

R. c. Williams, [2003] 2 R.C.S. 134, 2003 CSC 41

Sa Majesté la Reine

Appelante

c.

Harold Williams

Intimé

et

Procureur général de l'Ontario

Intervenant

Répertorié : R. c. Williams

Référence neutre : 2003 CSC 41.

N° du greffe : 28873.

2002 : 3 décembre; 2003 : 18 septembre.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, Arbour et Deschamps.

en appel de la cour d'appel de terre-neuve-et-labrador

Droit criminel — Voies de fait graves — Omission de révéler le résultat d'un test de dépistage du VIH — Accusé ayant eu des rapports sexuels non protégés avec la plaignante pendant leur relation qui a duré 18 mois — Accusé ayant appris

cinq mois après le début de la relation qu'il était séropositif, mais omettant d'en informer la plaignante — Plaignante probablement déjà infectée avant que l'accusé apprenne qu'il était séropositif — Le ministère public peut-il prouver hors de tout doute raisonnable que la vie de la plaignante a été mise en danger? — L'accusé est-il coupable de voies de fait graves? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 268(1).

Droit criminel — Tentative de voies de fait graves — Omission de révéler le résultat d'un test de dépistage du VIH — Accusé ayant eu des rapports sexuels non protégés avec la plaignante pendant leur relation qui a duré 18 mois — Accusé ayant appris cinq mois après le début de la relation qu'il était séropositif, mais omettant d'en informer la plaignante — L'accusé est-il coupable de tentative de voies de fait graves? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 24(1), 265(1)a), 268(1), 660.

La plaignante et W ont eu une relation qui a débuté en juin 1991 et qui a duré 18 mois. Le 15 novembre 1991, W a appris le résultat positif d'un test de dépistage du VIH qu'il avait subi peu auparavant. La plaignante a obtenu un résultat négatif peu après. W n'a pas révélé à la plaignante qu'il était séropositif, ni même qu'il avait subi un test. W, qui avait pourtant reçu de l'information de deux médecins et d'une infirmière à au moins trois occasions au sujet du VIH, de sa transmission, des précautions à prendre et de son devoir d'informer ses partenaires sexuels de son état, a continué à avoir des rapports sexuels non protégés avec la plaignante. Il est admis que la plaignante n'aurait jamais eu sciemment de relations sexuelles avec une personne séropositive. La relation a pris fin en novembre 1992 et la plaignante a obtenu un résultat positif à un test de dépistage du VIH en avril 1994. W a reconnu avoir transmis le VIH à la plaignante. De même, le ministère public a reconnu qu'il était bien possible que W ait infecté la plaignante avant d'apprendre qu'il était séropositif. En première instance, W a été déclaré coupable de voies de fait graves et

de nuisance publique. La Cour d'appel a confirmé sa condamnation pour nuisance publique, mais elle a accueilli l'appel contre sa déclaration de culpabilité de voies de fait graves, lui substituant une déclaration de culpabilité de tentative de voies de fait graves.

Arrêt : Le pourvoi est rejeté.

Lorsque, comme en l'espèce, le ministère public porte une accusation fondée sur une conséquence aggravante, il doit prouver cette conséquence hors de tout doute raisonnable. La personne accusée qui ne révèle pas qu'elle est séropositive ne peut être déclarée coupable de voies de fait graves mettant la vie en danger lorsque la plaignante ou le plaignant pouvait déjà être porteur du VIH. En pareilles circonstances, W a toutefois été déclaré à juste titre coupable de tentative de voies de fait graves.

Bien que W ait fait preuve d'un degré d'insouciance et d'égoïsme révoltant, le ministère public n'a pas réussi à établir que l'activité sexuelle de la plaignante après le 15 novembre 1991 lui a causé un préjudice ou même qu'elle l'a exposée à un risque sérieux de préjudice, parce qu'il était possible, et peut-être probable, qu'elle fut déjà porteuse du VIH à ce moment. Il faut donc confirmer l'acquittement de W à l'égard de l'accusation de voies de fait graves. La *mens rea* de cette infraction a été prouvée hors de tout doute raisonnable, mais le ministère public était incapable de prouver un élément essentiel de l'*actus reus*, savoir que le comportement sexuel de W, après qu'il a appris qu'il était séropositif, risquait de mettre la vie de la plaignante en danger. La preuve médicale indique qu'un seul rapport sexuel vaginal non protégé comporte un risque important de transmission du VIH. Il existe donc à tout le moins un doute qui empêche d'affirmer que la plaignante

n'avait pas déjà été contaminée le 15 novembre 1991, au moment où W a découvert, puis décidé de ne pas révéler, qu'il était séropositif. Le test subi par la plaignante peu de temps après s'est révélé négatif, bien que la preuve d'expert ait révélé qu'il se pouvait bien qu'elle ait déjà été infectée par le VIH à ce moment, mais qu'elle n'ait pas encore développé les anticorps permettant de détecter son état lors du test.

Pour qu'il y ait crime, à un moment donné, l'*actus reus* et la *mens rea* ou l'intention doivent coïncider. Ici, toutefois, il y a eu mise en danger sans intention avant le 15 novembre 1991 et, après cette date, il y a eu intention mais il existe à tout le moins un doute raisonnable quant à la mise en danger.

L'infraction de voies de fait graves met l'accent sur la nature des conséquences plutôt que sur la nature des voies de fait ou de l'agression. Le même acte d'agression sexuelle perpétré par un accusé séropositif pourrait sans aucun doute causer un préjudice à de nombreuses victimes potentielles ou les exposer à un risque, mais si, pour des raisons qui lui sont propres, il existe un doute raisonnable quant à savoir si une plaignante a été mise en péril par les voies de fait, il n'y a pas de voies de fait graves. En l'espèce, il existe un doute raisonnable quant à la possibilité que la vie de la plaignante ait pu être mise en danger après le 15 novembre 1991 par une nouvelle exposition à un virus dont elle était probablement déjà porteuse.

Aucun élément de preuve n'indique que la plaignante qui, à tort ou à raison, ne croyait pas avoir été contaminée par le VIH, a consenti à avoir des rapports sexuels non protégés avec un partenaire séropositif. Pendant toute la période pertinente, elle croyait que ni elle ni W n'étaient porteurs du VIH.

