

# L'AGRESSION SEXUELLE ET LA JUSTICE FONDAMENTALE : RÉFLEXIONS SUR L'OBLIGATION D'AGIR RAISONNABLEMENT

Ian Lee\*

*Criminal Laws, including those which may originally have expressed a moral judgment, today appear to have as their purpose the prevention of conduct which causes harm to some public interest. These provisions, whether they prohibit a specific act or impose instead an obligation to exercise care in a particular situation, give effect to an objective concept of what constitutes a dangerous or harmful activity. According to the author, this fundamental objectivity of the criminal law would withstand a constitutional challenge. In particular, the author notes that s. 7 of the Canadian Charter of Rights and Freedoms does not preclude offences based on negligence, which differ from other criminal offences solely as to form. The author then applies this reasoning to the new Criminal Code of Canada provisions relating to sexual assault, and in particular to ss. 273.2(a)(i) and 273.2(b), which state that the defence of mistaken belief in consent is available only if the accused took reasonable steps to ascertain consent, and that the defence is not available if the belief arose from the accused's self-induced intoxication.*

*Les lois pénales, mêmes celles qui autrefois auraient eu pour objet d'exprimer un jugement moral, ont aujourd'hui pour fonction de supprimer les comportements qui portent atteinte à un intérêt public quelconque. Qu'elles accomplissent leur tâche en interdisant un geste spécifique ou plutôt en imposant l'obligation d'agir avec prudence dans une situation donnée, ces lois traduisent une conception objective de ce qui constitue un comportement dangereux ou préjudiciable. Selon l'auteur, cette objectivité fondamentale du droit criminel est inattaquable sur le plan constitutionnel. En particulier, l'auteur fait remarquer que l'article 7 de la Charte canadienne des droits et libertés n'exclut pas les infractions de négligence, qui ne se distinguent des autres infractions criminelles qu'au niveau de la forme. Ensuite, l'auteur applique ce raisonnement aux nouvelles dispositions du Code criminel du Canada en matière d'agression sexuelle, et plus particulièrement au sous-alinéa 273.2a)(i) et à l'alinéa 273.2b), qui soumettent le moyen de défense fondé sur la croyance au consentement et que sa croyance ne provienne pas de l'affaiblissement volontaire de ses facultés.*

---

\* LL.B. (Université de Toronto, 1994) ; étudiant au cours de formation professionnelle du Barreau du Haut-Canada. L'auteur remercie son directeur de recherche, le professeur Pierre Béliveau, ainsi que la professeure Catherine Valcke et M<sup>me</sup> Drumbl et Gérard Heckman, pour les commentaires judicieux. Toutefois, les opinions exprimées dans cet article sont celles de l'auteur.

## TABLE DES MATIÈRES

I.	INTRODUCTION .....	49
II.	L'OBJECTIVITÉ ET L'AMORALITÉ DU DROIT CRIMINEL .....	50
	A. <i>L'amoralité du droit criminel</i> .....	50
	B. <i>L'objectivité du droit criminel</i> .....	52
III.	LES PRINCIPES DE JUSTICE FONDAMENTALE ET L'OBLIGATION D'AGIR RAISONNABLEMENT .....	54
	A. <i>Les principes de justice fondamentale</i> .....	54
	B. <i>L'objectivité</i> .....	56
	C. <i>L'infraction de négligence</i> .....	58
	D. <i>L'élément intrinsèque de l'infraction</i> .....	59
IV.	L'AGRESSION SEXUELLE ET LES STIGMATES .....	61
	A. <i>Le caractère stigmatisé de l'infraction</i> .....	63
	B. <i>La classification des infractions</i> .....	65
V.	L'AFFAIBLISSEMENT DES FACULTÉS ET L'EXIGENCE D'UN CHOIX COUPABLE .....	67
	A. <i>Les arrêts Bernard et Daviault</i> .....	68
	B. <i>La norme objective</i> .....	70
	C. <i>La consommation volontaire d'alcool ou de stupéfiants :</i> <i>une assise suffisante à l'imputation d'agression sexuelle ?</i> .....	71
VI.	CONCLUSION .....	73

## I. INTRODUCTION

En droit criminel, on a recours à une terminologie qui est souvent inexacte et parfois carrément trompeuse. Par exemple, la maxime *actus non facit reum nisi mens sit rea*<sup>1</sup> laisse entendre, à tort, que l'intention malicieuse est une condition essentielle de la responsabilité criminelle<sup>2</sup>. Pareillement, la notion de « prévision objective »<sup>3</sup> et, pire encore, celle d'« intention objective »<sup>4</sup> juxtaposent des mots logiquement incompatibles et donnent l'impression erronée que la justice exige la prévision ou l'intention mais que l'accusé est néanmoins réputé avoir prévu ou voulu tout ce qu'une personne raisonnable aurait anticipé.

En réalité, l'intention malicieuse, à laquelle sont souvent assimilées l'intention de causer un préjudice et la prévision des conséquences, ne constitue plus l'unique assise de la responsabilité pénale. Le droit criminel est devenu amoral, et n'appuie plus sa légitimité sur des valeurs impératives éternelles, si ce n'est le droit d'une collectivité de protéger ses membres ou le bien public. Le besoin de protéger le public donne au droit criminel sa vocation, qui est d'établir des normes opposables à tous, afin d'éviter que des préjudices soient causés. Ainsi, le droit criminel amoral est essentiellement objectif<sup>5</sup>, car ses normes sont élaborées en fonction d'une appréciation par la collectivité, qui s'exprime par la voix du législateur, de ce qui constitue un préjudice ou un comportement dangereux. Dans cette logique, on peut faire abstraction de la question de savoir si celui qui a causé un préjudice croyait que son comportement était préjudiciable.

Bien sûr, la *Charte canadienne des droits et libertés*<sup>6</sup> pose certaines limites au pouvoir du législateur de recourir à des sanctions pénales à des fins utilitaires, telles la protection du public. Selon l'interprétation donnée à l'article 7 par la Cour suprême, l'objectivité du droit pénal est pratiquement inattaquable. Cela dit, il ne s'ensuit pas que les lois pénales peuvent écarter toute considération d'éléments intrinsèques. Si un état d'esprit positif n'est pas une condition indispensable à l'imputation de la responsabilité, la logique utilitariste et, *a fortiori*, la justice fondamentale exigent que celui à qui on reproche d'avoir causé un préjudice ou créé un risque ait eu la possibilité de l'éviter. En effet, les sanctions pénales ne sont utiles que dans la mesure où elles sont capables d'influer sur la façon dont les individus gèrent les occasions de choisir qui se présentent.

<sup>1</sup> Sir E. Coke, *Institutes of the Laws of England*, 17<sup>e</sup> éd., Londres, Clarke, 1817, 3 Inst. 6 ; *Renvoi relatif au Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486 à la p. 513 [ci-après le *Renvoi de la C.-B.*].

<sup>2</sup> Dans *R. c. Tolson* (1889), 23 Q.B.D. 168 aux pp. 185-86 (Ct. Cr. Cas. Res.), M. le juge Stephen critique la maxime latine notamment pour cette raison.

<sup>3</sup> *R. c. DeSousa*, [1992] 2 R.C.S. 944 à la p. 963 [ci-après *DeSousa*] ; *R. c. Creighton*, [1993] 3 R.C.S. 3, M. le juge en chef Lamer [ci-après *Creighton*]. Dans l'arrêt *Creighton*, M<sup>me</sup> le juge McLachlin emploie le terme « prévisibilité », qui est préférable à l'expression « prévision objective ».

<sup>4</sup> *R. c. Wholesale Travel Group Inc.*, [1991] 3 R.C.S. 154 à la p. 238, M. le juge Cory [ci-après *Wholesale Travel*] ; *R. c. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 R.C.S. 606 à la p. 653 [ci-après *Nova Scotia Pharmaceutical*].

<sup>5</sup> Dans ce texte, le terme « objectivité » est employé au sens du caractère de ce qui fait abstraction des croyances, des connaissances, et des intentions de l'individu.

<sup>6</sup> Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (R.-U.), 1982, c. 11 [ci-après la *Charte*].

En matière d'agression sexuelle, les modifications au *Code criminel*<sup>7</sup> apportées par le projet de loi C-49<sup>8</sup> traduisent l'orientation objective du droit criminel moderne. En vertu de ces dispositions, il devient plus difficile pour celui qui commet des actes attentatoires à l'intégrité corporelle d'autrui d'échapper à la responsabilité en affirmant qu'il croyait au consentement de sa partenaire et qu'il n'a donc pas posé son acte en conscience du fait qu'il causait un préjudice.

Dans ce texte, je soutiens que, dans la mesure où le projet de loi C-49 ne fait que contraindre chacun à exercer son libre arbitre d'une façon qui respecte des normes objectives de conduite, il ne contrevient pas aux principes de justice fondamentale. En particulier, l'alinéa 273.2b), qui modifie le moyen de défense fondé sur la croyance au consentement en y ajoutant une condition de diligence raisonnable, est compatible avec l'article 7 de la *Charte*<sup>9</sup>. Par contre, le sous-alinéa 273.2a)(i), qui empêche l'accusé d'invoquer la diligence raisonnable lorsque sa croyance au consentement provient de l'affaiblissement volontaire de ses facultés, est problématique. Si l'accusé n'a pas manqué à une obligation de diligence, l'imputation de l'agression sexuelle en vertu du sous-alinéa 273.2a)(i) tient uniquement à sa décision de consommer de l'alcool ou des stupéfiants, un choix qui risque d'être trop éloigné de la conséquence dont la loi le tient responsable.

