néanmoins agi dans un état d'esprit moralement innocent. Il appartient au juge des faits de décider si les éléments de preuve font naître un doute raisonnable quant à l'état d'esprit de la plaignante ou de l'accusé.

Dans des affaires comme la présente, le fait que l'accusé soulève la question du consentement équivaut à une prétention de croyance sincère au consentement. Si cette croyance est jugée erronée, il faut alors en apprécier la sincérité. Le juge du procès doit d'abord décider s'il existe des éléments de preuve conférant vraisemblance à la défense. Dans

which must be answered by the trier of fact is whether the accused honestly believed that the complainant had communicated consent. Any other belief, however honestly held, is not a defence.

Moreover, to be honest the accused's belief cannot be reckless, willfully blind or tainted by an awareness of any of the factors enumerated in ss. 273.1(2) and 273.2. If at any point the complainant has expressed a lack of agreement to engage in sexual activity, then it is incumbent upon the accused to point to some evidence from which he could honestly believe consent to have been re-established before he resumed his advances. If this evidence raises a reasonable doubt as to the accused's *mens rea*, the charge is not proven.

Cases involving a true misunderstanding between parties to a sexual encounter infrequently arise but are of profound importance to the community's sense of safety and justice. The law must afford women and men alike the peace of mind of knowing that their bodily integrity and autonomy in deciding when and whether to participate in sexual activity will be respected. At the same time, it must protect those who have not been proven guilty from the social stigma attached to sexual offenders.

V. Disposition

The appeal is allowed, a conviction is entered and the matter is remanded to the trial judge for sentencing.

The reasons of L'Heureux-Dubé and Gonthier JJ. were delivered by

L'HEUREUX-DUBÉ J. — Violence against women takes many forms: sexual assault is one of them. In Canada, one-half of all women are said to have experienced at least one incident of physical or sexual violence since the age of 16 (Statistics Canada, "The Violence Against Women Survey",

l'affirmative, le juge des faits doit alors trancher la question de savoir si l'accusé croyait sincèrement que la plaignante avait communiqué son consentement. Toute autre croyance, aussi sincère soit-elle, n'est pas un moyen de défense.

En outre, pour être sincère, la croyance de l'accusé ne doit pas être le fruit de son insouciance ou de son aveuglement volontaire, ni être viciée par la connaissance de l'un des autres facteurs énumérés au par. 273.1(2) et à l'art. 273.2. Si la plaignante a, à un moment quelconque, manifesté son absence d'accord à l'activité sexuelle, il appartient alors à l'accusé de faire état des éléments de preuve qui lui permettraient de croire sincèrement qu'il avait à nouveau obtenu le consentement de la plaignante avant de reprendre ses avances. Si cette analyse soulève un doute raisonnable quant à la *mens rea* de l'accusé, l'accusation n'est pas prouvée.

Les affaires qui soulèvent un véritable malentendu entre les parties à une rencontre sexuelle ne sont pas fréquentes, mais elles ont néanmoins une grande importance pour ce qui est du sentiment de sécurité et de justice de la communauté. Le droit doit permettre aux femmes comme aux hommes d'avoir l'esprit tranquille et de savoir que leur intégrité physique et leur autonomie seront respectées lorsqu'ils décident de participer ou non à une activité sexuelle et du moment où ils entendent la faire. En même temps, il doit protéger ceux dont la culpabilité n'a pas été établie des stigmates sociaux rattachés à la délinquance sexuelle.

V. Le dispositif

Le pourvoi est accueilli, une déclaration de culpabilité est inscrite et l'affaire est renvoyée au juge du procès pour détermination de la peine.

Version française des motifs des juges L'Heureux-Dubé et Gonthier rendus par

LE JUGE L'HEUREUX-DUBÉ — La violence à l'égard des femmes se manifeste de plusieurs façons: l'agression sexuelle en est une. Au Canada, on dit que la moitié des femmes âgées de 16 ans et plus ont subi au moins un incident de violence physique ou sexuelle (Statistique Canada,

65

66

67

68

The Daily, November 18, 1993). The statistics demonstrate that 99 percent of the offenders in sexual assault cases are men and 90 percent of the victims are women (*Gender Equality in the Canadian Justice System: Summary Document and Proposals for Action* (April 1992), at p. 13, also cited in *R. v. Osolin*, [1993] 4 S.C.R. 595, at p. 669).

«L'enquête sur la violence envers les femmes», *Le Quotidien*, 18 novembre 1993). Les statistiques démontrent que 99 pour 100 des auteurs d'agressions sexuelles sont des hommes et que 90 pour 100 des victimes sont des femmes (*L'égalité des sexes dans le système de justice au Canada: Document récapitulatif et propositions de mesures à prendre* (avril 1992), à la p. 23, également cité dans l'arrêt *R. c. Osolin*, [1993] 4 R.C.S. 595, à la p. 669).

⁶⁹ Violence against women is as much a matter of equality as it is an offence against human dignity and a violation of human rights. As Cory J. wrote in *Osolin*, *supra*, at p. 669, sexual assault “is an assault upon human dignity and constitutes a denial of any concept of equality for women”. These human rights are protected by ss. 7 and 15 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and their violation constitutes an offence under the assault provisions of s. 265 and under the more specific sexual assault provisions of ss. 271, 272 and 273 of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46.

La violence à l'égard des femmes est autant une question d'égalité qu'une violation de la dignité humaine et des droits de la personne. Comme l'écrit le juge Cory dans l'arrêt *Osolin*, précité, à la p. 669, l'agression sexuelle «est un affront à la dignité humaine et un déni de toute notion de l'égalité des femmes». Ces droits de la personne sont protégés par les art. 7 et 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés* et leur violation constitue une infraction aux dispositions en matière de voies de fait prévues à l'art. 265 et aux dispositions touchant particulièrement les agressions sexuelles prévues aux art. 271, 272 et 273 du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46.

⁷⁰ So pervasive is violence against women throughout the world that the international community adopted in December 18, 1979 (Res. 34/180), in addition to all other human rights instruments, the *Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women*, Can. T.S. 1982 No. 31, entered into force on September 3, 1981, to which Canada is a party, which has been described as “the definitive international legal instrument requiring respect for and observance of the human rights of women”. (R. Cook, “Reservations to the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women” (1990), 30 *Va. J. Int'l L.* 643, at p. 643). Articles 1 and 2 of the Convention read:

La violence à l'égard des femmes est si répandue dans le monde que la communauté internationale a adopté, le 18 décembre 1979 (Rés. 34/180), en plus de tous les autres instruments touchant les droits de la personne, la *Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes*, R.T. Can. 1982 No. 31, entrée en vigueur le 3 septembre 1981, convention dont le Canada est signataire et qui a été décrite comme étant [TRADUCTION] «l'instrument juridique international définitif exigeant le respect et l'observation des droits de la personne à l'égard des femmes». (R. Cook, «Reservations to the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women» (1990), 30 *Va. J. Int'l L.* 643, à la p. 643). Les articles I et II de la Convention se lisent ainsi:

ARTICLE I

For the purposes of the present Convention, the term “discrimination against women” shall mean any distinction, exclusion or restriction made on the basis of sex which has the effect or purpose of impairing or nullify-

ARTICLE I

Aux fins de la présente Convention, l'expression «discrimination à l'égard des femmes» vise toute distinction, exclusion ou restriction fondée sur le sexe qui a pour effet ou pour but de compromettre ou de détruire la

ing the recognition, enjoyment or exercise by women, irrespective of their marital status, on a basis of equality of men and women, of human rights and fundamental freedoms in the political, economic, social, cultural, civil or any other field.

ARTICLE II

States Parties condemn discrimination against women in all its forms, agree to pursue by all appropriate means and without delay a policy of eliminating discrimination against women and, to this end, undertake:

- (a) To embody the principle of the equality of men and women in their national constitutions or other appropriate legislation if not yet incorporated therein and to ensure, through law and other appropriate means, the practical realization of this principle;
- (b) To adopt appropriate legislative and other measures, including sanctions where appropriate, prohibiting all discrimination against women;
- (c) To establish legal protection of the rights of women on an equal basis with men and to ensure through competent national tribunals and other public institutions the effective protection of women against any act of discrimination;
- (d) To refrain from engaging in any act or practice of discrimination against women and to ensure that public authorities and institutions shall act in conformity with this obligation;
- (e) To take all appropriate measures to eliminate discrimination against women by any person, organization or enterprise;
- (f) To take all appropriate measures, including legislation, to modify or abolish existing laws, regulations, customs and practices which constitute discrimination against women;
- (g) To repeal all national penal provisions which constitute discrimination against women. [Emphasis added.]