C'est à bon droit que W a été condamné pour tentative de voies de fait graves. L'infraction de tentative exige que le ministère public établisse la *mens rea* relative à la perpétration du crime en question. L'intention de commettre l'infraction de voies de fait graves a été établie quant à la période postérieure au 15 novembre 1991. En ce qui concerne l'*actus reus*, le défaut de prouver que la vie de la plaignante avait été mise en danger était fatal quant à l'accusation de voies de fait graves, mais non quant à celle de tentative de voies de fait graves. De toute évidence, W a accompli davantage que des actes préparatoires. Il a fait tout ce qu'il a pu pour infecter la plaignante en ayant des rapports sexuels non protégés répétés avec elle pendant environ un an, entre le 15 novembre 1991 et le moment où la liaison a pris fin, au mois de novembre 1992. Aucun des partenaires ne connaissait l'existence d'un doute raisonnable quant à la date à laquelle la plaignante a effectivement été infectée. Ces faits, établis par la preuve, sont suffisants pour prouver la tentative.

Jurisprudence

Arrêts mentionnés : *R. c. Cuerrier*, [1998] 2 R.C.S. 371; *R. c. Godin*, [1994] 2 R.C.S. 484; *R. c. Ville de Sault Ste-Marie*, [1978] 2 R.C.S. 1299; *Sansregret c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 570; *R. c. Cooper*, [1993] 1 R.C.S. 146; *R. c. Droste* (1979), 49 C.C.C. (2d) 52; *R. c. Ewanchuk*, [1999] 1 R.C.S. 330; *R. c. Leclerc* (1991), 67 C.C.C. (3d) 563; *R. c. Brodie* (1995), 60 B.C.A.C. 153; *R. c. Dewey* (1999), 132 C.C.C. (3d) 348; *R. c. Ross*, [1998] O.J. No. 3427 (QL); *R. c. Vang* (1999), 132 C.C.C. (3d) 32; *R. c. DeSousa*, [1992] 2 R.C.S. 944; *R. c. Ancio*, [1984] 1 R.C.S. 225; *États-Unis d'Amérique c. Dynar*, [1997] 2 R.C.S. 462.

Lois et règlements cités

Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 24(1), 220, 221, 249(3), (4), 255(2), (3), 265, 267b), 268, 271, 272(1)c), 273(1), 430(2), 433b), 463a), 660.

Doctrine citée

New Shorter Oxford English Dictionary on Historical Principles, vol. 1. Oxford : Clarendon Press, 1993, « *endanger* ».

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de Terre-Neuve-et-Labrador (2001), 205 Nfld. & P.E.I.R. 1, 158 C.C.C. (3d) 523, [2001] N.J. No. 274 (QL), 2001 NFCA 52, qui a confirmé la condamnation de l'accusé pour nuisance publique et annulé sa déclaration de culpabilité de voies de fait graves, lui substituant une déclaration de culpabilité de tentative de voies de fait graves. Pourvoi rejeté.

Rachel Huntsman, pour l'appelante.

Derek J. Hogan, pour l'intimé.

Susan Chapman et *Dana Peterson*, pour l'intervenant.

Version française du jugement de la Cour rendu par

- 1 LE JUGE BINNIE — Le présent pourvoi soulève la question de savoir si un accusé qui n'a pas révélé qu'il était séropositif peut être déclaré coupable de voies de fait graves mettant la vie en danger pour avoir eu des rapports sexuels non protégés

avec une plaignante qui, au moment de l'infraction alléguée, pouvait elle-même être porteuse du VIH.

2 L'intimé a fait preuve d'un degré d'insouciance et d'égoïsme révoltant. Il est incontestable qu'il s'est livré à des voies de fait sur la personne de la plaignante et qu'il est coupable de *tentative* de voies de fait graves (et coupable de nuisance publique). Toutefois, comme l'a signalé à la majorité la Cour d'appel de Terre-Neuve-et-Labrador, l'infraction de voies de fait *graves*, telle qu'elle est définie au par. 268(1) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, exige la preuve de certaines conséquences. Les tribunaux d'instance inférieure ont conclu, et le ministère public reconnaît, qu'un doute raisonnable subsiste quant à savoir si les voies de fait en cause *pouvaient* avoir pour conséquence de mettre la vie en danger comme l'alléguait l'acte d'accusation. Le ministère public est par conséquent incapable d'établir *l'actus reus* de cette infraction précise. Il y a donc lieu de rejeter son pourvoi à cet égard.

I. Les faits

3 Pendant leur liaison qui a duré environ 18 mois et au début de laquelle la plaignante était âgée de 18 ans, celle-ci et l'intimé ont eu de nombreux rapports sexuels vaginaux et ont parfois pratiqué la fellation. Ils utilisaient le condom à l'occasion, mais la plaignante ne prenait pas les précautions contraceptives habituelles car l'intimé lui avait dit qu'il avait subi une vasectomie.

4 Ils ont commencé à se fréquenter au mois de juin 1991. On peut lire dans l'exposé conjoint des faits qu'ils ont commencé à avoir des rapports sexuels [TRADUCTION] « peu après ». Malheureusement, la preuve n'indique pas précisément

quand a eu lieu leur premier rapport sexuel ni la fréquence approximative de leurs rapports sexuels au cours des 18 mois qui ont suivi.

5 L'intimé s'est rendu dans une clinique médicale de St. John's le 16 octobre 1991 pour y subir un test de dépistage du VIH, mais il n'en a rien dit à la plaignante. Son nom figurait, semble-t-il, sur une liste d'anciens partenaires fournie par une personne séropositive, c'est-à-dire dont un test avait révélé qu'elle avait été infectée par le virus de l'immunodéficience humaine. L'intimé a appris le 15 novembre 1991 qu'il était lui aussi séropositif. Deux médecins et une infirmière lui ont prodigué des conseils à au moins trois occasions au sujet du VIH, de sa transmission, des précautions à prendre et de son devoir d'informer ses partenaires sexuels de son état. L'intimé a déclaré que le résultat du test l'avait atterré, mais qu'il avait décidé, en ce qui concernait sa relation avec la plaignante — à qui il a caché qu'il était séropositif — de ne prendre aucune des précautions qui lui avaient été recommandées. Il a fourni aux autorités sanitaires le nom de deux anciennes partenaires sexuelles, mais il a tu celui de la plaignante. Comme il l'a été affirmé, la plaignante ignorait en fait que l'intimé avait subi des tests.