## II. L'OBJECTIVITÉ ET L'AMORALITÉ DU DROIT CRIMINEL

### A. L'amoralité du droit criminel

Sur le plan historique, on doit à l'influence des autorités ecclésiastiques l'exigence d'un état d'esprit positif se rapportant aux conséquences de l'acte<sup>10</sup>. La volonté étant le fondement du jugement moral, ce n'est qu'en présence d'un choix libre, pris en conscience des conséquences ou du danger, qu'il est possible de juger de l'immoralité d'avoir causé un préjudice ou créé un risque.

Dans une perspective morale, le droit criminel traduit des normes de conduite qui sont innées, plutôt que d'imposer des normes objectives. Les règles du droit pénal reflètent « les droits que Dieu et la nature ont établis »<sup>11</sup> ; elles sont universelles, non pas parce que la loi des hommes les rend obligatoires, mais parce qu'elles sont infuses dans l'esprit de chaque être humain.

Depuis longtemps, cependant, le jugement moral ne constitue plus le seul fondement du droit criminel. Déjà à l'époque de Blackstone, on faisait une distinction entre les infractions fondées sur la morale et celles qui « [...] imposent uniquement des obligations positives et interdisent des choses qui ne sont pas des actes mauvais en soi [...] sans

<sup>7</sup> L.R.C. 1985, c. C-46.

<sup>8</sup> *Loi modifiant le Code criminel (agression sexuelle)*, L.C. 1992, c. 38.

<sup>9</sup> Je fais abstraction de la question de savoir si l'al. 273.2b) exige que l'accusé démontre par la prépondérance des probabilités qu'il a pris les mesures raisonnables. Pour les fins de ce texte, je présume que pour satisfaire à l'al. 273.2b), l'accusé n'a qu'à faire naître un doute raisonnable et que, par conséquent, la disposition ne porte pas atteinte à l'al. 11d) de la *Charte*.

<sup>10</sup> *Renvoi de la C.-B.*, *supra* note 1 à la p. 526, M<sup>me</sup> la juge Wilson.

<sup>11</sup> Sir W. Blackstone, *Commentaries on the Laws of England*, 17<sup>e</sup> éd., E. Christian, Londres, 1830 à la p. 53 (traduction tirée du *Renvoi de la C.-B.*, *supra* note 1 à la p. 526).

aucune connotation de culpabilité morale »<sup>12</sup>. Plus récemment, en élaborant les limites de la compétence fédérale en matière de droit criminel, la Cour suprême a reconnu que les lois criminelles sont susceptibles de viser tout « intérêt public », y compris : « [p]aix, sécurité, santé, moralité, ordre public »<sup>13</sup>. Si la moralité publique est ainsi un des fondements du droit criminel, le législateur fédéral peut également criminaliser les comportements qui, sans être immoraux, sont contraires à un autre intérêt public.

Pourtant, depuis l'avènement de la *Charte*, il faut se demander dans quelle mesure la moralité est encore susceptible d'expliquer le caractère obligatoire du droit criminel. Par exemple, l'arrêt *Big M Drug Mart* démontre qu'il est maintenant possible de remettre en question la constitutionnalité des lois qui visent à imposer un devoir d'ordre moral à toute la population<sup>14</sup>. Il est vrai que, dans l'arrêt *Butler, M.* le juge Sopinka affirme en *obiter dicta* que les « conceptions morales de ce qui est bon et de ce qui est mauvais » sont à la base du droit criminel, et que la morale qui « repose sur les valeurs de la *Charte* » peut fonder un texte législatif sans que cela porte atteinte à la liberté de conscience<sup>15</sup>. Toutefois, dans l'arrêt *Rodriguez*<sup>16</sup>, lorsque M. le juge Sopinka en vient à appliquer pour la première fois cette notion de « moralité qui repose sur les valeurs de la *Charte* », son raisonnement se révèle quelque peu utilitariste.

Dans l'arrêt *Rodriguez*, la requérante contestait la validité de l'infraction d'aide au suicide, qui se trouve à l'alinéa 241b) du *Code criminel*. Selon la requérante, l'alinéa 241b) violait le droit garanti à l'article 7 des personnes qui sont incapables de mettre fin à leurs jours sans aide. En rejetant cette thèse, la majorité de la Cour, sous la plume du juge Sopinka, invoque le caractère sacré de la vie, et souligne qu'il s'agit là d'une valeur fondamentale consacrée dans la *Charte*<sup>17</sup>. En vérité, toutefois, la décision du juge Sopinka ne se fonde pas sur l'immoralité de mettre fin à la vie, qui est le corollaire du caractère sacré de la vie<sup>18</sup>, mais bien sur l'intérêt de l'État à protéger les personnes vulnérables contre le risque de pressions indues<sup>19</sup>. Ce que la Cour suprême qualifie de « moralité » se limite donc à légitimer l'intervention du législateur visant à protéger les « valeurs de la *Charte* ». En fin de compte, c'est la protection de ces intérêts d'ordre public — vie, sécurité, dignité, égalité — et non pas le jugement moral qui est à la base du droit criminel.

Le statut du jugement moral en droit criminel est donc précaire. Les dispositions interdisant l'aide au suicide ont pour but de protéger les personnes susceptibles d'être

<sup>12</sup> Blackstone, *ibid.* à la p. 57 (traduction tirée du *Renvoi de la C.-B.*, *supra* note 1 aux pp. 526-27).

<sup>13</sup> *Renvoi relatif à la validité de l'article 5(a) de la Loi de l'industrie laitière*, [1949] R.C.S. 1 à la p. 50 (traduction tirée de *R. c. Morgentaler*, [1993] 3 R.C.S. 463 à la p. 489).

<sup>14</sup> *R. c. Big M Drug Mart*, [1985] 1 R.C.S. 295. Puisque la *Loi sur le dimanche*, L.R.C. 1970, c. L-13, avait pour objet de faire observer par tous le jour saint de la religion majoritaire, elle portait atteinte à la liberté de religion et ne pouvait pas être justifiée en vertu de l'article premier parce que son objet était inadmissible.

<sup>15</sup> *R. c. Butler*, [1992] 1 R.C.S. 452 aux pp. 492-93 (*obiter*) [ci-après *Butler*].

<sup>16</sup> *Rodriguez c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1993] 3 R.C.S. 19, 158 N.R. 1 [ci-après *Rodriguez* avec renvois aux N.R.].

<sup>17</sup> *Ibid.* à la p. 24.

<sup>18</sup> Lord Devlin, *The Enforcement of Morals*, Londres, Oxford University Press, 1965 à la p. 6.

<sup>19</sup> *Supra* note 16 aux pp. 24, 32 et 41.

abusées ; les infractions relatives à la prostitution visent à empêcher l'encombrement des rues et les autres nuisances causées par les activités de sollicitation<sup>20</sup> ; et l'interdiction de l'obscénité vise à éviter la dévalorisation des femmes, qui crée des conditions favorables à la violence faite aux femmes<sup>21</sup>. La « réprobation morale », même si on y fait parfois allusion, est souvent considérée du point de vue de son utilité à influencer le comportement<sup>22</sup>. Par conséquent, il me semble difficile de soutenir que l'immoralité inhérente des actes criminels demeure, même en partie, à la base du droit pénal. Dans le *Renvoi de la C.-B.*, M<sup>me</sup> la juge Wilson constate que le droit criminel ne reconnaît plus la distinction entre les « crimes qui sont des actes mauvais en eux-mêmes et ceux qui sont simplement des actes prohibés »<sup>23</sup>. En effet, les catégories se confondent logiquement dans la mesure où l'on entend par « acte mauvais » tout geste qui porte atteinte à un intérêt public et qui est, de ce fait, susceptible d'être prohibé.

### B. *L'objectivité du droit criminel*

Dans la logique amorale, l'objectif prioritaire du droit criminel est de supprimer les comportements qui sont préjudiciables ou qui posent un danger pour le public. Or, l'intention de nuire et la prévision des conséquences sont logiquement détachables du caractère nocif d'un acte. Ainsi, il est conforme à la logique du droit criminel de punir l'individu qui a posé un acte dangereux ou nuisible, même s'il considère que son geste était anodin. Par exemple, le *Code criminel* interdit : de viser une personne avec une arme à feu<sup>24</sup> ; de conduire un bateau qui remorque une personne sur des skis nautiques, après la tombée de la nuit<sup>25</sup> ; d'apporter une substance explosive dans un avion civil, sans autorisation<sup>26</sup> ; ou d'amarrer un navire à une bouée de navigation<sup>27</sup> ; parce que ce sont des actes objectivement imprudents ou préjudiciables, peu importe que leur auteur les estime inoffensifs ou non, ou qu'il ait ou non l'intention de causer un préjudice.

Les nouvelles dispositions en matière d'agression sexuelle reflètent cette approche. À titre d'exemple, prenons le paragraphe 273.1(2), qui déclare ce qui suit :

273.1. (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 ;

<sup>20</sup> *Renvoi relatif à l'article 193 et à l'alinéa 195.1(1)c) du Code criminel (Man.)*, [1990] 1 R.C.S. 1123 à la p. 1134 [ci-après le *Renvoi sur la prostitution*].

<sup>21</sup> *Supra* note 15 à la p. 328.

<sup>22</sup> Voir *R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697 à la p. 785 ; H.L.A. Hart, *Law, Liberty and Morality*, Stanford, Stanford University Press, 1966 aux pp. 65-66.