The Committee on the Elimination of Discrimination against Women, G.A. Res. 34/180, U.N. Doc. A/47/48 (1979), established under Article 17

reconnaissance, la jouissance ou l'exercice par les femmes, quel que soit leur état matrimonial, sur la base de l'égalité de l'homme et de la femme, des droits de l'homme et des libertés fondamentales dans les domaines politique, économique, social, culturel et civil ou dans tout autre domaine.

ARTICLE II

Les États parties condamnent la discrimination à l'égard des femmes sous toutes ses formes, conviennent de poursuivre par tous les moyens appropriés et sans retard une politique tendant à éliminer la discrimination à l'égard des femmes et, à cette fin, s'engagent à:

- a) Incrire dans leur constitution nationale ou toute autre disposition législative appropriée le principe de l'égalité des hommes et des femmes, si ce n'est déjà fait, et assurer par voie de législation ou par d'autres moyens appropriés l'application effective dudit principe;
- b) Adopter des mesures législatives et d'autres mesures appropriées assorties, y compris des sanctions en cas de besoin, interdisant toute discrimination à l'égard des femmes;
- c) Instaurer une protection juridictionnelle des droits des femmes sur un pied d'égalité avec les hommes et garantir, par le truchement des tribunaux nationaux compétents et d'autres institutions publiques, la protection effective des femmes contre tout acte discriminatoire;
- d) S'abstenir de tout acte ou pratique discriminatoire à l'égard des femmes et faire en sorte que les autorités publiques et les institutions publiques se conforment à cette obligation;
- e) Prendre toutes mesures appropriées pour éliminer la discrimination pratiquée à l'égard des femmes par une personne, une organisation ou une entreprise quelconque;
- f) Prendre toutes les mesures appropriées, y compris des dispositions législatives, pour modifier ou abroger toute loi, disposition réglementaire, coutume ou pratique qui constitue une discrimination à l'égard des femmes;
- g) Abroger toutes les dispositions pénales qui constituent une discrimination à l'égard des femmes. [Je souligne.]

Le Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes, Rés. A.G. 34/180, Doc. N.U. A/47/48 (1979), établi en vertu de l'article 17

of the Convention, adopted General Recommendation No. 19 (Eleventh session, 1992) on the interpretation of discrimination as it relates to violence against women:

6. The Convention in article 1 defines discrimination against women. The definition of discrimination includes gender-based violence, that is, violence that is directed against a woman because she is a woman or that affects women disproportionately. It includes acts that inflict physical, mental or sexual harm or suffering, threats of such acts, coercion and other deprivations of liberty. Gender-based violence may breach specific provisions of the Convention, regardless of whether those provisions expressly mention violence.

24. In light of these comments, the Committee on the Elimination of Discrimination against Women recommends:

. . . .

(b) States parties should ensure that laws against family violence and abuse, rape, sexual assault and other gender-based violence give adequate protection to all women, and respect their integrity and dignity. Appropriate protective and support services should be provided for victims. Gender-sensitive training of judicial and law enforcement officers and other public officials is essential for the effective implementation of the Convention. . . . [Emphasis added.]

72

On February 23, 1994, the U.N. General Assembly adopted the *Declaration on the Elimination of Violence against Women*, G.A. Res. 48/104, U.N. Doc. A/48/49 (1993). Although not a treaty binding states, it sets out a common international standard that U.N. members states are invited to follow. Article 4 of the Declaration provides:

Article 4

States should condemn violence against women and should not invoke any custom, tradition or religious consideration to avoid their obligations with respect to its elimination. States should pursue by all appropriate

de la Convention, a adopté la Recommandation générale n° 19 (onzième session, 1992) sur l'interprétation du terme «discrimination» en ce qui concerne la violence à l'égard des femmes:

6. L'article premier de la Convention définit la discrimination à l'égard des femmes. Cette définition inclut la violence fondée sur le sexe, c'est-à-dire la violence exercée contre une femme parce qu'elle est une femme ou qui touche spécialement la femme. Elle englobe les actes qui infligent des tourments ou des souffrances d'ordre physique, mental ou sexuel, la menace de tels actes, la contrainte ou autres privations de liberté. La violence fondée sur le sexe peut violer des dispositions particulières de la Convention, même si ces dispositions ne mentionnent pas expressément la violence.

24. Tenant compte de ces observations, le Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes recommande:

. . . .

b) Que les États parties veillent à ce que les lois contre la violence et les mauvais traitements dans la famille, le viol, les sévices sexuels et autres formes de violence fondée sur le sexe assurent à toutes les femmes une protection suffisante, respectent leur intégrité et leur dignité. Des services appropriés de protection et d'appui devraient être procurés aux victimes. Il est indispensable pour la bonne application de la Convention de fournir au corps judiciaire, aux agents de la force publique et aux autres fonctionnaires une formation qui les sensibilise aux problèmes des femmes . . . [Je souligne.]

Le 23 février 1994, l'Assemblée générale des Nations Unies a adopté la *Déclaration sur l'élimination de la violence à l'égard des femmes*, Rés. A.G. 48/104, Doc. N.U. A/48/49 (1993). Bien qu'il ne s'agisse pas d'un traité liant les États signataires, la déclaration établit une norme internationale commune que les États membres de l'ONU sont invités à respecter. Voici, en partie, le texte de l'article 4 de la Déclaration:

Article 4

Les États devraient condamner la violence à l'égard des femmes et ne pas invoquer de considérations de coutume, de tradition ou de religion pour se soustraire à l'obligation de l'éliminer. Les États devraient mettre en

means and without delay a policy of eliminating violence against women and, to this end, should:

(i) Take measures to ensure that law enforcement officers and public officials responsible for implementing policies to prevent, investigate and punish violence against women receive training to sensitize them to the needs of women;

(j) Adopt all appropriate measures, especially in the field of education, to modify the social and cultural patterns of conduct of men and women and to eliminate prejudices, customary practices and all other practices based on the idea of the inferiority or superiority of either of the sexes and on stereotyped roles for men and women. . . . [Emphasis added.]

Our *Charter* is the primary vehicle through which international human rights achieve a domestic effect (see *Slaight Communications Inc. v. Davidson*, [1989] 1 S.C.R. 1038; *R. v. Keegstra*, [1990] 3 S.C.R. 697). In particular, s. 15 (the equality provision) and s. 7 (which guarantees the right to life, security and liberty of the person) embody the notion of respect of human dignity and integrity.

It is within that larger framework that, in 1983, Canada revamped the sexual assault provisions of the *Code* (S.C. 1980-81-82-83, c. 125), formerly ss. 143, 149 and 244 (R.S.C. 1970, c. C-34) which are now contained in the general assault provisions of s. 265. Together with the 1992 amendments of the *Code* (*An Act to amend the Criminal Code (sexual assault)*, S.C. 1992, c. 38), mainly ss. 273.1 and 273.2, they govern the issue of consent in the context of sexual assault. In the preamble to the 1992 Act, Parliament expressed its concern about the “prevalence of sexual assault against women and children” and stated its intention to “promote and help to ensure the full protection of the rights guaranteed under sections 7 and 15 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*”.

œuvre sans retard, par tous les moyens appropriés, une politique visant à éliminer la violence à l'égard des femmes et, à cet effet:

i) Veiller à ce que les agents des services de répression ainsi que les fonctionnaires chargés d'appliquer des politiques visant à prévenir la violence à l'égard des femmes, à assurer les enquêtes nécessaires et à punir les coupables reçoivent une formation propre à les sensibiliser aux besoins des femmes;

j) Adopter toutes les mesures voulues, notamment dans le domaine de l'éducation, pour modifier les comportements sociaux et culturels des hommes et des femmes et éliminer les préjugés, coutumes et pratiques tenant à l'idée que l'un des deux sexes est supérieur ou inférieur à l'autre ou à des stéréotypes concernant les rôles masculins et féminins. . . . [Je souligne.]

Notre *Charte* est le principal véhicule donnant effet au Canada aux droits de la personne qui sont reconnus à l'échelle internationale (voir *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038; *R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697). En particulier, l'art. 15 (la disposition en matière d'égalité) et l'art. 7 (qui garantit le droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne) expriment la notion de respect de la dignité et de l'intégrité de la personne.

C'est dans ce cadre général que, en 1983, le Canada a remanié les dispositions du *Code* relatives aux agressions sexuelles, (L.C. 1980-81-82-83, ch. 125) soit les anciens art. 143, 149 et 244 (S.R.C. 1970, ch. C-34), dont le contenu se retrouve maintenant dans les dispositions générales relatives aux voies de fait de l'art. 265. Ces dispositions, de concert avec les modifications apportées au *Code* en 1992 (*Loi modifiant le Code criminel (agression sexuelle)*, L.C. 1992, ch. 38), principalement les art. 273.1 et 273.2, régissent la question du consentement en matière d'agression sexuelle. Dans le préambule de la loi de 1992, le Parlement se disait préoccupé par «la fréquence des agressions sexuelles contre les femmes et les enfants» et déclarait son intention de «promouvoir et contribuer à assurer la pleine protection des droits garantis par les articles 7 et 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés*».