6 La plaignante s'est soumise à un test de dépistage du VIH le 20 novembre 1991. On ignore à l'instigation de qui ou pour quelle raison elle a subi ce test. Elle a obtenu un résultat négatif et en a informé l'intimé. Leur liaison s'est poursuivie pendant une autre année et elle a pris fin, pour d'autres raisons, au mois de novembre 1992.

7 Au printemps 1994, la plaignante a suivi le programme *Skills for Success*, qui comportait une conférence sur le VIH et le SIDA. Inquiète de ce qu'elle présentait quelques-uns des symptômes de l'infection à VIH énumérés par le conférencier invité,

elle a décidé de subir un nouveau test de dépistage. Elle a appris qu'elle était séropositive le 15 avril 1994.

8 Lorsqu'elle l'a mis au courant du résultat de son test, l'intimé a menti en niant à plusieurs reprises avoir déjà obtenu un résultat positif à un test de dépistage du VIH.

9 Il appert de l'exposé conjoint des faits que, lorsqu'on lui a demandé si elle aurait eu des relations sexuelles avec l'intimé si elle avait su qu'il était séropositif, la plaignante a répondu : [TRADUCTION] « Jamais de la vie, je n'aurais pas eu de rapports sexuels avec quelqu'un de séropositif. »

10 Dans l'exposé conjoint des faits, l'intimé reconnaît [TRADUCTION] « avoir transmis le VIH [à la plaignante] ». Quant à savoir quand il le lui a transmis, le ministère public a convenu qu'il [TRADUCTION] « est possible que [l'intimé] ait infecté [la plaignante] avant d'apprendre qu'il était séropositif » (je souligne).

A. La preuve médicale

11 L'exposé conjoint des faits énumère notamment les caractéristiques suivantes d'une infection à VIH :

[TRADUCTION]

37. Un seul rapport sexuel vaginal non protégé comporte un risque important de transmission du VIH.

38. À ce jour, l'infection à VIH est encore incurable. Le traitement actuel consiste à utiliser une combinaison de médicaments visant à tenir le virus en échec mais, même traitée, une infection à VIH peut entraîner des maladies dévastatrices aux conséquences fatales.

...

40. C'est encore principalement par la détection des anticorps que se fait le dépistage du VIH. . .
41. . . . entre 70 et 90 pour 100 des personnes infectées développent des anticorps anti-VIH dans les trois mois suivant l'infection. Dans les six mois suivant l'infection, les tests indiqueront la présence d'anticorps dans 99,9 pour 100 des cas. Certains rapports indiquent que l'apparition d'anticorps peut prendre un an, et un rapport fait même état d'une période de 18 mois.

12 Par conséquent, lorsque l'intimé a découvert qu'il était séropositif, il est clair qu'il était déjà porteur du VIH depuis un bon moment.

13 De la même façon, même si le test subi par la plaignante peu de temps après s'est révélé négatif, il se peut bien qu'elle ait déjà été infectée par le VIH mais qu'elle n'ait pas encore développé les anticorps permettant de détecter son état lors du test.

14 Il existe donc à tout le moins un doute qui nous empêche d'affirmer que la plaignante n'avait pas déjà été contaminée le 15 novembre 1991, au moment où l'intimé a découvert, puis décidé de ne pas révéler, qu'il était séropositif.

B. Le témoignage du D^r Michael Bowmer

15 Le docteur Bowmer exerçait la médecine à St. John's, au sein de la Health Care Corporation, spécialisée en maladies infectieuses et en médecine interne. Il est l'un des spécialistes qui ont conseillé l'intimé. Au cours de son témoignage à l'enquête préliminaire, on a demandé au D^r Bowmer si une personne porteuse du VIH pouvait réinfecter un partenaire déjà contaminé. Il a répondu que le VIH [TRADUCTION] « subit des mutations très rapides » et peut produire une souche

pharmacorésistante chez une personne. Celle-ci peut alors la transmettre à son ou à sa partenaire et lui inoculer une souche de VIH pharmacorésistante à laquelle cette personne n'avait pas été exposée avant, ce qui peut entraîner son décès. C'est pourquoi il demeure important, selon lui, d'avoir des rapports sexuels protégés [TRADUCTION] « parce que la résistance d'un virus peut varier d'un individu à l'autre. Il est alors possible qu'une personne n'ayant pas développé de résistance [à la médication] reçoive une souche résistante. »

16 Le docteur Bowmer n'a pas été cité comme témoin au procès, mais la transcription de son témoignage à l'enquête préliminaire a été [TRADUCTION] « utilisée comme faisant partie des faits de l'espèce ». Le ministère public n'a invoqué la thèse de la « réinfection » ni au procès ni devant la Cour d'appel de Terre-Neuve-et-Labrador. Il n'a pas non plus invoqué la possibilité, évoquée par le D^r Bowmer, qu'une personne déjà porteuse du VIH puisse être réinfectée par une souche pharmacorésistante « mutante » du VIH, peut-être parce que le D^r Bowmer lui-même a reconnu que [TRADUCTION] « nous ne connaissons pas assez bien le comportement du virus chez l'être humain pour savoir avec quelle rapidité il peut subir des mutations et se transformer en une souche résistante ». Aucun test n'a été administré à cet égard à l'intimé ou à la plaignante.

C. L'historique judiciaire

17 L'intimé a été accusé de voies de fait graves, de négligence criminelle causant des lésions corporelles et de nuisance publique. Le juge du procès l'a déclaré coupable de voies de fait graves et de nuisance publique mais non de négligence criminelle causant des lésions corporelles ((2000), 189 Nfld. & P.E.I.R. 156). La Cour d'appel a rejeté à l'unanimité l'appel formé par l'intimé contre sa condamnation pour

nuisance publique ((2001), 158 C.C.C. (3d) 523, 2001 NFCA 52), mais elle a accueilli à la majorité son appel contre la condamnation pour voies de fait graves, lui substituant une condamnation pour *tentative* de voies de fait graves.