<sup>23</sup> *Supra* note 1 aux pp. 526-27. Voir toutefois *Wholesale Travel*, *supra* note 4 à la p. 223, M. le juge Cory et M<sup>me</sup> la juge L'Heureux-Dubé, et à la p. 209, M. le juge La Forest.

<sup>24</sup> Par. 86(1).

<sup>25</sup> Par. 250(2).

<sup>26</sup> Par. 78(1).

<sup>27</sup> Par. 439(1).

- 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.

Comme plusieurs l'ont fait remarquer, cette énumération codifie plus ou moins la jurisprudence en matière de consentement<sup>28</sup>. Il est important de noter que la définition du consentement est objective, en ce sens qu'elle fait abstraction de l'opinion de l'accusé quant à savoir dans quelles circonstances il peut y avoir consentement à l'activité sexuelle. Dans les situations énumérées, le législateur statue que la relation sexuelle est non consentie et, partant, attentatoire à l'inviolabilité de la plaignante. Comme celui qui a visé une personne avec une arme à feu ne s'absout pas de responsabilité par l'affirmation qu'il ne lui voulait pas de mal, celui qui croyait, par exemple, que le refus exprimé par sa partenaire signifiait l'accord de celle-ci ne se excuse pas pour autant, même s'il ignorait qu'aux yeux de la loi il a porté atteinte à l'inviolabilité de sa partenaire. Sa croyance à l'innocence de son geste n'est qu'une erreur de droit<sup>29</sup>.

Puisque les devoirs imposés par le droit criminel se fondent sur des normes objectives et se justifient par leur utilité, on constate qu'il peut être pratique d'instituer ces normes de prudence sous la forme d'obligations d'agir raisonnablement, aussi connues sous le nom d'infractions de négligence<sup>30</sup>. En matière de contrôle des armes à feu, par exemple, en plus d'interdire certains actes intentionnels dangereux, le *Code criminel* interdisait jusqu'en 1991 qu'on

[...] utilise, porte, manipule, expédie ou entrepose une arme à feu ou des munitions d'une manière négligente ou sans prendre suffisamment de précautions à l'égard de la sécurité d'autrui.<sup>31</sup>

Une infraction de négligence est donc un raccourci permettant au législateur d'empêcher les préjudices occasionnés par des actes qui, d'un point de vue objectif, créent des risques

<sup>28</sup> Voir D. Stuart, « Sexual Assault: Substantive Issues Before and After Bill C-49 » (1993) 35 *Crim. L.Q.* 241 à la p. 250 [ci-après « Sexual Assault »].

<sup>29</sup> I. Weiser, « Sexual Assault Legislation: The Balancing Act » (1993) 42 *U.N.B.L.J.* 213 à la p. 220. En vertu de l'art. 19 du *Code criminel*, une erreur quant à la qualification légale de l'acte ne constitue pas un moyen de défense. L. Vandervort soutient que même lorsque ces principes n'étaient pas codifiés, une croyance erronée au consentement fondée sur ces situations, parmi d'autres, serait néanmoins une erreur de droit car elle reposerait sur une mauvaise qualification des faits : voir « Mistake of Law and Sexual Assault: Consent and *Mens Rea* » (1987-88) 2 *R.J.F.D.* 233 à la p. 238.

<sup>30</sup> G. Williams, *Criminal Law: The General Part*, 2<sup>e</sup> éd., Londres, Stevens & Sons Ltd., 1961 à la p. 103.

<sup>31</sup> Par. 86(2). La Cour suprême a confirmé la validité constitutionnelle du par. 86(2), tel que rédigé avant 1991, dans l'arrêt *R. c. Finlay*, [1993] 3 *R.C.S.* 103 [ci-après *Finlay*]. En 1991, on a modifié le par. 86(2) pour remplacer la négligence par l'insouciance déréglée ou téméraire : *L.C.* 1991, c. 40.

déraisonnables, sans avoir à préciser tous les actes fautifs possibles.

L'alinéa 273.2b) s'inscrit dans cette tendance. La disposition se lit comme suit :

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) [...]

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

Cette disposition impose explicitement une obligation d'agir raisonnablement, et, comme le paragraphe 273.1(2), ne se rattache pas à l'intention d'avoir une relation sexuelle avec une personne non consentante.

Il importe de souligner que le caractère objectif de l'alinéa 273.2b) ne provient pas du fait que la disposition parle de « mesures raisonnables ». Même lorsqu'une loi interdit une conduite intentionnelle, telles le remorquage nocturne d'une personne sur des skis nautiques ou le transport aérien de substances explosives, elle donne effet à une conception objective de ce qui constitue un comportement dangereux ou nocif.

### III. LES PRINCIPES DE JUSTICE FONDAMENTALE ET L'OBLIGATION D'AGIR RAISONNABLEMENT

Dans la section précédente, on a vu qu'à mesure que le jugement moral cède la place à la protection du public, le droit criminel revêt un caractère objectif. Il ne faut pas oublier, cependant, que la *Charte* apporte des limites au pouvoir de l'État d'imposer des sanctions pénales. En particulier, l'article 7 de la *Charte* exige de toute disposition pénale autorisant une privation de liberté, qu'elle se conforme aux « principes de justice fondamentale ». Il est donc essentiel de s'interroger à savoir si l'objectivité du droit criminel entre en conflit avec les principes de justice fondamentale.

#### A. *Les principes de justice fondamentale*

Depuis le *Renvoi de la C.-B.*, il ne fait aucun doute que les principes de justice fondamentale comprennent plus que des garanties procédurales<sup>32</sup>. Pourtant, conscients de la nécessité d'éviter de « "mettre en doute la sagesse des textes législatifs" et [de] se prononcer sur le bien-fondé de politiques générales »<sup>33</sup>, les juges cherchent des points de repère pour rationaliser la révision du contenu des lois. Parmi les divers critères possibles pour faire reconnaître les principes de justice fondamentale, qu'il suffise d'en identifier trois qui ont retenu l'attention de la Cour suprême : les « préceptes fondamentaux de notre système juridique », la « conscience publique », et les valeurs qui sous-tendent la *Charte*.

Chacune de ces approches présente des difficultés, mais il semble que les deux premières soient particulièrement déficientes. Au plan sémantique, la distinction entre

<sup>32</sup> *Supra* note 1.

<sup>33</sup> *Ibid.* à la p. 497.

la notion de « préceptes fondamentaux [...] de notre système juridique »<sup>34</sup> et celle de « principes de justice fondamentale » est ténue, sinon inexistante. Ainsi, la première approche ne résout guère le dilemme qui consiste à isoler, parmi les préceptes de la common law, ceux qui soient à ce point fondamentaux que le législateur ne puisse pas les abroger<sup>35</sup>. En matière criminelle, ce problème est d'autant plus grave que bon nombre de présomptions de common law trouvent leur origine dans des règles que les juges se sont imposées alors qu'ils détenaient la responsabilité du développement du droit criminel. Il est loin d'être évident qu'il soit légitime d'opposer ces règles au législateur dans le cadre de la révision constitutionnelle<sup>36</sup>.

Depuis quelque temps, les tribunaux ont recours à des notions d'opinion publique pour faire ressortir, d'une façon moins arbitraire, les principes de justice fondamentale. Ainsi M. le juge Sopinka affirme dans l'arrêt *Rodriguez*, qu'un principe est fondamental s'il fait consensus parmi les personnes raisonnables<sup>37</sup>. Dans l'arrêt *Kindler*, les juges majoritaires disent qu'une mesure viole les principes de justice fondamentale lorsqu'elle « choque suffisamment la conscience publique »<sup>38</sup> ou répugne aux « attitudes des Canadiens »<sup>39</sup>. À l'appui de leur évaluation de la conscience ou des attitudes du public, les juges se réfèrent notamment à des sondages d'opinion publique<sup>40</sup>. Je partage l'avis de ceux qui déplorent l'insistance de la Cour suprême sur les attitudes populaires<sup>41</sup>. L'objet principal d'une charte des droits est de protéger les individus contre les « consensus » ou opinions majoritaires quand ceux-ci se montrent oppressifs.

Il est vrai que la « conscience publique » se veut un indicateur plus objectif et moins indéterminable que les « préceptes fondamentaux ». Néanmoins, il est douteux que le pouvoir judiciaire puisse asseoir son autorité sur l'opinion majoritaire, étant donné que dans une démocratie parlementaire c'est généralement le législateur qui tient son autorité de l'expression de la volonté populaire<sup>42</sup>. Ainsi, la proposition selon laquelle une

<sup>34</sup> *Ibid.* à la p. 512.

<sup>35</sup> D. Klinck, « The Charter and Substantive Criminal "Justice" » (1993) 42 U.N.B.L.J. 191 à la p. 197 [ci-après Klinck].

<sup>36</sup> Inversement, le caractère indéfini du critère des « préceptes fondamentaux » a aussi permis aux juges d'invoquer l'existence d'une règle pour démontrer qu'elle est compatible avec la justice fondamentale. Par exemple, M<sup>me</sup> le juge McLachlin prétend que la règle de la vulnérabilité de la victime ne contrevient pas aux principes de justice fondamentale parce que le principe voulant « que l'agresseur doive prendre sa victime telle qu'elle est [...] a été bien établi au Canada, aux États-Unis et au Royaume-Uni pendant la majeure partie de notre siècle » : voir *Creighton*, *supra* note 3 à la p.23.

<sup>37</sup> *Supra* note 16 aux pp. 18 et 40. Mais dans l'arrêt *Kindler*, M. le juge Sopinka soutient que les principes de justice fondamentale ne sont pas limités par l'opinion de la majorité de la population : *Kindler c. Canada (Ministre de la Justice)*, [1991] 2 R.C.S. 779 à la p. 791 [ci-après *Kindler*].