73

74

75

Fraser C.J., in her dissenting reasons in this case, has set out the legislative history of those provisions. In *R. v. Cuerrier*, [1998] 2 S.C.R. 371, Cory J. and I both noted the significant reform of sexual assault provisions undertaken by Parliament. (See C. Boyle, *Sexual Assault* (1984), at pp. 27-29.) I observed in *R. v. Park*, [1995] 2 S.C.R. 836, at para. 42, that:

... the primary concern animating and underlying the present offence of sexual assault is the belief that women have an inherent right to exercise full control over their own bodies, and to engage only in sexual activity that they wish to engage in. If this is the case, then our approach to consent must evolve accordingly, for it may be out of phase with that conceptualization of the law.

See also *R. v. Seaboyer*, [1991] 2 S.C.R. 577.

76

In the present case, the respondent was charged with sexual assault under s. 271 of the *Code*. The applicable notions of "assault" and "consent" are defined in ss. 265, 273.1 and 273.2 of the *Code*. The relevant provisions read:

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.

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

Dans ses motifs dissidents dans la présente affaire, le juge en chef Fraser a fait l'historique de ces dispositions. Dans l'arrêt *R. c. Cuerrier*, [1998] 2 R.C.S. 371, le juge Cory et moi-même avons souligné la vaste réforme des dispositions applicables en matière d'agression sexuelle entreprise par le législateur. (Voir C. Boyle, *Sexual Assault* (1984), aux pp. 27 à 29.) J'ai fait l'observation suivante, dans l'arrêt *R. c. Park*, [1995] 2 R.C.S. 836, au par. 42:

[À] l'heure actuelle, l'infraction d'agression sexuelle procède surtout de la croyance que les femmes ont le droit inhérent d'exercer un contrôle complet sur leur corps, et de ne prendre part à des actes sexuels que si elles le désirent. S'il en est ainsi, notre façon d'aborder le consentement doit évoluer en conséquence, car elle est peut-être déphasée par rapport à cette conception du droit.

Voir également *R. c. Seaboyer*, [1991] 2 R.C.S. 577.

En l'espèce, l'intimé a été accusé d'agression sexuelle en vertu de l'art. 271 du *Code*. Les notions applicables d'«agression» et de «consentement» sont définies aux art. 265, 273.1 et 273.2 du *Code*, dont les dispositions pertinentes prévoient:

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.

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

- (a) the application of force to the complainant or to a person other than the complainant;
- (b) threats or fear of the application of force to the complainant or to a person other than the complainant;
- (c) fraud; or
- (d) the exercise of authority.

. . .

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.

(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.

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
- (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.

- a) soit de l’emploi de la force envers le plaignant ou une autre personne;
- b) soit des menaces d’emploi de la force ou de la crainte de cet emploi envers le plaignant ou une autre personne;
- c) soit de la fraude;
- d) soit de l’exercice de l’autorité.

. . .

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

(2) Le consentement du plaignant ne se déduit pas, 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.

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

- a) cette croyance provient:
 - (i) soit de l’affaiblissement volontaire de ses facultés,
 - (ii) soit de son insouciance ou d’un aveuglement volontaire;
- b) il n’a pas pris les mesures raisonnables, dans les circonstances dont il avait alors connaissance, pour s’assurer du consentement.

77 Briefly stated, the accused is charged with sexually assaulting a 17-year-old girl. The accused was acquitted at trial and the acquittal was upheld on appeal, by a majority of the Alberta Court of Appeal, Fraser C.J. dissenting ((1998), 57 Alta. L.R. (3d) 235). The appellant alleges that the acquittal and the subsequent decision of the Court of Appeal are based on an error of law in the interpretation of the notion of consent contained in ss. 265(3), 273.1 and 273.2 of the *Code* and invites this Court to enter a conviction.

78 I have had the benefit of the reasons of Justice Major in this appeal and I agree generally with his reasons on most issues and with the result that he reaches. However, I wish to add some comments and discuss some of the reasoning of the trial judge and of the majority of the Court of Appeal.

79 Although my colleague has recounted the facts, there are some significant nuances that need to be stated. When the complainant and the accused met in the parking lot of a shopping mall to discuss the job offer, the complainant suggested that the interview be held in the mall. The accused expressed his preference for more privacy and proposed instead that the interview take place in his van to which a trailer was attached. The complainant agreed to sit in the van, but she left the door of the van open since she was still hesitant about discussing the job offer in his vehicle.

80 The accused then proposed that they proceed to his trailer. Shortly after entering the trailer, the complainant agreed to massage lightly the accused. However, she testified that she did not want to give him a massage but was afraid at this point, considering that she saw and heard the accused lock the door of the trailer and that the accused was almost twice her size. The accused then asked the complainant to come in front of him so that he could return the favour. He started massaging the complainant and brought his hands close to her breasts. The complainant pushed him away with her

Brièvement, l'intimé est accusé d'avoir agressé sexuellement une jeune fille de 17 ans. Au procès, l'accusé a été acquitté, et ce verdict a été confirmé par une décision majoritaire de la Cour d'appel de l'Alberta, le juge en chef Fraser étant dissidente ((1998), 57 Alta. L.R. (3d) 235). L'appelante soutient que l'acquiescement et l'arrêt ultérieur de la Cour d'appel sont fondés sur une erreur de droit dans l'interprétation de la notion de consentement visée aux art. 265(3), 273.1 et 273.2 du *Code*, et elle invite notre Cour à inscrire une déclaration de culpabilité.

J'ai eu l'avantage de lire les motifs du juge Major dans le présent pourvoi et je souscris de façon générale à ses motifs sur la plupart des questions en litige ainsi qu'au résultat auquel il arrive. Je tiens cependant à ajouter quelques commentaires et à discuter de certains aspects du raisonnement du juge du procès et des juges majoritaires de la Cour d'appel.

Bien que mon collègue ait déjà rappelé les faits, certaines précisions importantes doivent être apportées. Lorsque la plaignante et l'accusé se sont rencontrés dans le parc de stationnement d'un centre commercial pour discuter de l'offre d'emploi, la plaignante a suggéré que l'entrevue ait lieu dans le centre commercial. L'accusé a dit préférer un lieu plus intime, et a proposé à la plaignante que l'entrevue se déroule plutôt dans sa camionnette, à laquelle était attachée une remorque. La plaignante a accepté de s'asseoir dans la camionnette, mais elle a laissé la porte ouverte car elle hésitait toujours à discuter de l'offre d'emploi à l'intérieur du véhicule de l'accusé.

L'accusé a ensuite proposé à la plaignante qu'ils aillent dans sa remorque. Peu après qu'ils y soient entrés, la plaignante a accepté de donner un léger massage à l'accusé. Elle a cependant témoigné qu'elle ne voulait pas lui donner de massage, mais qu'elle avait peur à ce moment-là, étant donné qu'elle avait vu et entendu l'accusé fermer à clé la porte de la remorque et que celui-ci avait presque deux fois sa taille. L'accusé a ensuite demandé à la plaignante de se placer devant lui afin qu'il puisse à son tour lui donner un massage. Il a commencé le massage puis il a placé ses mains près des seins de

elbows and said “no”. He then told the complainant to turn around in order to massage her feet. Again out of fear, she complied. When he began massaging her feet, the touching progressed to her inner thigh and pelvic area up to a point where he laid heavily on top of the complainant and started grinding his pelvic area against hers while telling her, as she testified, that: “he could get me so horny so that I would want it so bad, and he wouldn’t give it to me because he had self-control and because he wouldn’t want to give it to me”. The accused stopped after the complainant asked him to “Just please stop” and at one point he said: “I had you worried, didn’t I? You were scared, weren’t you?”. She answered: “Yes, I was very scared”. This is particularly revealing of the accused’s knowledge that she was afraid and certainly not a willing participant. The accused resumed his pelvic grinding, only this time he tried to touch her vaginal area, exposed his penis and placed it on the complainant’s clothed pelvic area under her shorts. He stopped after the complainant said “No, stop”.

After this ordeal, the accused opened the door at her request and the complainant finally exited the trailer. When the complainant arrived home, she was crying and told her roommate, Ms. Tait, what had occurred. Shortly after, the accused called the complainant’s apartment to ask her if she was fine. She answered that she was and called the police. This evidence is uncontradicted and the trial judge found the complainant to be an articulate and intelligent young woman and a credible witness.