18 Le juge en chef Wells aurait rejeté l'appel interjeté contre la condamnation pour voies de fait graves parce que, selon lui, la poursuite ne devrait pas [TRADUCTION] « être tenue à l'impossible » et avoir à prouver hors de tout doute raisonnable que la plaignante n'avait pas été contaminée par le VIH avant le 15 novembre 1991. Dans l'état actuel de la médecine, cette preuve est impossible à faire. La reconnaissance de cette incertitude ne constitue pas automatiquement un doute raisonnable relativement à la question de savoir si l'intimé a mis en danger la vie de la plaignante selon le critère établi dans *R. c. Cuerrier*, [1998] 2 R.C.S. 371. De l'avis du juge en chef Wells, il suffisait que le ministère public prouve l'existence d'une possibilité que la plaignante n'ait pas déjà été contaminée le 15 novembre 1991 pour établir l'existence d'un risque de préjudice. Bien qu'on ne puisse jamais déterminer, en l'espèce, si ce risque était faible, moyen ou élevé, l'important était, selon le Juge en chef, que ce risque existât. Dans l'arrêt *Cuerrier*, précité, la Cour a expressément statué qu'il n'était pas nécessaire de prouver un préjudice réel. Il suffisait de prouver qu'il y avait eu exposition à un risque de préjudice.

II. Analyse

19 Qu'une personne dupe délibérément son ou sa partenaire et l'expose ainsi au risque de contracter une infection à VIH relève du cauchemar. Pourtant, de nos jours, les tribunaux sont appelés régulièrement à se prononcer sur un tel comportement répréhensible.

20 Il ne fait aucun doute que la conduite de l'intimé était criminelle. Il a été condamné pour tentative de voies de fait graves (infraction punissable d'une peine maximale de sept ans d'emprisonnement) et pour nuisance publique (infraction punissable d'une peine maximale de deux ans d'emprisonnement).

21 La condamnation pour *tentative* de voies de fait graves ne satisfait pas le ministère public, qui estime que l'intimé aurait dû être déclaré coupable de l'infraction de voies de fait graves elle-même.

22 La *mens rea* de l'infraction de voies de fait graves correspond à la *mens rea* de l'infraction de voies de fait (c'est-à-dire, soit l'intention d'employer la force de manière intentionnelle ou insouciant, soit un aveuglement volontaire à l'égard de l'absence de consentement de la victime) à laquelle s'ajoute la prévision objective de lésions corporelles : *R. c. Godin*, [1994] 2 R.C.S. 484, p. 485, et *Cuerrier*, précité, par. 95. Nul ne conteste qu'en l'espèce, cet élément moral de l'infraction de voies de fait graves a été prouvé hors de tout doute raisonnable.

23 Il s'agit donc essentiellement en l'espèce de déterminer si le ministère public a réussi à prouver tous les éléments de l'*actus reus* de l'infraction de voies de fait graves dont il a accusé l'intimé, définie ainsi au par. 268(1) du *Code criminel* :

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

24 Les poursuites judiciaires relatives à cette infraction, qui sont axées sur les *conséquences* des voies de fait, se compliquent ici en raison de la « fenêtre sérologique » d'une durée incertaine qui sépare le moment où une personne contracte

le VIH et celui où les autorités médicales peuvent détecter l'infection (ou du moins le pouvaient en 1991). L'intimé cherche à tirer parti de cette incertitude de deux façons. Il soutient, premièrement, que la plaignante a toujours consenti à avoir des rapports sexuels non protégés pendant leur liaison. En se fondant sur sa propre interprétation de l'arrêt *Cuerrier*, précité, il prétend que le consentement de la plaignante est demeuré valide après le 15 novembre 1991, même s'il l'a dupée. Par conséquent, selon lui, non seulement il n'y a pas eu de voies de fait graves, mais il n'y a pas eu de voies de fait du tout.

25 Deuxièmement, l'intimé affirme que le ministère public est incapable de prouver un élément essentiel de l'infraction de voies de fait graves, savoir que sa conduite sexuelle, après qu'il a appris qu'il était séropositif, a mis en danger la vie de la plaignante. Selon lui, le ministère public est incapable de prouver l'*actus reus* de l'une des infractions à l'égard desquelles il a décidé d'engager une poursuite.

26 À mon avis, le premier argument de l'intimé repose sur une interprétation erronée de l'arrêt *Cuerrier* mais, si l'on se reporte à l'exposé conjoint des faits, il faut donner raison à l'intimé en ce qui concerne son deuxième argument.

A. La date critique du 15 novembre 1991

27 La date la plus importante en l'espèce est le 15 novembre 1991. C'est à cette date que l'intimé a appris qu'il était séropositif. Il ne m'échappe pas qu'il ait pu, avant cette date, envisager à tout le moins l'existence d'un risque d'être séropositif, peut-être à compter du 16 octobre 1991 lorsqu'il a été appelé pour subir le test, mais nous n'avons pas de preuve suffisante de ce fait. La date critique quant à la preuve d'une fraude viciant le consentement (al. 265(3)c) du *Code criminel*) est la date à

partir de laquelle l'intimé était suffisamment au courant de sa séropositivité pour pouvoir être considéré comme agissant « intentionnellement ou sans se soucier des conséquences, en étant conscient des faits constituant l'infraction ou en refusant volontairement de les envisager » (*R. c. Ville de Sault Ste-Marie*, [1978] 2 R.C.S. 1299, p. 1309). Dans ce contexte, la distinction entre insouciance et ignorance volontaire peut avoir de l'importance :

L'ignorance volontaire diffère de l'insouciance parce que, alors que l'insouciance comporte la connaissance d'un danger ou d'un risque et la persistance dans une conduite qui engendre le risque que le résultat prohibé se produise, l'ignorance volontaire se produit lorsqu'une personne qui a ressenti le besoin de se renseigner refuse de le faire parce qu'elle ne veut pas connaître la vérité. Elle préfère rester dans l'ignorance. [Je souligne.]