<sup>38</sup> *Supra* note 37 à la p. 832, M. le juge La Forest.

<sup>39</sup> *Ibid.* aux pp. 850-51, M<sup>me</sup> le juge McLachlin.

<sup>40</sup> Voir *Kindler*, *ibid.* à la p. 852, M<sup>me</sup> le juge McLachlin.

<sup>41</sup> Voir W.A. Schabas, « *Kindler and Ng: Our Supreme Magistrates Take a Frightening Step into the Court of Public Opinion* » (1991) R. du B. 673 à la p. 678.

<sup>42</sup> Je ne rejette pas nécessairement la proposition voulant que la révision constitutionnelle trouve sa légitimité dans l'appui populaire des valeurs qui sous-tendent la Constitution, dont la primauté du droit et la valeur inhérente de la personne humaine. Toutefois, en se donnant une loi constitutionnelle, un peuple autorise les tribunaux à interpréter les principes qui s'y trouvent. En

question de justice fondamentale peut être réglée en se référant au consensus du public ou à la conscience de la communauté semble entraîner la conclusion que la question relève du pouvoir législatif et non du judiciaire. On ne devrait pas se surprendre, par conséquent, que parmi les trois arrêts mettant en jeu le critère de la « conscience publique », la Cour suprême n'a dans aucun cas conclu que la mesure contestée « choquait la conscience »<sup>43</sup>. Je préfère l'approche énoncée dans le *Renvoi de la C.-B.* par M. le juge Lamer (maintenant juge en chef), qui estime que l'interprétation donnée à l'expression « principes de justice fondamentale » devrait être « conforme à la lettre et à l'économie de l'article 7, au contexte de cet article, c'est-à-dire les articles 8 à 14, ainsi qu'à la nature et aux objets plus généraux de la *Charte* elle-même »<sup>44</sup>. Ainsi, les principes de justice fondamentale trouvent leur source dans « la foi en "la dignité et la valeur de la personne humaine" [...] et en "la primauté du droit" »<sup>45</sup>. Bien sûr, il est difficile de définir avec précision la manière dont les valeurs de la dignité humaine et de la primauté du droit se traduisent par des principes de justice fondamentale<sup>46</sup>. Mais cette approche a au moins le mérite de reconnaître que les principes de justice fondamentale proviennent de la Constitution, et ne sont tributaires ni de l'opinion publique, ni des règles de droit traditionnelles.

### B. *L'objectivité*

Dans l'arrêt *Hess*<sup>47</sup>, une majorité des juges de la Cour suprême conclut que le fait de punir un innocent est incompatible avec un système de droit fondé sur le respect de la dignité humaine et, partant, avec les principes de justice fondamentale. La Cour se penchait sur l'infraction qui défendait aux hommes d'avoir une relation sexuelle avec une jeune fille âgée de moins de quatorze ans, et qui prévoyait en même temps qu'un accusé ne pouvait se déculpabiliser en prouvant qu'il croyait que l'enfant avait au moins quatorze ans<sup>48</sup>. Les juges majoritaires, par la voix de M<sup>me</sup> la juge Wilson, ont fait valoir que l'exclusion de ce moyen de défense était fondamentalement injuste parce qu'elle traitait les personnes « moralement innocentes » comme « un moyen pour parvenir à une fin »<sup>49</sup>.

Pourtant, le droit criminel amoral justifie l'emprisonnement d'une personne par le besoin d'assurer la sécurité du public, de dissuader ceux qui seraient tentés de suivre son exemple, et de signaler au public ce qui constitue un comportement inacceptable. Ainsi,

---

ce faisant, le constituant sait que les tribunaux restreindront le pouvoir de la majorité de déroger à ces valeurs ou d'interpréter elle-même ces valeurs à son avantage. Cela dit, je soutiens que le constituant n'a pas voulu, en employant dans un document constitutionnel l'expression « principes de justice fondamentale », autoriser le pouvoir judiciaire à substituer son appréciation de la volonté populaire à l'opinion des élus.

<sup>43</sup> *Canada c. Schmidt*, [1987] 1 R.C.S. 500 ; *Kindler*, *supra* note 37 ; *Creighton*, *supra* note 3.

<sup>44</sup> *Supra* note 1 à la p. 503.

<sup>45</sup> *Renvoi de la C.-B.*, *supra* note 1 à la p. 503 ; voir aussi *R. c. Hess*, [1990] 2 R.C.S. 906 à la p. 915.

<sup>46</sup> *Klinck*, *supra* note 35 à la p. 199.

<sup>47</sup> *Supra* note 45.

<sup>48</sup> Art. 146.1 du *Code criminel*, L.R.C. 1970 mod. par L.C. 1987, c. 24, art. 2.

<sup>49</sup> *Supra* note 45 à la p. 918.

dans la mesure où le droit criminel se fonde sur l'intérêt public plutôt que sur des valeurs innées, ceux qu'il punit sont traités comme un moyen pour parvenir à une fin<sup>50</sup>. À première vue, la justice fondamentale, laquelle notion est censée traduire la valeur inhérente de la personne humaine, semble contredire la proposition voulant que le droit pénal puisse subordonner la liberté d'une personne à un intérêt public<sup>51</sup>.

Cependant, la Cour suprême a souvent confirmé qu'il ne contrevient pas aux principes de justice fondamentale de priver une personne de son droit à la vie, à la liberté, et à la sécurité de sa personne, pour protéger la communauté. Même M<sup>mes</sup> les juges L'Heureux-Dubé et McLachlin, qui dans l'arrêt *Rodriguez* ont conclu que l'interdiction d'aider au suicide viole les principes de justice fondamentale au motif qu'elle traite la requérante comme un moyen pour parvenir à une fin<sup>52</sup>, avaient affirmé un mois auparavant qu'il est juste d'emprisonner une personne pour « décourager une conduite dangereuse »<sup>53</sup>. M<sup>me</sup> le juge L'Heureux-Dubé a même soutenu dans un arrêt de 1991 que la détention automatique de toute personne acquittée en raison d'aliénation mentale assure la protection du public et ainsi, ne porte pas atteinte aux principes de justice fondamentale<sup>54</sup>. Bref, les tribunaux ont fait savoir à maintes reprises qu'on ne saurait conclure à l'incompatibilité du droit criminel avec les principes de justice fondamentale pour le seul motif qu'il a recours à des peines d'emprisonnement pour protéger un intérêt public<sup>55</sup>.

Dans le contexte du droit pénal, on a tendance à présumer que l'examen des exigences de la justice fondamentale se préoccupe uniquement des droits de l'accusé. Ainsi, la protection du public est perçue comme une fin utilitariste. Pourtant, on peut soutenir qu'une théorie de la justice fondamentale devrait tenir compte des droits de ceux qui subissent des préjudices en raison de l'imprudence d'autrui. Il est possible d'affirmer, par exemple, que de décriminaliser une relation sexuelle non consentie pour la seule raison que l'accusé croyait au consentement, aussi déraisonnable que cette croyance puisse être, reviendrait à nier la personnalité de la victime d'une atteinte à l'intégrité physique et à l'autonomie corporelle. En d'autres termes, on privilégierait ainsi la liberté de l'agresseur au dépens de la sécurité physique de sa victime<sup>56</sup>. La justification de

<sup>50</sup> O.W. Holmes, *The Common Law*, Boston, Little, Brown and Co., 1923 à la p. 46 [ci-après Holmes].

<sup>51</sup> Cet argument fut soulevé par M<sup>me</sup> le juge Wilson dans l'arrêt *R. c. Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30 à la p. 179 [ci-après *Morgentaler*], et ressemble à l'argument invoqué par M<sup>mes</sup> les juges L'Heureux-Dubé et McLachlin dans l'arrêt *Rodriguez*, *supra* note 16 à la p. 56.

<sup>52</sup> *Ibid.* à la p. 56. M<sup>mes</sup> les juges L'Heureux-Dubé et McLachlin prétendent que la loi fait de la requérante un « bouc émissaire » afin de protéger d'autres personnes.

<sup>53</sup> *Creighton*, *supra* note 3 à la p. 56.

<sup>54</sup> *R. c. Swain*, [1991] 1 R.C.S. 933 à la p. 1050 et s., M<sup>me</sup> le juge L'Heureux-Dubé (dissidente) [ci-après *Swain*]. La majorité, sous la plume de M. le juge Lamer, conclut que la détention automatique est arbitraire et porte atteinte à l'art. 9 de la *Charte*, mais ne se prononce pas explicitement sur la question de savoir si les art. 7 et 9 tolèrent la détention de personnes innocentes qui posent néanmoins un danger pour le public.

<sup>55</sup> Voir aussi *Wholesale Travel*, *supra* note 4 ; *Swain*, *ibid.*

<sup>56</sup> Klinck, *supra* note 35 aux pp. 210-11 ; L. Vandervort, *supra* note 29 à la p. 309 ; P. Hughes, « Charter Implications in Criminal Justice: A Commentary on Klinck and Weisler » (1993) 42 U.N.B.L.J. 223 à la p. 225 ; *D.P.P. c. Morgan*, [1976] A.C. 192, Lord Simon ; A. Kenny, « Purpose, Intention and Recklessness » dans A. Kenny, éd., *Freewill and Responsibility*, Londres, Routledge & Kegan Paul, 1978 à la p. 46.

l'objectivité du droit criminel repose donc sur le postulat que la liberté de chacun est limitée par l'obligation de ne pas causer de préjudice à autrui ou, par extension, à un intérêt public.