This case is not about consent, since none was given. It is about myths and stereotypes, which have been identified by many authors and succinctly described by D. Archard, *Sexual Consent* (1998), at p. 131:

la plaignante, qui l’a repoussé avec ses coudes et a dit «non». L’accusé lui a alors demandé de se retourner afin qu’il puisse lui masser les pieds. À nouveau, animée par la peur, elle a accepté. Les attouchements de l’accusé sont passés des pieds de la plaignante jusqu’à l’intérieur de ses cuisses et de sa région pelvienne. À un certain moment, l’accusé s’est étendu lourdement sur la plaignante et a commencé à frotter son pelvis contre celui de la plaignante en affirmant, de dire cette dernière: [TRADUCTION] «qu’il pouvait me rendre si excitée que je mourrais d’envie de le faire, mais qu’il ne me le ferait pas parce qu’il savait se maîtriser et parce qu’il ne voulait pas me le faire». L’accusé s’est arrêté après que la plaignante lui ait dit [TRADUCTION] «je vous en prie, arrêtez», et, à un certain moment, il a dit: «Je t’ai inquiété, n’est-ce pas? Tu avais peur, n’est-ce pas?». Ce à quoi elle a répondu: [TRADUCTION] «Oui, j’avais très peur». Ces déclarations sont particulièrement révélatrices du fait que l’accusé savait que la plaignante avait peur et qu’elle n’était pas une participante de plein gré. L’accusé a recommencé à frotter son pelvis contre celui de la plaignante, mais cette fois-là il a tenté de toucher sa région vaginale, il a sorti son pénis de son pantalon et l’a placé sous le short de la plaignante, sur sa région pelvienne toujours couverte. Il s’est arrêté après que la plaignante a dit: [TRADUCTION] «Non, arrêtez».

Après cette épreuve, l’accusé a ouvert la porte de la remorque à la demande de la plaignante, qui en est finalement sortie. En arrivant à la maison, la plaignante pleurait et a tout raconté à sa colocataire, M^{lle} Tait. Peu après, l’accusé a téléphoné à la plaignante pour lui demander si elle allait bien. Elle a répondu que oui et a ensuite appelé la police. Cette preuve n’a pas été contredite, et le juge du procès a trouvé que la plaignante était une jeune femme intelligente, qu’elle s’exprimait clairement et qu’elle était un témoin crédible.

Cette affaire ne met pas en cause une question de consentement, puisqu’aucun consentement n’a été donné. Elle met en cause les mythes et stéréotypes relevés par bon nombre d’auteurs et décrits succinctement par D. Archard dans *Sexual Consent* (1998), à la p. 131:

81

82

Myths of rape include the view that women fantasise about being rape victims; that women mean 'yes' even when they say 'no'; that any woman could successfully resist a rapist if she really wished to; that the sexually experienced do not suffer harms when raped (or at least suffer lesser harms than the sexually 'innocent'); that women often deserve to be raped on account of their conduct, dress, and demeanour; that rape by a stranger is worse than one by an acquaintance. Stereotypes of sexuality include the view of women as passive, disposed submissively to surrender to the sexual advances of active men, the view that sexual love consists in the 'possession' by a man of a woman, and that heterosexual sexual activity is paradigmatically penetrative coitus.

(For example see *Seaboyer, supra*, at p. 651, *per L'Heureux-Dubé J.*; M. Burt, "Rape Myths and Acquaintance Rape", in A. Parrot and L. Bechhofer, eds., *Acquaintance Rape: The Hidden Crime* (1991); N. Naffine, "Possession: Erotic Love in the Law of Rape" (1994), 57 *Mod. L. Rev.* 10; R. T. Andrias, "Rape Myths: A persistent problem in defining and prosecuting rape" (1992), 7 *Criminal Justice 2; Gender Equality in the Canadian Justice System: Summary Document and Proposals for Action, supra*; C. A. MacKinnon, *Toward a Feminist Theory of the State* (1989); E. A. Sheehy, "Canadian Judges and the Law of Rape: Should the *Charter* Insulate Bias?" (1989), 21 *Ottawa L. Rev.* 741.)

[TRADUCTION] Un des mythes concernant le viol est l'idée que les femmes rêvent d'être victimes de viol; que même lorsqu'elles disent «non» elles veulent dire «oui»; que toute femme pourrait résister à un violeur si elle le voulait vraiment; que les femmes expérimentées sur le plan sexuel ne subissent pas de préjudice lorsqu'elles sont violées (ou du moins un préjudice moins grand que celles qui sont «innocentes» à cet égard); que, souvent, des femmes méritent d'être violées en raison de leur comportement, de la façon dont elles s'habillent et de leur attitude; et qu'il est pire d'être violée par un étranger que par une connaissance. Parmi les stéréotypes sur la sexualité mentionnons l'idée que les femmes sont passives, qu'elles sont disposées à succomber docilement aux avances des hommes entreprenants, que l'amour sexuel est la «possession» d'une femme par un homme, et que l'activité sexuelle type des hétérosexuels est le coït avec pénétration.

(Par exemple, voir *Seaboyer*, précité, à la p. 651, le juge L'Heureux-Dubé; M. Burt, «Rape Myths and Acquaintance Rape», dans A. Parrot et L. Bechhofer, dir., *Acquaintance Rape: The Hidden Crime* (1991); N. Naffine, «Possession: Erotic Love in the Law of Rape» (1994), 57 *Mod. L. Rev.* 10; R. T. Andrias, «Rape Myths: A persistent problem in defining and prosecuting rape» (1992), 7 *Criminal Justice 2; L'égalité des sexes dans le système de justice au Canada: Document récapitulatif et propositions de mesures à prendre, op. cit.*; C. A. MacKinnon, *Toward a Feminist Theory of the State* (1989); E. A. Sheehy, «Canadian Judges and the Law of Rape: Should the *Charter* Insulate Bias?» (1989), 21 *R.D. Ottawa* 741.)

83

The trial judge believed the complainant and accepted her testimony that she was afraid and he acknowledged her unwillingness to engage in any sexual activity. In addition, there is no doubt that the respondent was aware that the complainant was afraid since he told her repeatedly not to be afraid. The complainant clearly articulated her absence of consent: she said no. Not only did the accused not stop, but after a brief pause, as Fraser C.J. puts it, he went on to an "increased level of sexual activity" to which twice the complainant said no. What could be clearer?

Le juge du procès a cru la plaignante et accepté son témoignage qu'elle avait eu peur, et il a admis le fait qu'elle n'avait pas voulu se livrer à quelque activité sexuelle que ce soit. En outre, il ne fait aucun doute que l'intimé savait que la plaignante avait peur, puisqu'il lui a dit à plusieurs reprises de ne pas avoir peur. La plaignante a clairement manifesté son absence de consentement: elle a dit non. Non seulement l'accusé ne s'est-il pas arrêté, mais après avoir fait une courte pause, il a, pour reprendre l'expression du juge en chef Fraser de la Cour d'appel, [TRADUCTION] «intensifié l'activité sexuelle», activité à laquelle la plaignante a dit non à deux reprises. Comment la situation aurait-elle pu être plus claire?

The trial judge gave no legal effect to his conclusion that the complainant submitted to sexual activity out of fear that the accused would apply force to her. Section 265(3)(b) states that no consent is obtained where the complainant submits by reason of threats or fear of the application of force. Therefore, s. 265(3)(b) applies and operates to further establish the lack of consent: see *Cuerrier, supra*.

I agree with Major J. that the application of s. 265(3) requires an entirely subjective test. In my opinion, as irrational as a complainant's motive might be, if she subjectively felt fear, it must lead to a legal finding of absence of consent. Accordingly, I agree with Fraser C.J. that any objective factor should be considered under the defence of honest but mistaken belief.

However, in my view, Major J. unduly restricts the application of s. 265(3) to instances where the complainant chooses "to participate in, or ostensibly consent to, the touching in question" (at para. 38; see also para. 36). Section 265(3) applies to cases where the "complainant submits or does not resist" (emphasis added) by reason of the application of force, threats or fear of the application of force, fraud or the exercise of authority. Therefore, that section should also apply to cases where the complainant is silent or passive in response to such situations.