(*Sansregret c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 570, p. 584, le juge McIntyre)

28 Lorsqu'une personne apprend l'existence d'un risque qu'elle ait contracté le VIH et que, par conséquent, la question du consentement de son ou de sa partenaire se pose, mais qu'elle persiste néanmoins, sans rien divulguer à son ou à sa partenaire, à avoir des rapports sexuels non protégés susceptibles de lui transmettre le VIH, l'insouciance est établie.

29 En l'espèce, toutefois, l'exposé conjoint des faits ne nous permet pas de tirer de conclusion ferme au sujet de la connaissance que l'intimé avait du danger ou même *du risque* de danger d'infection à VIH avant le 15 novembre, hormis le fait qu'on lui avait demandé de subir un test. Nous ne savons presque rien des circonstances.

30 Donnant à l'intimé le bénéfice du doute, je suis donc d'avis de considérer le 15 novembre 1991 comme la date à laquelle l'intimé a su clairement qu'il était

séropositif et a persisté à avoir des rapports sexuels non protégés après avoir été averti par les médecins que ce comportement pouvait causer la mort de sa partenaire.

31 En l'espèce, il importe peu que la date critique soit le 16 octobre ou le 15 novembre 1991, puisque, dans l'exposé conjoint des faits, au par. 46, le ministère public a reconnu que la plaignante avait pu contracter le VIH dès le mois d'août 1991 :

[TRADUCTION] . . . il est possible que [l'intimé] ait infecté [la plaignante] avant d'apprendre qu'il était séropositif. Le résultat négatif du test subi par [la plaignante] pouvait se situer dans sa « fenêtre sérologique », c'est-à-dire que, lorsque [la plaignante] a subi le test le 20 novembre 1991, son corps n'avait pas encore produit les anticorps anti-VIH que le test est censé détecter. Il est possible que, le 20 novembre 1991, [la plaignante] ait été en période d'incubation et que son organisme n'ait pas encore développé les anticorps, de sorte que le virus, s'il était présent, n'était pas détectable. Il se peut qu'elle ait été infectée au mois d'août 1991, mais que le test de dépistage du VIH se soit révélé négatif le 20 novembre 1991.

32 Pour le juge du procès, le résultat négatif du test subi par la plaignante le 20 novembre 1991 constituait [TRADUCTION] « la meilleure preuve au dossier de son état à cette date » (par. 26). En toute déférence, cette conclusion ne tient pas compte de l'ensemble de la preuve médicale présentée dans l'exposé conjoint des faits au sujet de la durée de la « fenêtre sérologique » séparant le moment de l'infection de celui où elle peut être détectée par un test. Il existe à tout le moins un doute raisonnable quant à la date à laquelle la plaignante a été infectée par le VIH.

33 La Cour d'appel a estimé que la preuve démontrait qu'il était *probable* que la plaignante avait été infectée avant le 15 novembre 1991. Je partage ce point de vue.

34 Bien que l'intimé ait dupé la plaignante après le 15 novembre 1991, le ministère public concède qu'il ne peut établir que l'activité sexuelle de la plaignante

après cette date lui a causé un préjudice ou même qu'elle l'a exposée à un risque sérieux de préjudice, parce qu'il était possible, et peut-être probable, qu'elle fut déjà porteuse du VIH à ce moment.

B. *La nécessaire concomitance de l'intention et de la mise en danger*

35 Pour qu'il y ait crime, « à un moment donné, l'*actus reus* et la *mens rea* ou l'intention doivent coïncider » : *R. c. Cooper*, [1993] 1 R.C.S. 146, p. 157. Voir aussi *R. c. Droste* (1979), 49 C.C.C. (2d) 52 (C.A. Ont.), p. 53-54). Ici, toutefois, il y a eu mise en danger sans intention avant le 15 novembre 1991 et, après cette date, il y a eu intention mais il existe à tout le moins un doute raisonnable quant à la mise en danger. C'est là le nœud du problème du ministère public en l'espèce.

C. *Le consentement*

36 L'absence de consentement constitue un élément essentiel de toutes les formes d'agression, d'attaque ou de voies de fait. Voici, pour plus de commodité, les dispositions pertinentes du *Code criminel* :

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

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

...

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

...

c) soit de la fraude; [Je souligne.]

37 La Cour a examiné récemment ce que l'on entend par le consentement dans le contexte d'une agression ou de voies de fait dans l'arrêt *R. c. Ewanchuk*, [1999] 1 R.C.S. 330, par. 26-27, le juge Major :

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 . . .

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 [. . .] 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. [Je souligne.]

38 Il ne fait aucun doute que la plaignante n'a pas subjectivement consenti à avoir des rapports sexuels non protégés avec un partenaire séropositif. C'est ce qu'elle a déclaré dans son témoignage, et il n'y a aucune raison de mettre sa déclaration en doute. Après le 15 novembre 1991, l'intimé savait qu'il était séropositif, mais la plaignante l'ignorait. Chaque relation sexuelle non protégée l'exposait au virus mortel. Il n'existe absolument aucun élément de preuve indiquant que la plaignante qui, à tort ou à raison, ne croyait pas avoir été contaminée par le VIH, a consenti à courir un tel risque.

39 Dans l'affaire *Cuerrier*, précitée, un accusé séropositif avait eu, comme l'intimé en l'espèce, des rapports sexuels non protégés avec deux plaignantes sans leur faire part de son état. Toutefois, contrairement à la plaignante dans la présente affaire, les plaignantes dans *Cuerrier* n'avaient pas été infectées par le VIH. Le juge Cory a déclaré ce qui suit au par. 127 :

Sans divulgation de la séropositivité, il ne peut y avoir de consentement véritable. Le consentement ne peut se limiter uniquement aux rapports sexuels. Il doit plutôt s'agir d'un consentement à des rapports sexuels avec un partenaire séropositif. Il ne peut y avoir de consentement véritable s'il n'y a pas eu divulgation par l'accusé de sa séropositivité. Le consentement qui n'est pas fondé sur la connaissance d'importants facteurs pertinents n'est pas valide.