### C. *L'infraction de négligence*

Mais si l'objectivité est en soi inattaquable sur le plan constitutionnel, il ne s'ensuit pas automatiquement que cette objectivité peut prendre la forme d'infractions de négligence. Il est vrai que la Cour suprême a souvent confirmé la validité constitutionnelle d'obligations d'agir raisonnablement, en statuant que la « faute objective » comporte une « culpabilité morale » suffisante pour justifier l'imposition de sanctions pénales<sup>57</sup>. Pourtant, comme je l'ai fait observer, les dispositions pénales sont toutes objectives, indépendamment de la forme sous laquelle elles sont rédigées. Il ne suffit donc pas de conclure que la justice fondamentale n'empêche pas que le législateur proscrive les comportements objectivement nocifs ou dangereux ; encore faut-il se demander si la justice fondamentale tolère que la norme objective soit instituée autrement que par l'interdiction de certains actes intentionnels.

À la différence des formules intentionnelles, les obligations d'agir raisonnablement ne permettent pas aux citoyens de s'assurer si un comportement proposé satisfait à la norme. Tandis qu'une personne peut toujours vérifier, du moins en principe, si son comportement est visé par une interdiction spécifique, il est plus difficile d'être certain de la légalité d'un acte lorsque la loi ne précise pas individuellement les actes proscrits.

Cependant, il est faux de prétendre que ce problème se limite aux seules infractions de négligence. La même incertitude se présente dans tous les cas où le libellé d'une infraction se prête à diverses interprétations. Dans la mesure où la personne conserve le loisir de se protéger en prenant davantage de précautions, la difficulté de savoir où se trouve exactement la ligne ne rend pas injuste le fait d'imposer une norme<sup>58</sup>. En effet, dans plusieurs arrêts portant sur la nullité pour cause d'imprécision, la Cour suprême confirme qu'une loi imprécise ne contrevient pas aux principes de justice fondamentale ; à moins d'être à ce point indéterminable qu'elle n'est pas susceptible d'une interprétation judiciaire, ou qu'elle ne fournit pas un « avertissement raisonnable » de la conduite prohibée, de manière à « limiter la sphère du risque »<sup>59</sup>.

Dans l'arrêt *Butler*, la Cour suprême s'est penchée sur le paragraphe 163(8) du *Code criminel*, qui définit l'obscénité de façon à englober les représentations sexuelles dépassant la « norme sociale de tolérance ». Il s'agit d'une norme objective et il revient au juge des faits d'apprécier, *a posteriori*, la compatibilité d'une représentation avec la

---

<sup>57</sup> *Wholesale Travel*, *supra* note 4 à la p. 238 ; voir aussi *Nova Scotia Pharmaceutical*, *supra* note 4 à la p. 653 ; *R. c. Hundal* (1993), 149 N.R. 189 à la p. 198 [ci-après *Hundal*].

<sup>58</sup> Il est admis que ce problème entraîne un « effet paralysant » (*chilling effect*) : le recours à des formulations imprécises décourage des activités légales, dans la mesure où celui qui veut les effectuer ne peut pas s'assurer de leur caractère raisonnable. Pour ce qui est des infractions de négligence, cependant, l'exigence par la Cour suprême d'un « écart marqué par rapport à la norme » pourrait servir à atténuer l'effet paralysant. Voir par ex. *R. c. Tutton*, [1989] 1 R.C.S. 1392 à la p. 1431, M. le juge McIntyre ; *Hundal*, *ibid.* à la p. 204.

<sup>59</sup> *Nova Scotia Pharmaceutical*, *supra* note 4 aux pp. 627-30 ; *Renvoi sur la prostitution*, *supra* note 20 à la p. 1157 ; *Osborne c. Canada (Conseil du Trésor)*, [1991] 2 R.C.S. 69 à la p. 94.

norme. En confirmant que la disposition n'est pas indûment imprécise, la Cour adopte les propos suivants tenus par M. le juge Lamer dans le *Renvoi sur la prostitution* et par M. le juge Beetz dans l'arrêt *Morgentaler* : « [s]ouplesse n'est pas synonyme d'imprécision »<sup>60</sup>. En effet, la souplesse représente l'avantage principal des obligations d'agir raisonnablement, comme l'a fait observer Glanville Williams :

The law of negligence is seen in this light as a means of appearing to lay down a rule while leaving the practical details nebulous. It may be thought that so far as possible the details ought to be put in statutory form, not left to the practice of juries or magistrates. However, many departments of conduct are not capable of being regulated satisfactorily by enacted law.<sup>61</sup>

Force est de constater que la formule normative que le législateur a choisie en adoptant l'alinéa 273.2b) convient beaucoup mieux à la complexité des rapports sexuels, que le ferait une disposition qui tenterait de préciser toutes les précautions qui s'imposent dans toutes les situations envisageables<sup>62</sup>.

#### D. L'élément intrinsèque de l'infraction

Même si la responsabilité pénale n'exige ni l'intention de causer un préjudice, ni la prévision des conséquences, il ne s'ensuit pas que l'état d'esprit de l'accusé n'a aucune pertinence. À cet égard, j'estime mal fondée la tentative de M. le juge Cory d'établir la distinction suivante entre les infractions d'intention et celles de négligence :

La *mens rea* concerne l'état d'esprit de l'accusé [tandis que] [...] la négligence mesure la conduite de l'accusé en fonction d'une norme objective, sans tenir compte de son état d'esprit subjectif.<sup>63</sup>

Il est certes vrai qu'il n'est plus nécessaire que l'accusé ait pensé à son comportement, et encore moins qu'il ait été conscient du caractère préjudiciable ou dangereux de son acte, parce qu'il est tout aussi possible de causer un préjudice important par son imprudence inconsciente que par sa décision consciente<sup>64</sup>. En fait, le droit crée l'obligation de réfléchir à son comportement et de prendre les précautions qui s'imposent.

<sup>60</sup> *Butler*, supra note 15 à la p. 491, (citant M. le juge Lamer dans le *Renvoi sur la prostitution*, supra note 20 à la p. 1157, citant l'arrêt *Morgentaler*, supra note 51 à la p. 107).

<sup>61</sup> *Supra* note 30 à la p. 104.

<sup>62</sup> A. Gold, par contre, affirme que l'al. 273.2b) contredit la nature des relations amoureuses. Selon Gold, l'al. 273.2b) traite les rapports sexuels comme « a true or false, short answer quiz » tandis qu'en réalité « it is more like a long essay question, and at times a very hard one at that » : voir « Flawed, Fallacious but Feminist: When One Out of Three is Enough » (1993) 42 U.N.B.L.J. 381 à la p. 382.

<sup>63</sup> *Wholesale Travel*, supra note 4 à la p. 238. La Cour adopte ces propos dans l'arrêt *Nova Scotia Pharmaceutical*, supra note 4 à la p. 453.

<sup>64</sup> É. Daskalakis, *Réflexions sur la responsabilité pénale*, Paris, P.U.F. 1975 à la p. 23. Daskalakis soutient également que la faute inconsciente n'est pas nécessairement moins « fautive » que la faute consciente, et demande si le chasseur qui laisse un fusil chargé à la portée de son petit-fils sans penser à l'éventualité d'un accident ne se montre pas aussi imprudent que l'automobiliste qui double un camion dans une côte se croyant bêtement capable d'éviter tout danger.

Mais par ce raisonnement, la responsabilité continue à dépendre de l'« état d'esprit subjectif » de l'accusé et, plus précisément, à dépendre de l'insuffisance de son état d'esprit.

Malgré que le droit criminel soit essentiellement objectif, son utilité repose sur la supposition que l'accusé aurait pu choisir de modifier son comportement<sup>65</sup>. Dans l'arrêt *Bernard*, M. le juge en chef Dickson souligne l'importance du libre arbitre, et la justesse de ses propos n'est pas contestée par les juges majoritaires :

Toute personne est responsable de sa volonté. Lorsqu'en exerçant son libre choix, un membre de la société adopte une conduite nuisible ou socialement inacceptable, contraire au droit criminel, il doit accepter les peines qu'impose la loi pour décourager de tels comportements.<sup>66</sup>

Il est sous-entendu que si la possibilité de choisir est absente, l'imposition de la peine est injustifiée, puisque la norme légale est impuissante à modifier le comportement d'une personne dans la situation de l'accusé.

Il ne découle pas de l'exigence de la possibilité de choisir, que l'acteur doit avoir su que sa conduite était nocive ou imprudente. Le droit criminel vise à régir le comportement même de ceux qui ne voient pas l'utilité des normes qui leur sont imposées. Donc, celui qui entrepose négligemment une arme à feu, tout comme celui qui vise consciemment une personne avec une arme à feu, ne saurait échapper à toute responsabilité du seul fait qu'il ne savait pas que son comportement était imprudent. Dans l'une et l'autre situation, le droit criminel est susceptible d'inciter les gens à s'abstenir de conduites dangereuses.

Pourtant, les principes de justice fondamentale englobent au moins le principe exprimé à l'article 9 de la *Charte*, qui veut qu'on ne puisse pas emprisonner une personne sans justification<sup>67</sup>. Or, la justification du droit criminel objectif repose sur son utilité, qui consiste en sa capacité d'éviter que des préjudices soient causés, en modifiant la façon dont les individus gèrent les possibilités de choisir dont ils disposent. Il s'ensuit que la justice fondamentale exige au moins que la conséquence néfaste ait été évitable par une personne dans la situation de l'accusé, et que le comportement de ce dernier, apprécié en fonction des circonstances dont il avait connaissance, ait manqué à la norme que la loi a établie pour éviter la conséquence<sup>68</sup>. En pratique, les éléments extrinsèques — acte, circonstances, conséquence, et norme — peuvent sérieusement laisser croire que l'accusé a eu la possibilité de modifier son comportement, et qu'il a eu tort de ne pas le faire. L'appréciation des faits extrinsèques pourrait même ne laisser aucun doute

---

<sup>65</sup> Holmes, *supra* note 50 à la p. 54.