In the circumstances of this case, it is difficult to understand how the question of implied consent even arose. Although he found the complainant credible, and accepted her evidence that she said "no" on three occasions and was afraid, the trial judge nonetheless did not take "no" to mean that the complainant did not consent. Rather, he concluded that she implicitly consented and that the Crown had failed to prove lack of consent. This was a fundamental error. As noted by Professor

Le juge du procès n'a donné aucun effet juridique à sa conclusion que la plaignante s'était soumise à des activités sexuelles par crainte que l'accusé emploie la force contre elle. L'alinéa 265(3)b) précise que ne constitue pas un consentement le fait pour la plaignante de se soumettre en raison de menaces ou de crainte d'emploi de la force. En conséquence, l'al. 265(3)b) s'applique et il a pour effet de permettre d'établir davantage l'absence de consentement: voir *Cuerrier*, précité.

Je suis d'accord avec le juge Major que l'application du par. 265(3) commande un test entièrement subjectif. À mon avis, aussi irrationnel que puisse avoir été le motif d'une plaignante, si elle a subjectivement éprouvé de la crainte, il faut conclure en droit à l'absence de consentement. En conséquence, je suis d'accord avec le juge en chef Fraser de la Cour d'appel que tout facteur objectif devrait être pris en considération dans le cadre d'une défense de croyance sincère mais erronée.

En outre, je suis d'avis que le juge Major restreint à tort l'application du par. 265(3) aux cas où la plaignante décide «de participer aux attouchements en question ou d'y consentir apparemment» (au par. 38, voir aussi le par. 36). Le paragraphe 265(3) s'applique dans les cas où la décision de la plaignante «de se soumettre ou de ne pas résister» (je souligne) résulte soit de l'emploi de la force, soit de menaces d'emploi de la force ou de la crainte de cet emploi, soit de la fraude, soit de l'exercice de l'autorité. Par conséquent, il doit s'appliquer aussi aux cas où la plaignante demeure silencieuse ou passive face à de telles situations.

Dans les circonstances de la présente affaire, il est difficile de voir comment la question du consentement tacite a même pu être soulevée. Bien qu'il ait jugé la plaignante crédible et qu'il ait accepté son témoignage selon lequel elle a dit «non» à trois reprises et elle était effrayée, le juge du procès n'a pas pour autant considéré que ces «non» signifiaient que la plaignante n'avait pas consenti. Il a plutôt conclu qu'elle avait consenti tacitement et que le ministère public n'avait pas prouvé l'absence de consentement. Il s'agit là d'une erreur fondamentale. Comme l'a souligné le

84

85

86

87

Stuart in Annotation on *R. v. Ewanchuk* (1998), 13 C.R. (5th) 330, at p. 330:

Both the trial judgment and that of Justice McClung do not make the basic distinction that consent is a matter of the state of mind of the complainant and belief in consent is, subject to s. 273.2 of the *Criminal Code*, a matter of the state of mind of the accused.

This error does not derive from the findings of fact but from mythical assumptions that when a woman says “no” she is really saying “yes”, “try again”, or “persuade me”. To paraphrase Fraser C.J. at p. 263, it denies women’s sexual autonomy and implies that women are “walking around this country in a state of constant consent to sexual activity”.

88 In the Court of Appeal, McClung J.A. compounded the error made by the trial judge. At the outset of his opinion, he stated at p. 245 that “it must be pointed out that the complainant did not present herself to Ewanchuk or enter his trailer in a bonnet and crinolines”. He noted, at pp. 245-46, that “she was the mother of a six-month-old baby and that, along with her boyfriend, she shared an apartment with another couple”.

89 Even though McClung J.A. asserted that he had no intention of denigrating the complainant, one might wonder why he felt necessary to point out these aspects of the trial record. Could it be to express that the complainant is not a virgin? Or that she is a person of questionable moral character because she is not married and lives with her boyfriend and another couple? These comments made by an appellate judge help reinforce the myth that under such circumstances, either the complainant is less worthy of belief, she invited the sexual assault, or her sexual experience signals probable consent to further sexual activity. Based on those attributed assumptions, the implication is that if the complainant articulates her lack of consent by saying “no”, she really does not mean it and even if

professeur Stuart dans Annotation on *R. v. Ewanchuk* (1998), 13 C.R. (5th) 330, à la p. 330:

[TRADUCTION] Ni le jugement de première instance, ni la décision du juge McClung ne font la distinction fondamentale que le consentement est une question qui touche à l’état d’esprit du plaignant alors que la croyance au consentement est, sous réserve de l’art. 273.2 du *Code criminel*, une question qui touche à l’état d’esprit de l’accusé.

Cette erreur ne résulte pas des conclusions de fait mais relève plutôt de mythes et stéréotypes voulant que, lorsqu’une femme dit «non», elle veut plutôt dire «oui», «essaie encore» ou «persuade-moi». Pour paraphraser le juge en chef Fraser, à la p. 263, cette attitude nie aux femmes leur autonomie sur le plan sexuel et laisse entendre que les femmes [TRADUCTION] «se promènent dans ce pays dans un état permanent de consentement à des activités sexuelles».

En Cour d’appel, le juge McClung a exacerbé l’erreur du juge du procès. En effet, au début de ses motifs, il dit, à la p. 245, qu’[TRADUCTION] «il convient de signaler que la plaignante n’était pas vêtue d’un bonnet et d’une crinoline lorsqu’elle s’est présentée devant Ewanchuk et qu’elle est entrée dans sa remorque». Il a souligné, aux pp. 245 et 246, qu’[TRADUCTION] «elle était la mère d’un bébé de six mois et que, avec son petit ami, elle partageait un appartement avec un autre couple».

Même si le juge McClung a affirmé qu’il n’avait nullement l’intention de dénigrer la plaignante, on peut se demander pourquoi il a jugé nécessaire de souligner ces aspects du dossier du procès. Était-ce pour signaler que la plaignante n’était pas vierge? Ou encore qu’elle est une personne de moralité douteuse puisqu’elle n’est pas mariée et qu’elle vit avec son petit ami et un autre couple? De telles remarques, formulées par un juge d’appel, contribuent à renforcer le mythe voulant que, dans de telles circonstances, la plaignante mérite moins d’être crue, qu’elle a invité l’agression sexuelle ou encore que son expérience sur le plan sexuel indique qu’elle a probablement consenti à se livrer à d’autres activités sexuelles. De telles suppositions impliquent que si la plaignante manifeste son

she does, her refusal cannot be taken as seriously as if she were a girl of “good” moral character. “Inviting” sexual assault, according to those myths, lessens the guilt of the accused as Archard, *supra*, notes at p. 139:

... the more that a person contributes by her behaviour or negligence to bringing about the circumstances in which she is a victim of a crime, the less responsible is the criminal for the crime he commits. A crime is no less unwelcome or serious in its effects, or need it be any the less deliberate or malicious in its commission, for occurring in circumstances which the victim helped to realise. Yet judges who spoke of women ‘inviting’ or ‘provoking’ a rape would go on to cite such contributory behaviour as a reason for regarding the rape as less grave or the rapist as less culpable. It adds judicial insult to criminal injury to be told that one is the part author of a crime one did not seek and which in consequence is supposed to be a lesser one.

McClung J.A. writes, at p. 247:

There is no room to suggest that Ewanchuk knew, yet disregarded, her underlying state of mind as he furthered his romantic intentions. He was not aware of her true state of mind. Indeed, his ignorance about that was what she wanted. The facts, set forth by the trial judge, provide support for the overriding trial finding, couched in terms of consent by implication, that the accused had no proven preparedness to assault the complainant to get what he wanted. [Emphasis added.]

On the contrary, both the fact that Ewanchuk was aware of the complainant’s state of mind, as he did indeed stop each time she expressly stated “no”, and the trial judge’s findings reinforce the obvious conclusion that the accused knew there was no consent. These were two strangers, a young 17-year-old woman attracted by a job offer who found herself trapped in a trailer and a man approximately twice her age and size. This is hardly a scenario one would characterize as reflective of “romantic intentions”. It was nothing more than an

absence de consentement en disant «non» ce n’est pas réellement ce qu’elle veut dire, et que même dans le cas contraire, son refus ne peut être pris au sérieux au même titre que s’il émanait d’une fille de «bonne» moralité. Selon ces mythes, l’«incitation» à l’agression sexuelle diminue la culpabilité de l’accusé, comme le souligne Archard, *op. cit.*, à la p. 139:

[TRADUCTION] ... plus la personne contribue par son comportement ou sa négligence à créer les circonstances dans lesquelles elle est victime d’un crime, moins l’auteur du crime est responsable de celui-ci. Un crime n’est pas moins indésirable ou grave du point de vue de ses effets ni moins délibéré ou malicieux parce qu’il a été commis dans des circonstances que la victime a contribué à créer. Pourtant, il y a des juges qui, après avoir affirmé que la femme a «incité» au viol ou l’a «provoqué», poursuivent en disant que le comportement contributif de celle-ci diminue la gravité du viol ou la culpabilité du violeur. C’est ajouter l’insulte judiciaire à l’injure criminelle que de dire à la victime qu’elle est en partie l’auteur d’un crime qu’elle n’a pas voulu et qui, de ce fait, est considéré moins grave.