Dans l'affaire *Cuerrier*, les relations sexuelles avec l'accusé avaient fait courir aux plaignantes un risque sérieux pour leur santé. Cela suffisait pour vicier leur consentement aux rapports sexuels.

40 Le principe dégagé dans l'arrêt *Cuerrier*, reproduit ci-haut, s'applique en l'espèce. La plaignante n'a jamais consenti à avoir des rapports sexuels avec un partenaire séropositif. Au plus tard le 15 novembre 1991, l'intimé savait qu'il était séropositif, et elle l'ignorait. La révélation inattendue faite à la plaignante, en 1994, qu'elle pouvait avoir déjà été infectée par l'intimé avant le 15 novembre 1991 ne pouvait d'aucune façon influencer rétroactivement sur son état d'esprit pendant sa liaison, plus de deux ans auparavant. Pendant toute la période *pertinente*, elle croyait que *ni elle ni l'intimé* n'étaient porteurs du VIH. Cela suffit pour rejeter l'argument de l'intimé relativement au consentement.

D. *La preuve des conséquences des voies de fait est un élément essentiel des voies de fait graves*

41 Les éléments constitutifs de l'infraction de voies de fait graves incluent, outre les éléments constitutifs de l'infraction de voies de faits, certaines conséquences énumérées par le *Code criminel* :

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

Le poursuivant doit établir tous les éléments constitutifs des voies de fait *plus* les circonstances aggravantes.

42 Dans l'arrêt *R. c. Leclerc* (1991), 67 C.C.C. (3d) 563 (C.A. Ont.), le juge Lacourcière s'est exprimé ainsi au nom de la cour aux p. 567-568 :

[TRADUCTION] Il ressort clairement de la jurisprudence ayant interprété les dispositions en cause [art. 265 et 268] que l'intention exigée par l'infraction de voies de fait ou d'agression, telle qu'elle est définie, est la même pour toutes les formes de voies de fait et d'agression, y compris les voies de fait graves. Le législateur a voulu que la sévérité de la punition croisse en fonction de la gravité des conséquences de l'infraction. [Je souligne.]

43 Dans *Godin*, précité, le juge Cory a déclaré, à la p. 485 : « [l]e paragraphe se rapporte à des voies de fait qui ont pour conséquence de blesser, mutiler ou défigurer » (je souligne) ou (pour compléter la liste) de mettre la vie en danger. Le mot « danger » renvoi à la notion de péril ou de risque, tout comme le terme « *endanger* », utilisé dans la version anglaise et qui signifie « *[p]ut in danger . . . put in peril . . . [i]ncur the risk* » : *New Shorter Oxford English Dictionary on Historical Principles* (1993), vol. 1, p. 816. Pour ce qui est de mettre l'accent sur les conséquences, voir, en général, *R. c. Brodie* (1995), 60 B.C.A.C. 153, par. 4; *R. c. Dewey* (1999), 132 C.C.C. (3d) 348 (C.A. Alb.), par. 9; et *R. c. Ross*, [1998] O.J. No. 3427 (QL) (Div. gén.), par. 23. Voir aussi *R. c. Vang* (1999), 132 C.C.C. (3d) 32 (C.A. Ont.), par. 12.

44 Le paragraphe 268(1) n'est pas la seule disposition du *Code criminel* qui « donn[e] lieu à une inculpation plus grave si certaines conséquences en découlent » (*R. c. DeSousa*, [1992] 2 R.C.S. 944, p. 966). Il y a aussi la négligence criminelle causant des lésions corporelles (art. 221), la négligence criminelle causant la mort

(art. 220), la conduite dangereuse causant des lésions corporelles (par. 249(3)), la conduite dangereuse causant la mort (par. 249(4)), la conduite avec facultés affaiblies causant des lésions corporelles (par. 255(2)), la conduite avec facultés affaiblies causant la mort (par. 255(3)), les voies de fait avec infliction de lésions corporelles (al. 267*b*)), les voies de fait graves (art. 268), l'agression sexuelle avec infliction de lésions corporelles (al. 272(1)*c*)), l'agression sexuelle grave (par. 273(1)), le méfait causant un danger réel pour la vie (par. 430(2)) et l'incendie criminel causant des lésions corporelles (al. 433*b*)).

45 L'« aggravation », dans les voies de fait graves, provient donc des conséquences de l'infraction. Dans l'arrêt *DeSousa*, le juge Sopinka a écrit ce qui suit au nom de la Cour, aux p. 966-967 :

Aucun principe de justice fondamentale n'empêche le législateur de considérer les crimes entraînant certaines conséquences comme plus graves que les crimes qui n'en entraînent pas.

...

La même agression peut causer une blessure à une personne, mais non à une autre. Le droit dans ce domaine repose sur le principe implicite qu'il est acceptable d'établir une distinction quant à la responsabilité criminelle entre des actes également répréhensibles en fonction du préjudice qui est effectivement causé. . . [Je souligne.]

46 Le même acte d'agression sexuelle perpétré par un accusé séropositif pourrait sans aucun doute causer un préjudice à de nombreuses victimes potentielles ou les exposer à un risque, mais si, pour des raisons qui lui sont propres, une plaignante n'est pas mise en péril par l'agression ou les voies de fait, il n'y a pas de voies de fait graves. Pour donner un autre exemple, le tireur qui fait feu sur une silhouette qui semble endormie dans l'intention de tuer cette personne n'est pas coupable de meurtre si, en fait, celle-ci était déjà morte de causes naturelles.

47 Je pense donc, comme les juges majoritaires de la Cour d'appel de Terre-Neuve-et-Labrador, que la mise en danger de la vie de la plaignante était un élément essentiel de la preuve qui incombait à la poursuite relativement à l'infraction de voies de fait graves.

E. *L'opinion contraire du juge du procès*

48 En l'espèce, le juge du procès a effectué un examen assez approfondi de l'arrêt *Cuerrier*, et il a reconnu, au par. 12 :

[TRADUCTION] Essentiellement, le juge Cory a écrit que les rapports sexuels non protégés avec une personne séropositive sont intrinsèquement risqués, que, par leur nature, ils mettent en danger. Le seul cas où ils ne comportent pas de risque, où ils ne mettent pas en danger, est lorsqu'il y a déjà eu infection. [Je souligne.]