<sup>66</sup> *R. c. Bernard*, [1988] 2 R.C.S. 833 à la p. 851, M. le juge en chef Dickson (dissident) [ci-après *Bernard*]. (Citant son opinion dissidente dans l'arrêt *R. c. Leary*, [1978] 1 R.C.S. 29 à la p. 34).

<sup>67</sup> L'art. 9 de la *Charte* prévoit que « [c]haque a le droit à la protection contre la détention ou l'emprisonnement arbitraires ». Voir *Swain*, *supra* note 54 à la p. 1012.

<sup>68</sup> La loi crée des obligations qui jouent prospectivement, qui contraignent l'individu dans une situation donnée à apprécier les circonstances et à agir, à ne pas agir ou, éventuellement, à se renseigner. Le caractère nocif d'un comportement ne se déduit donc pas de l'observation *a posteriori* qu'il a causé un préjudice, mais du fait qu'étant donné la situation dans laquelle il se trouvait, sa décision était susceptible de causer un préjudice.

raisonnable quant à son manque de prudence dans un cas particulier. Néanmoins, c'est l'absence de prudence et non seulement les faits extrinsèques qui justifient l'attribution de responsabilité.

Rares sont les cas où un individu ne jouit d'aucune possibilité d'action alternative. Par exemple, au volant d'une automobile, on a à tout moment la possibilité de prendre des décisions prudentes. Ainsi, je trouve déconcertant que, dans un arrêt récent portant sur l'infraction de conduite dangereuse, la Cour suprême insiste à ce point sur la « nature automatique » et le caractère « essentiellement réactif » de la conduite d'une automobile, et suggère que la conduite est une activité « où ne joue pas la réflexion »<sup>69</sup>. À mon avis, si la conduite automobile était par essence automatique, il serait aussi injuste de sanctionner les actions du conducteur qu'il ne le serait de sanctionner le ronflement. En vérité, ce ne sont pas les mouvements réactifs d'un conducteur imprudent qui donnent lieu à la responsabilité, mais bien le fait qu'il ait décliné de profiter des possibilités qu'il avait d'être plus prudent<sup>70</sup>.

En matière d'agression sexuelle, l'alinéa 273.2b) satisfait à l'exigence d'un choix coupable, dans la mesure où chacun a la possibilité, avant d'entreprendre une relation sexuelle, de prendre les mesures nécessaires pour s'assurer du consentement, afin de se conformer à la norme objective. Pour ce qui est du sous-alinéa 273.2a)(i), la discussion de la section V portera sur la question de savoir si cette disposition contrevient aux principes de justice fondamentale en substituant le choix d'affaiblir ses facultés au choix de ne pas prendre les mesures qui s'imposent pour s'assurer du consentement.

Mais avant de passer au sous-alinéa 273.2a)(i), il convient d'étudier l'argument des stigmates, qui constitue une nouvelle tentative de contester l'objectivité de certaines infractions, dont l'agression sexuelle.

#### IV. L'AGRESSION SEXUELLE ET LES STIGMATES

Malgré son acceptation de l'amoralité et de l'objectivité du droit criminel en général, la Cour suprême laisse entendre qu'il existe une catégorie d'infractions particulièrement stigmatisées, ou sanctionnées par des peines particulièrement sévères, pour lesquelles est exigée une *mens rea* qui « reflète la nature particulière du crime »<sup>71</sup>.

Dans l'arrêt *Vaillancourt*, il était question de la constitutionnalité de l'alinéa 213d) du *Code criminel*, qui prévoyait qu'un accusé qui a commis un crime grave désigné est coupable de meurtre si, en conséquence du fait qu'il avait utilisé ou porté une arme au moment de la commission de l'infraction désignée, une personne quelconque est morte.

<sup>69</sup> *Hundal*, *supra* note 57 à la p. 201 et s. M. le juge Cory, qui rédige les motifs majoritaires, affirme notamment que puisqu'on ne s'attend pas normalement à ce que les gens réfléchissent au volant, il serait insensé de tenir compte de leur état d'esprit subjectif. Voir aussi, D. Stuart, « Criminal Negligence: Deadlock and Confusion in the Supreme Court » (1989) 69 C.R. (3<sup>e</sup>) 331 à la p. 333 [ci-après « Criminal Negligence »].

<sup>70</sup> *Hundal*, *ibid.* à la p. 209, M<sup>me</sup> le juge McLachlin, (citant Stuart « Criminal Negligence », *ibid.* à la p. 333).

<sup>71</sup> *R. c. Vaillancourt*, [1987] 2 R.C.S. 636 à la p. 653 [ci-après *Vaillancourt*] ; *DeSousa*, *supra* note 3 à la p. 962 ; *Creighton*, *supra* note 3 à la p. 46. Bien qu'à l'origine, la Cour ait mis également sur la sévérité de la peine imposée comme un indicateur de la nature « spéciale » d'une infraction, la Cour a par la suite mis l'accent principalement sur la notion de stigmates : voir *Klinck*, *supra* note 35 à la p. 200.

La Cour suprême déclare, sous la plume de M. le juge Lamer, que l'alinéa 213d) porte atteinte à l'article 7 de la *Charte*. Selon M. le juge Lamer, les stigmates et la sanction pénale se rattachant à une déclaration de culpabilité pour meurtre sont à ce point sévères que la définition de l'infraction doit reposer, à tout le moins, sur la prévisibilité objective de la mort ; la Cour laisse ouverte la question de savoir si la prévision subjective de la mort est exigée<sup>72</sup>. La question fut réglée, deux ans plus tard, par l'arrêt *Martineau*, dans lequel M. le juge en chef Lamer, au nom de la majorité, statue que la prévision subjective de la mort est un élément essentiel de l'infraction de meurtre<sup>73</sup>.

Depuis, la Cour suprême se montre réticente à donner suite aux décisions *Vaillancourt* et *Martineau*. Jusqu'ici, les seules infractions que la Cour a placées sur la liste d'infractions stigmatisées sont le meurtre, la tentative de meurtre, et, grâce à un commentaire *obiter* fait par M. le juge Lamer dans l'arrêt *Vaillancourt*, le vol<sup>74</sup>. La Cour a explicitement exclu de cette liste plusieurs autres infractions, dont : l'homicide involontaire, la fausse publicité, la manipulation négligente d'une arme à feu, et l'infliction illégale de lésions corporelles<sup>75</sup>.

Néanmoins, la Cour provinciale de la Colombie-Britannique a récemment voulu ajouter l'agression sexuelle à l'énumération des infractions stigmatisées<sup>76</sup>. Dans une autre affaire, trois juges de la Cour suprême, M<sup>m</sup> les juges Sopinka, Gonthier et Major, ont exprimé l'avis que les stigmates liés à l'infraction d'agression sexuelle ne sont pas de nature à exiger l'« intention subjective »<sup>77</sup>. Quant aux universitaires, le professeur Stuart condamne le critère des stigmates, mais affirme du même souffle que si ce critère était valable, l'agression sexuelle serait sûrement parmi les infractions auxquelles se rattachent les stigmates les plus sévères<sup>78</sup>. Le professeur Martin fait valoir que le droit criminel doit refléter le caractère spécialement haïssable du viol<sup>79</sup>. En effet, je n'entends pas suggérer que l'agression sexuelle ne soit pas une infraction stigmatisée, au sens ordinaire de ce terme. Pourtant, j'estime que l'analyse des stigmates est bien loin de démontrer que l'agression sexuelle est à ce point différente des autres infractions criminelles qu'il contreviendrait à la justice fondamentale d'y appliquer le principe général de l'objectivité du droit criminel.

<sup>72</sup> *Vaillancourt*, *ibid.* à la p. 654.

<sup>73</sup> *R. c. Martineau*, [1990] 2 R.C.S. 633 à la p. 646 [ci-après *Martineau*].

<sup>74</sup> *Vaillancourt*, *supra* note 71 (vol, meurtre) ; *Martineau*, *ibid.* (meurtre), *R. c. Logan*, [1990] 2 R.C.S. 731 (tentative de meurtre). Dans l'arrêt *Wholesale Travel*, *supra* note 4 à la p. 185, M. le juge en chef Lamer confirme que le vol exige une *mens rea* subjective. Par ailleurs, dans l'arrêt *R. c. Finta*, [1994] 1 R.C.S. 701 aux pp. 818-19, la Cour à la majorité se fonde sur une analyse semblable, sans mentionner explicitement la notion de stigmates, pour conclure qu'une infraction ne peut constituer un crime de guerre ou un crime contre l'humanité au sens de l'art. 737.1 du *Code criminel*, à moins que l'accusé ait été conscient des conditions qui donne à son acte « cette autre dimension requise de cruauté et de barbarisme ».

<sup>75</sup> *Creighton*, *supra* note 3 (homicide involontaire) ; *Wholesale Travel*, *supra* note 4 (fausse publicité) ; *Finlay*, *supra* note 31 (manipulation négligente d'armes à feu) ; *DeSousa*, *supra* note 3 (infliction illégale de lésions corporelles).

<sup>76</sup> *R. c. Edgar* (1991), 10 C.R. (4<sup>e</sup>) 67.