Le juge McClung écrit, à la p. 247:

[TRADUCTION] Rien ne permet de prétendre que Ewanchuk connaissait l’état d’esprit profond de la plaignante et qu’il ait décidé de ne pas en tenir compte en poursuivant ses intentions romantiques. Il ne connaissait pas son véritable état d’esprit. De fait, cette ignorance est ce que recherchait la victime. Les faits décrits par le juge du procès étayaient sa conclusion capitale — formulée en invoquant le consentement par implication — selon laquelle il n’a pas été établi que l’accusé s’était préparé à agresser la plaignante afin d’obtenir ce qu’il voulait. [Je souligne.]

Bien au contraire, le fait que Ewanchuk connaissait l’état d’esprit de la plaignante, puisqu’il s’est effectivement arrêté chaque fois que la plaignante a expressément dit «non», ainsi que les constatations de fait du juge du procès renforcent la conclusion évidente que l’accusé savait que la plaignante ne consentait pas. Les deux parties étaient des étrangers l’une pour l’autre, d’un côté une jeune femme de 17 ans intéressée par une offre d’emploi qui s’est trouvée prise au piège dans une remorque, de l’autre un homme qui avait presque le double de son âge et de sa taille. Il est difficile d’imaginer comment quelqu’un peut considérer

effort by Ewanchuk to engage the complainant sexually, not romantically.

91 The expressions used by McClung J.A. to describe the accused's sexual assault, such as "clumsy passes" (p. 246) or "would hardly raise Ewanchuk's stature in the pantheon of chivalric behaviour" (p. 248), are plainly inappropriate in that context as they minimize the importance of the accused's conduct and the reality of sexual aggression against women.

92 McClung J.A. also concluded that "the sum of the evidence indicates that Ewanchuk's advances to the complainant were far less criminal than hormonal" (p. 250) having found earlier that "every advance he made to her stopped when she spoke against it" and that "[t]here was no evidence of an assault or even its threat" (p. 249). According to this analysis, a man would be free from criminal responsibility for having non-consensual sexual activity whenever he cannot control his hormonal urges. Furthermore, the fact that the accused ignored the complainant's verbal objections to any sexual activity and persisted in escalated sexual contact, grinding his pelvis against hers repeatedly, is more evidence than needed to determine that there was an assault.

93 Finally, McClung J.A. made this point: "In a less litigious age going too far in the boyfriend's car was better dealt with on site — a well-chosen expletive, a slap in the face or, if necessary, a well-directed knee" (p. 250). According to this stereotype, women should use physical force, not resort to courts to "deal with" sexual assaults and it is not the perpetrator's responsibility to ascertain consent, as required by s. 273.2(b), but the women's not only to express an unequivocal "no", but also to fight her way out of such a situation. In that

que ce scénario reflète des «intentions romantiques». Ce n'était rien de plus qu'une tentative de la part de Ewanchuk d'avoir une relation sexuelle avec la plaignante et non une liaison amoureuse.

Les expressions qu'a utilisées le juge McClung pour décrire l'agression sexuelle commise par l'accusé, par exemple lorsqu'il a parlé [TRADUCTION] «d'avances maladroites» (p. 246) ou d'une situation qui [TRADUCTION] «ne contribuerait guère à élever Ewanchuk au panthéon de la conduite chevaleresque» (p. 248), sont carrément inappropriées dans ce contexte, car elles minimisent l'importance de la conduite de l'accusé et la réalité des agressions sexuelles dont les femmes sont victimes.

Le juge McClung a également conclu que [TRADUCTION] «l'ensemble de la preuve indique que les avances faites par Ewanchuk à la plaignante étaient beaucoup moins de nature criminelle qu'hormonale» (p. 250), après avoir constaté auparavant que ce dernier [TRADUCTION] «avait chaque fois mis fin à ses avances dès qu'elle s'y était opposée» et qu'«[i]l n'y avait aucune preuve d'agression ni même d'une menace d'agression» (p. 249). Suivant cette analyse, un homme n'engagerait pas sa responsabilité criminelle chaque fois qu'il se livre à une activité sexuelle non consensuelle parce qu'il est incapable de maîtriser ses pulsions hormonales. En outre, le fait que l'accusé n'ait pas tenu compte des objections verbales de la plaignante à toute activité sexuelle et qu'il ait persisté à poursuivre l'escalade des contacts sexuels, frottant à maintes reprises sa région pelvienne contre celle de la plaignante, apporte une preuve plus que suffisante qu'il y a eu agression.

Enfin, le juge McClung a fait la remarque suivante: [TRADUCTION] «À une autre époque, où on recourait moins aux tribunaux, lorsque les choses allaient trop loin dans la voiture du petit ami, on réglait la question sur-le-champ — par une interjection bien choisie, une gifle ou, au besoin, un coup de genou bien placé» (p. 250). Suivant ce stéréotype, les femmes devraient utiliser la force physique et non s'adresser aux tribunaux pour «régler» la question en cas d'agression sexuelle, et, contrairement à ce qu'exige l'al. 273.2b), il n'incombe

sense, Susan Estrich has noted that “rape is most assuredly not the only crime in which consent is a defense; but it is the only crime that has required the victim to resist physically in order to establish nonconsent” (“Rape” (1986), 95 *Yale L.J.* 1087, at p. 1090).

Cory J. referred to the inappropriate use of rape myths by courts in *Osolin*, *supra*, at p. 670:

A number of rape myths have in the past improperly formed the background for considering evidentiary issues in sexual assault trials. These include the false concepts that: women cannot be raped against their will; only “bad girls” are raped; anyone not clearly of “good character” is more likely to have consented.

In *Seaboyer*, *supra*, I alluded to this issue as follows, at pp. 707-9:

Parliament exhibited a marked, and justifiedly so, distrust of the ability of the courts to promote and achieve a non-discriminatory application of the law in this area. In view of the history of government attempts, the harm done when discretion is posited in trial judges and the demonstrated inability of the judiciary to change its discriminatory ways, Parliament was justified in so choosing. My attempt to illustrate the tenacity of these discriminatory beliefs and their acceptance at all levels of society clearly demonstrates that discretion in judges is antithetical to the goals of Parliament.

History demonstrates that it was discretion in trial judges that saturated the law in this area with stereotype. My earlier discussion shows that we are not, all of a sudden, a society rid of such beliefs, and hence, discretionary decision making in this realm is absolutely antithetical to the achievement of government’s pressing and substantial objective.

pas à l’auteur des actes de s’assurer du consentement de la femme, qui devrait non seulement opposer un «non» catégorique mais également se tirer par la force d’une telle situation. À cet égard, Susan Estrich a souligné que [TRADUCTION] «le viol n’est certes pas le seul crime pour lequel le consentement constitue un moyen de défense, mais il est le seul crime qui exige que la victime ait résisté physiquement comme preuve de l’absence de consentement» («Rape» (1986), 95 *Yale L.J.* 1087, à la p. 1090).

Le juge Cory a parlé de l’utilisation inappropriée des mythes sur le viol par les tribunaux dans l’arrêt *Osolin*, précité, à la p. 670:

Nombre de mythes sur le viol ont dans le passé indûment servi de cadre à l’examen des questions de preuve dans des affaires d’agression sexuelle. Faisaient partie de ce nombre les fausses notions suivantes: on ne peut violer une femme contre son gré; seules les «femmes de mauvaise réputation» sont violées; la personne qui n’a pas clairement une «bonne moralité» est plus susceptible d’avoir donné son consentement.

Dans l’arrêt *Seaboyer*, précité, j’ai fait allusion à cette question de la façon suivante, aux pp. 707 à 709:

Le législateur a fait montre d’une méfiance marquée, et justifiée, à l’égard de l’aptitude des tribunaux à promouvoir et à atteindre une application non discriminatoire des règles de droit dans ce domaine. Vu l’historique des tentatives du gouvernement, le préjudice entraîné par le fait de confier aux juges du procès un pouvoir discrétionnaire et l’inaptitude démontrée des tribunaux à changer leurs pratiques discriminatoires, le choix du législateur était justifié. Les efforts que j’ai faits pour illustrer le caractère tenace des croyances discriminatoires et leur acceptation à tous les échelons de la société font clairement ressortir que l’exercice du pouvoir discrétionnaire par les juges est à l’opposé des objectifs du Parlement.