Il n'en a pas moins déclaré l'intimé coupable de voies de fait graves parce que :

[TRADUCTION] . . . les rapports sexuels non protégés avec une personne séropositive sont intrinsèquement risqués [. . .] par leur nature, ils mettent en danger. [Je souligne.]

49 À mon humble avis, le juge du procès a commis une erreur en mettant l'accent sur la *nature* des voies de fait (« par leur nature, ils mettent en danger »), plutôt que sur leurs *conséquences*. Plusieurs dispositions du *Code criminel* établissent une distinction entre les chefs d'accusation suivant la *nature* des voies de fait ou de l'agression, par exemple l'art. 271 (agression sexuelle), mais l'art. 268 (voies de fait graves) ne fait pas de telle distinction. Dans cette dernière disposition, le législateur oblige les tribunaux à mettre l'accent sur les conséquences.

F. *L'opinion dissidente du juge en chef Wells*

50 L'opinion exprimée par le juge en chef Wells de Terre-Neuve-et-Labrador, dissident, se situe à mi-chemin entre celle de ses collègues et celle du juge du procès. Contrairement à ce dernier, il convient, au par. 109, que les conséquences constituent l'élément déterminant de l'accusation :

[TRADUCTION] De toute évidence, si la preuve avait établi *avec certitude* que la plaignante avait déjà été infectée par [l'intimé] (ou par quelqu'un d'autre) avant le 15 novembre 1991, [l'intimé] n'aurait pu être déclaré coupable de l'infraction reprochée parce que la plaignante, étant déjà infectée, ne pouvait plus être exposée à ce *risque* d'infection après que [l'intimé] a découvert qu'il était séropositif. Elle ne pouvait être infectée davantage. [En italique dans l'original.]

51 Il a reconnu que la preuve laissait subsister un doute raisonnable sur la question de savoir si la plaignante était déjà infectée par suite de ses rapports sexuels non protégés avec l'intimé avant le 15 novembre 1991, mais il a affirmé, au par. 116 : [TRADUCTION] « *il est possible*, sans aucun doute, que la plaignante n'ait pas été infectée au moment où [l'intimé] a appris qu'il était séropositif » (en italique dans l'original).

52 Le Juge en chef a donc conclu, contrairement au juge Welsh, que s'il existait une possibilité que la plaignante ne fût *pas* infectée le 15 novembre 1991, il fallait considérer qu'il y avait eu risque ou mise en danger.

53 En toute déférence, cette conclusion revient à dire que le doute raisonnable quant à l'existence des conséquences exigées par le par. 268(1) bénéficie au ministère public. L'accusé n'aurait droit à l'acquiescement que s'il était établi [TRADUCTION]

« avec certitude » (pour reprendre les mots utilisés par le juge en chef Wells) que la plaignante était porteuse du VIH le 15 novembre 1991. Cela équivaudrait à inverser le fardeau de la preuve relativement à un élément capital de l'*actus reus* de l'infraction, savoir que la plaignante a, en fait, été mise en danger par les voies de fait en cause plutôt que par ses rapports sexuels antérieurs qui, même s'ils pouvaient être mortels, avaient eu lieu en l'absence de la *mens rea* nécessaire.

G. *La réfutation du « paradoxe »*

54 Le juge du procès et les membres de la Cour d'appel se sont tous dits préoccupés par le paradoxe apparent découlant du fait que, dans l'affaire *Cuerrier*, l'accusé qui *n'* avait *pas* infecté les plaignantes a été déclaré coupable de voies de fait graves, alors qu'en l'espèce, l'intimé qui *a* infecté la plaignante a été acquitté de cette accusation. Le paradoxe disparaît toutefois à la constatation que, dans l'affaire *Cuerrier*, l'accusé avait caché qu'il était séropositif dès le début de la liaison, tandis qu'en l'espèce, la plaignante, à la date à laquelle elle a probablement été infectée, avait librement consenti à avoir des relations sexuelles non protégées avec un partenaire qui ignorait qu'il était séropositif et qui ne savait certainement pas qu'il faisait courir un risque à la plaignante. Comme la Cour l'a indiqué dans l'arrêt *DeSousa*, précité, p. 966-967 :

Une conduite peut entraîner fortuitement des conséquences plus ou moins graves selon les circonstances dans lesquelles elles se produisent.

55 Si le ministère public veut porter un chef d'accusation fondé sur une conséquence aggravante, il doit faire la preuve de cette conséquence hors de tout doute raisonnable.

56 À n'en pas douter, la complexité de l'infection à VIH crée des difficultés dans une poursuite pour voies de fait graves. Il aurait été possible de porter d'autres accusations, comme celle d'agression sexuelle, par exemple.

57 Si l'affaire *Cuerrier* et la présente affaire mènent à des résultats différents, c'est tout simplement parce que les faits en cause dans chacune sont différents. La conduite de l'intimé en l'espèce après le 15 novembre 1991 n'est pas moins répréhensible. Dans les deux cas, il y a eu abus de confiance, obtention du consentement par fraude et activité sexuelle. La différence, ici, tient à ce que la preuve laisse subsister un doute raisonnable, que l'intimé ne connaissait pas à l'époque, quant à la possibilité que la vie de la plaignante *ait pu* être mise en danger après le 15 novembre 1991 par une nouvelle exposition à un virus dont elle était probablement déjà porteuse.

58 Le paragraphe 268(1) s'applique à une vaste gamme d'activités humaines, et il faut se garder d'en forcer l'interprétation pour l'adapter aux faits inéluctables de la présente affaire. Il faut continuer à mettre l'accent, comme par le passé, sur la nature des conséquences plutôt que sur la nature des voies de fait ou de l'agression.

59 Je suis donc d'avis de confirmer l'acquittement de l'intimé à l'égard de l'accusation de voies de fait graves.

H. *La condamnation pour tentative de voies de fait graves*

60 Le ministère public a réussi à prouver tous les éléments de l'infraction de voies de fait graves, sauf un élément de l'*actus reus* : le fait que la vie de la plaignante a été mise en danger.