<sup>77</sup> *R. c. Daviault* (30 septembre 1994), No. 23435 (C.S.C.), au par. 107 [ci-après *Daviault*]. M. le juge Cory, qui a rédigé les motifs majoritaires, n'a pas abordé la question des stigmates.

<sup>78</sup> « Sexual Assault », *supra* note 28 à la p. 259.

<sup>79</sup> R. Martin, « Bill C-49: A Victory for Interest Group Politics » (1993) 42 U.N.B.L.J. 357 à la p. 371 [ci-après « Bill C-49 »].

Dans l'arrêt *DeSousa*, la Cour explique que l'analyse des stigmates cherche à dégager un sous-ensemble d'infractions pour lesquelles la responsabilité ne peut pas découler d'une « faute fondée sur une norme objective »<sup>80</sup>. Or, comme on l'a vu, toutes les infractions, même celles qui sont formulées de façon à interdire un acte intentionnel, traduisent une norme objective, surtout si elles font abstraction de l'intention de causer un préjudice et de la prévision des conséquences. Il est donc probable que le critère vise d'abord et avant tout les infractions qui s'éloignent le plus du droit criminel traditionnel fondé sur le jugement moral. Ainsi, en principe, l'analyse des stigmates concerne les infractions qui n'exigent pas la prévision des conséquences ou du risque de préjudice.

Il s'ensuit que certaines infractions intentionnelles pourraient être touchées. Entre autres, on peut mentionner le paragraphe 273.1(2), qui qualifie d'agression sexuelle le fait d'avoir une relation sexuelle avec une personne non consentante, dans certaines situations spécifiques où la croyance au consentement est une erreur de droit. Par exemple, si l'accusé croyait à l'accord de sa partenaire en raison de paroles exprimées par un tiers, il a posé l'acte objectivement déraisonnable prévu à l'alinéa 273.1(2)a) en conscience des faits pertinents (donc intentionnellement), et la loi considère qu'il a commis une agression sexuelle malgré le fait qu'il ait honnêtement cru que son geste ne faisait de tort à personne. Si les stigmates qui se rattachent à l'agression sexuelle étaient tels que la justice fondamentale empêchait le législateur de qualifier d'agression sexuelle le fait de négligemment porter atteinte à l'intégrité physique et à l'autonomie sexuelle d'une personne, il serait illogique que la justice fondamentale tolère le paragraphe 273.1(2), car la différence entre ces dispositions ne s'établit qu'au niveau de la forme<sup>81</sup>. Ainsi, les arguments qui suivent valent autant pour le paragraphe 273.1(2) que pour l'alinéa 273.2b).

#### A. Le caractère stigmatisé de l'infraction

Dans l'arrêt *Creighton*, M. le juge en chef Lamer explique que l'analyse des stigmates se base, d'une part sur « la conduite sanctionnée », c'est-à-dire, l'*actus reus* ou l'élément matériel ; et d'autre part, sur le « caractère moralement blâmable rattaché [...] à la personne reconnue coupable », lequel correspond à la *mens rea* ou à l'élément moral<sup>82</sup>. Donc, selon l'auteur du critère des stigmates, le caractère stigmatisé d'un crime peut se déduire en regardant les éléments de l'infraction. À mon avis, cette proposition ne va pas de soi.

Il est vrai que les stigmates qui se rattachent à une déclaration de culpabilité dépendent en partie de l'élément mental de l'infraction. Cependant, ce facteur ne doit

<sup>80</sup> *DeSousa*, supra note 3 à la p. 962.

<sup>81</sup> J'ai déjà exposé les raisons pour lesquelles on pourrait préférer que les actes objectivement nocifs soient prohibés par le moyen d'infractions « intentionnelles » plutôt que d'infractions de négligence. Mais ces raisons n'ont rien à voir avec le « caractère moralement blâmable » de certains comportements, ni avec la « nature spéciale des stigmates » qui s'y rattacheraient.

<sup>82</sup> *Creighton*, supra note 3, à la p. 19, M. le juge en chef Lamer. Dans cet arrêt qui porte sur l'infraction d'homicide involontaire résultant d'un acte illégal, M. le juge en chef explique que la « conduite sanctionnée [...] consiste à tuer quelqu'un par suite de la perpétration d'un acte illégal », tandis que le caractère moralement blâmable rattaché au contrevenant varie selon que celui-ci ait agi intentionnellement ou inconsciemment.

pas entrer en considération lorsque l'objet de l'analyse est de déterminer si la Constitution exige un élément mental supérieur à celui précisé par le législateur. Il est à déplorer que dans certains arrêts la Cour suprême se permette un raisonnement circulaire fondé sur l'élément mental prescrit par le législateur. Par exemple, au sujet de l'infraction de manipulation négligente d'une arme à feu, M. le juge en chef Lamer déclare :

[É]tant donné la nature de l'infraction, l'absence de toute preuve que l'accusé a agi consciemment lorsqu'une déclaration de culpabilité est prononcée et l'étendue de la peine en cas de déclaration de culpabilité, il n'y a pas suffisamment de stigmates qui découleraient d'une déclaration de culpabilité prononcée en vertu de ce paragraphe pour exiger une *mens rea* subjective. [je souligne]<sup>83</sup>

Et dans l'arrêt *Creighton*, M. le juge en chef explique que l'infraction d'homicide involontaire ne requiert pas la *mens rea* subjective car celui qui commet ce crime n'est pas suffisamment « blâmable » :

D'une manière générale, les stigmates seront plus grands pour les personnes qui se livrent sciemment à une conduite illicite qu'ils ne le sont dans le cas de celles qui le font par insouciance ou inconsciemment. [...] [À mon avis], les stigmates rattachés à la déclaration de culpabilité d'homicide involontaire coupable résultant d'un acte illégal, quoique considérables, se situent bien en deçà de l'opprobre que s'attirent dans notre société les gens qui sciemment ou intentionnellement ôtent la vie à une autre personne.<sup>84</sup>

Dans le cadre de l'examen fondé sur l'article 7 de la *Charte*, ce sont les éléments de l'infraction qui doivent se mesurer aux principes de justice fondamentale, et non pas l'inverse. Donc, malgré le respect qui est dû à M. le juge en chef, il semble illogique d'invoquer le fait que le législateur n'ait exigé que la faute objective pour démontrer que la Constitution n'exige pas davantage.

Il est également irréfuté d'apprécier les stigmates en fonction de la gravité du préjudice causé ou, plus généralement, en fonction de l'élément matériel. Comme le Fonds d'action et d'éducation juridiques pour les femmes l'a soutenu devant le comité parlementaire qui a étudié l'alinéa 273.2b), il est contraire à la logique d'invoquer la gravité de l'atteinte à l'intégrité physique et à l'autonomie sexuelle des femmes pour enlever au Parlement le pouvoir de supprimer le comportement préjudiciable<sup>85</sup>. S'il était vrai que l'exigence constitutionnelle en matière de *mens rea* augmente en fonction de la gravité du préjudice, le législateur pourrait créer une infraction incitant les gens à la prudence en présence d'un risque de lésions corporelles, mais ne pourrait pas les obliger à s'abstenir de comportements déraisonnables qui mettent en péril la vie. Il me semble qu'au contraire, la justification de l'objectivité est d'autant plus persuasive lorsque la conduite en question est particulièrement néfaste<sup>86</sup>.

<sup>83</sup> *Finlay*, *supra* note 31 à la p. 118.

<sup>84</sup> *Supra* note 3 aux pp. 19-20.

<sup>85</sup> R. Cairns Way, « Bill C-49 and the Politics of Constitutionalized Fault » (1993) 42 U.N.B.L.J. 325 à la p. 333, (renvoyant au mémoire du Fonds d'action et d'éducation juridiques pour les femmes).

<sup>86</sup> De toute façon, la Cour suprême a déjà décidé, à l'unanimité, que la prévision subjective de la mort n'est pas exigée à l'égard de l'homicide involontaire : voir *Creighton*, *supra* note 3. Il

Pour éviter ces problèmes, il est possible de mettre davantage l'accent sur l'aspect social des stigmates. Dans ce sens, les tribunaux ont parfois pris en considération la façon dont le public perçoit l'infraction. Par exemple, dans l'arrêt *Creighton*, M<sup>me</sup> le juge McLachlin conclut à la suffisance constitutionnelle de l'élément mental du crime d'homicide involontaire, en raisonnant qu'il ne choque pas la conscience publique<sup>87</sup>. Cependant, comme on a pu le constater, il est difficile de justifier que la « conscience publique » soit un déterminant des exigences de la justice fondamentale. Peu importe que les scrupules de la population soient choqués ou non par l'objectivité de l'infraction d'agression sexuelle ; les droits constitutionnels ne sont pas assujettis aux perceptions ou aux préjugés majoritaires, et la *Charte* n'a pas pour fonction d'habiliter les tribunaux à assurer la conformité des actes législatifs avec l'opinion publique.

L'examen des stigmates n'est donc pas susceptible de définir rationnellement un ensemble d'infractions pour lesquelles la prévision des conséquences ou l'intention de causer un préjudice est nécessaire sur le plan constitutionnel. Cela étant, il existe une question sérieuse, qui rejoint à certains égards celle des stigmates, concernant la légalité d'interdire par le biais d'une même infraction un comportement négligent et un acte intentionnellement préjudiciable. C'est la question que j'aborde maintenant.