L’histoire démontre que c’est l’exercice du pouvoir discrétionnaire par les juges du procès qui a saturé de stéréotypes les règles de droit dans ce domaine. Mon analyse antérieure illustre que nous ne sommes pas tout à coup une société débarrassée de ces croyances et, par conséquent, l’exercice d’un pouvoir discrétionnaire dans ce contexte est tout à fait à l’opposé de la réalisation de l’objectif urgent et réel du gouvernement.

95 This case has not dispelled any of the fears I expressed in *Seaboyer, supra*, about the use of myths and stereotypes in dealing with sexual assault complaints (see also Bertha Wilson, “Will Women Judges Really Make a Difference?” (1990), 28 *Osgoode Hall L.J.* 507). Complainants should be able to rely on a system free from myths and stereotypes, and on a judiciary whose impartiality is not compromised by these biased assumptions. The *Code* was amended in 1983 and in 1992 to eradicate reliance on those assumptions; they should not be permitted to resurface through the stereotypes reflected in the reasons of the majority of the Court of Appeal. It is part of the role of this Court to denounce this kind of language, unfortunately still used today, which not only perpetuates archaic myths and stereotypes about the nature of sexual assaults but also ignores the law.

96 In “The Standard of Social Justice as a Research Process” (1997), 38 *Can. Psychology* 91, K. E. Renner, C. Alksnis and L. Park make a strong indictment of the current criminal justice process, at p. 100:

The more general indictment of the current criminal justice process is that the law and legal doctrines concerning sexual assault have acted as the principle [*sic*] systemic mechanisms for invalidating the experiences of women and children. Given this state of affairs, the traditional view of the legal system as neutral, objective and gender-blind is not defensible. Since the system is ineffective in protecting the rights of women and children, it is necessary to re-examine the existing doctrines which reflect the cultural and social limitations that have preserved dominant male interests at the expense of women and children. [Emphasis added.]

97 This being said, turning to the facts of the present case, I agree with Major J. that the findings necessary to support a verdict of guilty on the charge of sexual assault have been made. In particular, there is, on the record, no evidence that would give an air of reality to an honest belief in consent for any of the sexual activity which took place in

La présente affaire n’a dissipé aucune des craintes que j’ai exprimées dans l’arrêt *Seaboyer*, précité, sur l’utilisation de mythes et de stéréotypes dans le traitement des plaintes d’agression sexuelle (voir également Bertha Wilson, «Will Women Judges Really Make a Difference?» (1990), 28 *Osgoode Hall L.J.* 507). Les plaignants devraient être en mesure de compter sur un système libre de mythes et de stéréotypes et sur des juges dont l’impartialité n’est pas compromise par ces suppositions tendancieuses. Le *Code* a été modifié en 1983 et en 1992 pour empêcher qu’on se fonde sur de telles suppositions, qu’il ne faut pas laisser resurgir par l’effet des stéréotypes que reflètent les motifs des juges majoritaires de la Cour d’appel. Notre Cour a notamment pour rôle de dénoncer ce genre de langage, qui est malheureusement encore utilisé de nos jours et qui non seulement perpétue des mythes et stéréotypes archaïques sur la nature des agressions sexuelles, mais également ne tient pas compte du droit applicable.

Dans «The Standard of Social Justice as a Research Process» (1997), 38 *Can. Psychology* 91, les auteurs K. E. Renner, C. Alksnis et L. Park, critiquent sévèrement le processus de justice criminelle actuel à la p. 100:

[TRADUCTION] La critique plus générale adressée au processus de justice criminelle actuel est que les règles de droit et les doctrines juridiques concernant l’agression sexuelle ont constitué les principaux mécanismes systémiques de négation des expériences vécues par les femmes et les enfants. Vu cet état de choses, le point de vue traditionnel, qui considère que le système juridique est neutre, objectif et déssexualisé, est indéfendable. Comme le système ne parvient pas à protéger efficacement les droits des femmes et des enfants, il est nécessaire de réexaminer les doctrines existantes reflétant les limites culturelles et sociales qui ont préservé les intérêts dominants des hommes au détriment des femmes et des enfants. [Je souligne.]

Ceci dit, en ce qui concerne les faits de la présente affaire je suis d’accord avec le juge Major que les conclusions nécessaires pour étayer un verdict de culpabilité relativement à l’accusation d’agression sexuelle ont été tirées. En particulier, il n’y a au dossier aucun élément de preuve ayant pour effet de conférer vraisemblance à une

this case. One cannot imply that once the complainant does not object to the massage in the context of a job interview, there is “sufficient evidence” to support that the accused could honestly believe he had permission to initiate sexual contact. This would mean that complying to receive a massage is consent to sexual touching. It would reflect the myth that women are presumptively sexually accessible until they resist. McLachlin J. has recognized in *R. v. Esau*, [1997] 2 S.C.R. 777, at para. 82, that reliance on rape myths cannot ground a defence of mistaken belief in consent:

Care must be taken to avoid the false assumptions or “myths” that may mislead us in determining whether the conduct of the complainant affords a sufficient basis for putting the defence of honest mistake on consent to the jury. One of these is the stereotypical notion that women who resist or say no may in fact be consenting.

Furthermore, I agree with Fraser C.J. at p. 278 that there is no air of reality to a defence of mistaken belief in consent “in the face of the complainant’s clearly stated verbal objections”.

Moreover, s. 273.2(b) precludes the accused from raising the defence of belief in consent if he did not take “reasonable steps” in the circumstances known to him at the time to ascertain that the complainant was consenting. This provision and the defence of honest but mistaken belief were before the trial judge and it should have been given full effect. The trial judge erred in law by not applying s. 273.2(b) which was the law of the land at the time of the trial, irrespective of whether the case proceeded on that basis. As stated by McLachlin J. in *Esau*, *supra*, at para. 50, with whom I concurred:

croyance sincère au consentement à l’une ou l’autre des activités sexuelles en cause dans le présent cas. Il n’est pas possible de déduire que, à partir du moment où la plaignante ne s’est pas opposée au massage dans le contexte d’une entrevue d’emploi, il y avait «suffisamment de preuve» pour appuyer la prétention que l’accusé ait pu croire sincèrement qu’il avait la permission d’amorcer le contact sexuel. Ce qui voudrait dire que le fait d’accepter de recevoir un massage équivaut à consentir à des attouchements sexuels. Cela refléterait le mythe selon lequel on peut présumer que les femmes sont toujours disponibles ou consentantes jusqu’à ce qu’elles résistent. Madame le juge McLachlin a reconnu, dans l’arrêt *R. c. Esau*, [1997] 2 R.C.S. 777, au par. 82, que des mythes sur le viol ne peuvent être invoqués pour fonder une défense de croyance erronée au consentement:

Il faut prendre soin d’éviter les fausses suppositions ou les «mythes» qui peuvent nous induire en erreur pour déterminer si la conduite de la plaignante constitue un fondement suffisant pour soumettre la défense de croyance sincère mais erronée au consentement à l’appréciation du jury. L’un de ces mythes est l’idée stéréotypée que la femme qui résiste ou qui dit non peut, en fait, être consentante.

En outre, je suis d’accord avec le juge en chef Fraser, à la p. 278 de ses motifs, que la défense de croyance erronée au consentement n’a aucune vraisemblance [TRADUCTION] «compte tenu des objections verbales clairement exprimées par la plaignante».

Qui plus est, l’al. 273.2b) empêche l’accusé de soulever la défense de croyance au consentement s’il n’a pas pris de «mesures raisonnables», dans les circonstances qu’il connaissait alors, pour s’assurer du consentement de la plaignante. À l’instar de la défense de croyance sincère mais erronée au consentement, cette disposition avait été invoquée devant le juge du procès, qui aurait dû lui donner plein effet. Ce dernier a commis une erreur de droit en n’appliquant pas l’al. 273.2b), qui exprimait le droit applicable au pays au moment du procès, que l’affaire ait été ou non fondée sur cet alinéa. Tel que l’écrit Madame le juge McLachlin dans l’arrêt *Esau*, précité, au par. 50 de ses motifs, auxquels j’ai souscrit:

Major J. [for the majority] does not consider s. 273.2. This may be because it was not argued on the appeal or in the proceedings below. With respect, I do not believe that the force of s. 273.2 may be avoided on that ground. Parliament has spoken. It has set out minimum conditions for the defence of mistaken belief in consent. If those conditions are not met, the defence does not lie.

Le juge Major [pour la majorité] ne tient pas compte de l'art. 273.2. C'est peut-être parce que cette disposition n'a pas été invoquée dans le cadre de l'appel ni en première instance. Il ne me paraît pas possible de se soustraire à la force de l'art. 273.2 pour ce motif. Le législateur s'est exprimé. Il a prévu des conditions minimales pour invoquer la défense de croyance erronée au consentement. Si ces conditions ne sont pas remplies, ce moyen de défense est irrecevable.