61 Les dispositions suivantes du *Code criminel* sont pertinentes pour l'examen de ce point :

24. (1) Quiconque, ayant l'intention de commettre une infraction, fait ou omet de faire quelque chose pour arriver à son but est coupable d'une tentative de commettre l'infraction, qu'il fût possible ou non, dans les circonstances, de la commettre. [Je souligne.]

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;

660. Lorsque la consommation d'une infraction imputée n'est pas prouvée, mais que la preuve établit une tentative de commettre l'infraction, l'accusé peut être déclaré coupable de la tentative.

62 Comme pour toutes les infractions, le ministère public doit prouver, relativement aux tentatives, que l'accusé *avait l'intention* de commettre le crime en question : *R. c. Ancio*, [1984] 1 R.C.S. 225, p. 247-248. L'intention requise a été établie quant à la période postérieure au 15 novembre 1991. L'intimé, sachant alors qu'il était séropositif, a eu des relations sexuelles non protégées avec la plaignante, l'exposant ainsi volontairement aux conséquences mortelles du VIH. La preuve démontre qu'il avait reçu tous les conseils voulus de deux médecins et d'une infirmière sur tous les aspects pertinents des conséquences potentielles de relations sexuelles non protégées.

63 En ce qui a trait à l'*actus reus*, le ministère public a prouvé hors de tout doute raisonnable tous les éléments d'une agression sexuelle. Il a établi que l'intimé (i) avait fait subir à la plaignante un contact physique (ii) de nature sexuelle (iii) sans consentement valide : *Ewanchuk*, précité, par. 25. En l'espèce, le ministère public a déposé une accusation de voies de fait graves « en général » (par. 268(1)) plutôt qu'une accusation d'agression *sexuelle* grave (par. 273(1)). Bien que la première infraction soit incluse dans la seconde, la peine maximale pour l'agression *sexuelle* grave est de 14 ans d'emprisonnement (al. 463a)), soit la même que pour l'infraction de voies de fait graves en général.

64 Le défaut de prouver que la vie de la plaignante avait été mise en danger était fatal quant à l'accusation de voies de fait graves, mais non quant à celle de *tentative* de voies de fait graves. De toute évidence, l'intimé a accompli davantage que des actes préparatoires. Il a fait tout ce qu'il a pu pour infecter la plaignante en ayant des rapports sexuels répétés avec elle pendant environ un an, entre le 15 novembre 1991 et le moment où la liaison a pris fin, au mois de novembre 1992. Le doute raisonnable subsistant quant à la date à laquelle la plaignante a effectivement été infectée découle de circonstances tout à fait étrangères à la conduite de l'intimé postérieurement au 15 novembre 1991.

65 Ces faits, établis par la preuve, sont suffisants pour prouver la tentative. Comme la Cour l'a expliqué dans *États-Unis d'Amérique c. Dynar*, [1997] 2 R.C.S. 462, par. 73-74, les juges Cory et Iacobucci :

Un accusé est coupable de tentative s'il a eu l'intention de commettre un crime et s'il a pris des mesures suffisantes en droit pour le perpétrer. Puisqu'une tentative est par sa nature même une infraction matérielle précise non consommée, l'*actus reus* de l'infraction sera toujours

imparfait, et, parfois, il en sera ainsi parce que la circonstance concomitante est absente. . .

. . . Ces règles [les règles de droit relatives à la tentative d'infraction] s'appliquent seulement lorsque, comme en l'espèce, la *mens rea* de l'infraction consommée est présente et que l'exécution de l'*actus reus* n'est pas achevée mais dépasse le stade des simples actes préparatoires.

66 En l'occurrence, l'exécution de l'*actus reus* de l'infraction de voies de fait graves « n'est pas achevée mais dépasse le stade des simples actes préparatoires » (*Dynar*, précité, par. 74). C'est donc à bon droit que l'intimé a été condamné pour tentative de voies de fait graves.

I. *La preuve médicale dans les causes à venir*

67 L'argumentation en l'espèce était fondée sur un exposé conjoint des faits, complété par la transcription du témoignage du D^r Bowmer, dans lequel le médecin a abordé, sans être invité à l'approfondir, la question des conséquences médicales potentielles de rapports sexuels non protégés entre partenaires porteurs du VIH.

68 La Cour d'appel a reconnu qu'il serait possible de présenter une preuve tendant à démontrer que [TRADUCTION] « malgré l'infection, il y avait un risque sérieux pour la vie de la plaignante » (par. 45).

[TRADUCTION] Cette preuve pourrait se faire, par exemple, en démontrant que l'exposition multiple au virus accroît le risque. Mais en l'absence de preuve contraire, il serait logique de conclure que la vie d'une personne déjà infectée par le virus n'est pas davantage mise en danger par des expositions subséquentes. [par. 46]

69 Compte tenu des faits de la *présente cause*, toutefois, le juge Welsh a formulé la conclusion suivante, au par. 36 :

[TRADUCTION] Aucun élément de preuve n'établit que des rapports sexuels non protégés, à ce stade, pouvaient l'exposer à un risque important de lésions corporelles graves.

70 Les présents motifs n'excluent en rien la possibilité que, dans une cause à venir, l'hypothèse avancée par le D^f Bowmer puisse être dûment explorée en preuve et qu'elle puisse entraîner, selon constatations de fait, une décision différente sur la question de la mise en danger.

III. Conclusion

71 Je suis donc d'avis de confirmer les condamnations de l'intimé pour *tentative* de voies de fait graves et pour nuisance publique. Je suis d'avis de rejeter le pourvoi du ministère public relativement à l'accusation de voies de fait graves.

Pourvoi rejeté.

Procureur de l'appelante : Ministère de la Justice, St. John's, Terre-Neuve-et-Labrador.

Procureur de l'intimé : Newfoundland Legal Aid Commission, St. John's, Terre-Neuve-et-Labrador.

Procureur de l'intervenant : Ministère du Procureur général de l'Ontario, Toronto.