99

I agree entirely with Fraser C.J. that, unless and until an accused first takes reasonable steps to assure that there is consent, the defence of honest but mistaken belief does not arise (see *R. v. Daigle*, [1998] 1 S.C.R. 1220; *Esau*, *supra*, per McLachlin J. dissenting; and J. McInnes and C. Boyle, "Judging Sexual Assault Law Against a Standard of Equality" (1995), 29 *U.B.C. L. Rev.* 341). In this case, the accused proceeded from massaging to sexual contact without making any inquiry as to whether the complainant consented. Obviously, interpreting the fact that the complainant did not refuse the massage to mean that the accused could further his sexual intentions is not a reasonable step. The accused cannot rely on the complainant's silence or ambiguous conduct to initiate sexual contact. Moreover, where a complainant expresses non-consent, the accused has a corresponding escalating obligation to take additional steps to ascertain consent. Here, despite the complainant's repeated verbal objections, the accused did not take any step to ascertain consent, let alone reasonable ones. Instead, he increased the level of his sexual activity. Therefore, pursuant to s. 273.2(b) *Ewanchuk* was barred from relying on a belief in consent.

Je suis entièrement d'accord avec le juge en chef Fraser que la défense de croyance sincère mais erronée ne peut être soulevée que dans les cas où l'accusé a d'abord pris des mesures raisonnables pour s'assurer de l'existence du consentement (voir *R. c. Daigle*, [1998] 1 R.C.S. 1220; *Esau*, précité, motifs de dissidence du juge McLachlin; et J. McInnes et C. Boyle, «Judging Sexual Assault Law Against a Standard of Equality» (1995), 29 *U.B.C. L. Rev.* 341). En l'espèce, l'accusé est passé du massage au contact sexuel sans chercher à savoir si la plaignante y consentait. De toute évidence, déduire du fait que la plaignante n'avait pas refusé le massage qu'elle permettait à l'accusé de donner suite à ses intentions sexuelles n'est pas une mesure raisonnable. L'accusé ne peut pas compter sur le silence ou le comportement ambigu de la plaignante pour entreprendre un contact sexuel. En outre, lorsqu'une plaignante manifeste son absence de consentement, l'accusé a l'obligation correspondante de prendre des mesures supplémentaires pour s'assurer du consentement de la plaignante. En l'espèce, malgré les objections verbales répétées de la plaignante, l'accusé n'a pris aucune mesure pour s'assurer du consentement de cette dernière, encore moins des mesures raisonnables. Au contraire, il a plutôt intensifié son activité sexuelle. Par conséquent, conformément à l'al. 273.2b), *Ewanchuk* n'était pas autorisé à invoquer sa croyance au consentement.

100

Major J., at para. 43, relies on this Court's decision in *Pappajohn v. The Queen*, [1980] 2 S.C.R. 120, to describe the nature of the defence of honest but mistaken belief. In *Pappajohn*, the majority held that this defence does not need to be based on reasonable grounds as long as it is honestly held. That approach has been modified by the enactment of s. 273.2(b) which introduced the "reasonable

Au paragraphe 43 de ses motifs, le juge Major se fonde sur l'arrêt de notre Cour *Pappajohn c. La Reine*, [1980] 2 R.C.S. 120, pour décrire la nature de la défense de croyance sincère mais erronée. Dans *Pappajohn*, les juges de la majorité ont statué qu'il n'était pas nécessaire que cette défense soit fondée sur des motifs raisonnables, pourvu que la croyance soit sincère. Cette approche a été modi-

steps” requirement. Therefore, that decision no longer states the law on the question of honest but mistaken belief in consent.

I wish to point out that, on the facts as found at trial, s. 273.1(2) also applies to this case. Coupled with the reasonable steps requirement of s. 273.2(b), s. 273.1(2) restricts the circumstances in which an accused could claim that he had a mistaken belief in the complainant’s agreement to engage in the impugned sexual activity. Particularly relevant to this case, s. 273.1(2)(d) states that no consent is obtained where “the complainant expresses, by words or conduct, a lack of agreement . . .”. Here, the complainant clearly expressed her lack of consent by saying “no” three times. The application of that provision acknowledges that when a woman says “no” she is communicating her non-agreement, regardless of what the accused thought it meant, and that her expression has an enforceable legal effect. It precludes the accused from claiming that he thought there was an agreement. That provision was in force at the time of trial and could not be ignored by the trial judge.

Disposition

Like my colleague Major J., I would allow the appeal, enter a conviction and send the matter back to the trial judge for sentencing.

The following are the reasons delivered by

MCLACHLIN J. — I agree with the reasons of Justice Major. I also agree with Justice L’Heureux-Dubé that stereotypical assumptions lie at the heart of what went wrong in this case. The specious defence of implied consent (consent implied by law), as applied in this case, rests on the assumption that unless a woman protests or resists, she should be “deemed” to consent (see L’Heureux-Dubé J.). On appeal, the idea also surfaced that if a

fiée par la promulgation de l’al. 273.2b), qui a introduit la condition relative aux «mesures raisonnables». En conséquence, cet arrêt n’énonce plus le droit applicable sur la question de la croyance sincère mais erronée au consentement.

Je tiens à souligner que, compte tenu des faits tels que prouvés au procès, le par. 273.1(2) s’applique également au présent cas. Conjugué à la condition relative aux mesures raisonnables prévue par l’al. 273.2b), le par. 273.1(2) limite le nombre de situations dans lesquelles un accusé peut prétendre avoir cru erronément à l’accord de la plaignante à l’activité sexuelle reprochée. L’alinéa 273.1(2)d), qui est particulièrement pertinent en l’espèce, précise qu’il n’y a pas de consentement de la part de la plaignante lorsque celle-ci «manifeste, par ses paroles ou son comportement, [son] absence d’accord . . .». En l’espèce, la plaignante a clairement manifesté son absence de consentement en disant «non» à trois reprises. L’application de cette disposition reconnaît que, lorsqu’une femme dit «non», elle communique son absence de consentement, indépendamment de ce que l’accusé croyait qu’elle signifiait, et que cette manifestation de volonté a un effet juridique contraignant. Elle empêche l’accusé de prétendre qu’il croyait qu’il y avait consentement. Cette disposition était en vigueur au moment du procès et le juge du procès ne pouvait l’ignorer.

Dispositif

À l’instar de mon collègue le juge Major, je suis d’avis d’accueillir le pourvoi, d’inscrire une déclaration de culpabilité et de renvoyer l’affaire au juge du procès pour détermination de la peine.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE MCLACHLIN — Je souscris aux motifs du juge Major. Je conviens également avec le juge L’Heureux-Dubé que l’existence de stéréotypes est au cœur même du problème survenu dans la présente affaire. Le moyen de défense spécieux fondé sur le consentement tacite (consentement supposé par la loi), tel qu’il a été appliqué en l’espèce, repose sur la présomption voulant que, à moins qu’elle proteste ou résiste, une femme est «répu-

101

102

103

woman is not modestly dressed, she is deemed to consent. Such stereotypical assumptions find their roots in many cultures, including our own. They no longer, however, find a place in Canadian law.

tée» consentir (voir les motifs du juge L'Heureux-Dubé). En Cour d'appel, l'idée selon laquelle les femmes qui ne s'habillent pas discrètement sont réputées consentir a également fait surface. De tels stéréotypes sont bien enracinés dans bon nombre de cultures, y compris la nôtre. Ils n'ont cependant plus leur place en droit canadien.

104 I join my colleagues in rejecting them.

Je m'associe à mes collègues pour les rejeter.

Appeal allowed.

Pourvoi accueilli.

Solicitor for the appellant: The Attorney General for Alberta, Edmonton.

Procureur de l'appelante: Le procureur général de l'Alberta, Edmonton.

Solicitors for the respondent: Royal, McCrum, Duckett & Glancy, Edmonton.

Procureurs de l'intimé: Royal, McCrum, Duckett & Glancy, Edmonton.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Canada: The Attorney General of Canada, Ottawa.

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

Solicitors for the interveners the Women's Legal Education and Action Fund and the Disabled Women's Network Canada: Oleskiw, Anweiler, Toronto; Dale Gibson Associates, Edmonton.

Procureurs des intervenants le Fonds d'action et d'éducation juridiques pour les femmes et le Réseau d'action des femmes handicapées du Canada: Oleskiw, Anweiler, Toronto; Dale Gibson Associates, Edmonton.

Solicitors for the intervener the Sexual Assault Centre of Edmonton: Witten, Binder, Edmonton.

Procureurs de l'intervenant le Sexual Assault Centre of Edmonton: Witten, Binder, Edmonton.