### B. La classification des infractions

Selon M. Stuart, la Cour suprême a reconnu dans l'arrêt *Martineau* un principe de justice fondamentale voulant que le droit criminel doive refléter la distinction entre la culpabilité, d'une part, de celui qui cause intentionnellement un préjudice et d'autre part, de celui qui en cause par sa négligence. Ainsi, la question n'est pas de savoir si l'acte qui est criminalisé par l'alinéa 273.2b) est stigmatisé à un tel point que la *mens rea* subjective est requise, mais de savoir si l'alinéa 273.2b) tente en fait de regrouper sous la rubrique d'agression sexuelle deux crimes essentiellement distincts :

There is surely a qualitative distinction between a man who deliberately rapes a woman knowing that she is not consenting and one who engages in sexual intercourse where it was in the circumstances unreasonable for him to have assumed that the woman was consenting. These different forms of culpability should be reflected in different forms of conviction and different penalties.<sup>88</sup>

J'accepte, pour les fins de l'argument, que la classification des infractions pourrait soulever des questions de justice fondamentale. Par exemple, je n'exclus pas l'argument avancé par M. Martin, selon lequel il serait injuste de supprimer le crime de meurtre en disant que le crime de voies de fait suffit puisque le meurtre n'est qu'une instance de voies de fait graves<sup>89</sup>.

Toutefois, il existe un nombre infini d'actes que le législateur pourrait vouloir proscrire, dans telle ou telle situation, pour la protection du public. Ainsi, il est nécessaire

---

serait difficile de soutenir que l'*actus reus* de l'infraction d'homicide involontaire ne soit pas plus grave que celui du crime d'agression sexuelle.

<sup>87</sup> *Supra* note 3 à la p. 19. Voir *R. c. Durham* (1991), 6 C.R. (4<sup>e</sup>) 178 à la p. 192 (Ont. div. gén.).

<sup>88</sup> « Sexual Assault », *supra* note 28 à la p. 255.

<sup>89</sup> « Bill C-49 », *supra* note 79 aux pp. 370-71.

de regrouper, par le moyen d'infractions codifiées, les comportements similaires, et de reporter à la détermination de la peine, la prise en considération des facteurs qui différencient les comportements à l'intérieur de ce groupe. En effet, chaque acte ou comportement est susceptible d'être qualifié en fonction de plusieurs facteurs, dont la nature du préjudice causé ou le lien psychique qui existe entre l'auteur de l'acte et le préjudice ou le risque. Il n'est donc pas évident que la distinction proposée par M<sup>m</sup> Stuart et Martin, entre les infractions comportant la conscience du danger ou des conséquences préjudiciables, et les autres infractions, constitue une ligne de démarcation inévitable.

Il ne suffit pas de dire, comme le font M<sup>m</sup> Stuart et Martin, qu'il s'agit d'une « différence qualitative ». Il existe en fait beaucoup de « différences qualitatives » qui ne sont reconnues en droit criminel qu'au moment de la détermination de la peine. Par exemple, le droit criminel ne fait généralement aucune distinction entre celui qui cause malicieusement le préjudice et celui qui n'a pas pour but de causer un préjudice mais qui prévoit et déplore la conséquence néfaste de son acte<sup>90</sup>. Pourtant, cette distinction n'est pas moins qualitative que celle préconisée par M<sup>m</sup> Stuart et Martin<sup>91</sup>.

Étant donné la nécessité d'établir des classifications pour organiser le grand nombre de comportements visés par le droit criminel, le législateur n'agit ni arbitrairement ni irrationnellement s'il décide, par exemple, que le fait de causer par sa faute un préjudice particulièrement grave constituera le point commun d'une catégorie de comportements illicites. Effectivement, c'est la voie que le législateur canadien a choisie à l'égard des atteintes à l'intégrité corporelle des victimes de violence sexuelle, comme en témoignent les commentaires suivants de la ministre de la Justice :

De toute évidence, chaque cause [d'agression sexuelle] portée devant les tribunaux est unique et l'opprobre qui y est rattaché variera selon les circonstances. Je crois personnellement que ces jugements ont leur place au moment de la détermination de la peine. Étant donné la nature de l'agression sexuelle et les dommages qu'elle peut causer, le fait d'inclure l'agression sexuelle par négligence dans une catégorie distincte transmettrait un message contraire à celui que nous essayons de véhiculer.<sup>92</sup>

L'alinéa 273.2b) peut donc être distingué de l'alinéa 213d) et des autres dispositions que la Cour déclare inconstitutionnelles dans les arrêts *Vaillancourt* et *Martineau*. En matière d'homicide coupable, la Cour a conclu, en se fondant notamment sur des indices historiques, que « le meurtre ne se distingue de l'homicide involontaire coupable que par l'élément moral concernant la mort »<sup>93</sup>. Si la rationalité de la distinction entre ces deux

<sup>90</sup> *R. c. Steane*, [1947] 1 K.B. 997 (Ct. Crim. App.) ; *R. c. Dunbar* (1936), 67 C.C.C. 20 (C.S.C.).

<sup>91</sup> Par ex. la distinction entre l'intention et la prévision constitue le fondement de la doctrine catholique du double effet, qui justifie l'administration de soins palliatifs visant à soulager la douleur d'un patient en phase terminale bien qu'ils aient pour conséquence d'accélérer sa mort. Voir J.B. Wilson, *Death by Decision*, Philadelphie, Westminster Press, 1975 aux pp. 17-18. La Commission de réforme du droit du Canada, dans *Euthanasie, aide au suicide et interruption de traitement*, document de travail n° 28, aux pp. 80-81, propose une modification au *Code criminel* pour décriminaliser cette pratique. Voir aussi *Rodriguez*, *supra* note 16 à la p. 39, M. le juge Sopinka.

<sup>92</sup> Témoignage de la ministre de la Justice du Canada, M<sup>me</sup> Kim Campbell, *Délibérations du Comité sénatorial permanent des affaires juridiques et constitutionnelles*, 3<sup>e</sup> session de la 34<sup>e</sup> législature, 1991-92, (22 juin 1992) à la p. 29 (traduction).

infractions veut qu'elle différencie entre les cas où l'accusé a prévu ou voulu la mort, et ceux où la mort est survenue par accident<sup>94</sup> ; il serait déraisonnable de qualifier de meurtre ce qui est, d'après la rationalité de la législation, un homicide involontaire. Donc, en ce qui concerne le « nombre restreint » d'infractions ainsi différenciées, il se peut que la prévision de la conséquence soit à la base de la classification que le législateur a établie afin de « stigmatiser » celui qui a agi intentionnellement ou consciemment. S'il en est ainsi, la répartition des comportements spécifiques qui sont explicitement mentionnés dans la législation ne doit pas bafouer la rationalité de celle-ci<sup>95</sup>. Pour ce qui est des autres infractions, dont l'agression sexuelle, le législateur a le loisir d'organiser les dispositions de la loi d'une autre façon rationnelle et non arbitraire ; ce qu'il a fait dans le cas de l'alinéa 273.2b) en mettant l'accent sur le préjudice qui est causé abusivement aux victimes de violence sexuelle.

#### V. L'AFFAIBLISSEMENT DES FACULTÉS ET L'EXIGENCE D'UN CHOIX COUPABLE

En examinant l'alinéa 273.2b), on a pu constater la compatibilité de l'objectivité du droit criminel, ainsi que celle des obligations d'agir raisonnablement, avec les principes de justice fondamentale. Notamment j'ai soutenu que la justice fondamentale n'empêche pas que le législateur vise à réduire l'incidence de relations sexuelles non consenties en imposant l'obligation de faire preuve de diligence relativement au consentement. Pourtant, en adoptant l'article 273.2, le législateur ne s'est pas contenté d'imposer une obligation de précautions raisonnables. Au sous-alinéa 273.2a)(i), il est précisé en effet que le moyen de défense fondé sur la croyance au consentement ne joue pas en faveur de la personne qui, indépendamment du fait qu'il ait pris les mesures raisonnables, croit néanmoins erronément au consentement après avoir consommé de l'alcool ou des stupéfiants<sup>96</sup> :

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 :

<sup>93</sup> *Vaillancourt, supra* note 71 à la p. 654 ; voir aussi *Martineau, supra* note 73 à la p. 644.

<sup>94</sup> Voir *Creighton, supra* note 3 à la p. 20, M. le juge en chef Lamer.

<sup>95</sup> En guise d'exemple de l'application de ce raisonnement, prenons les infractions d'incendies criminels aux art. 433 à 436. À supposer que le législateur a voulu faire une distinction entre l'acte intentionnel et l'acte négligent, il ne doit pas prévoir, par exemple, que celui qui met le feu à un avion ou à un bateau, par sa négligence, est coupable d'incendie criminel intentionnel. Toutefois, rien ne l'empêcherait, sur le plan constitutionnel, d'éliminer la distinction entre l'incendie criminel intentionnel et l'incendie criminel négligent, et de les regrouper dans une même infraction.

<sup>96</sup> Bien que le sous-al. 273.2a)(i) parle d'« affaiblissement volontaire de ses facultés », sans préciser le moyen dont les facultés ont été affaiblies, la version anglaise du sous-al. 273.2a)(i) laisse entendre qu'on y vise l'état résultant de la consommation d'alcool, de stupéfiants ou d'une substance semblable, plutôt que l'affaiblissement des facultés qui résulte d'un manque de sommeil, par ex. : T. Quigley, « Commentaire portant sur l'arrêt *Bernard* » 67 C.R. (3<sup>e</sup>) 168 à la p. 169 [ci-après Quigley].

a) cette croyance provient :

- (i) soit de l'affaiblissement volontaire de ses facultés ;
- (ii) [ ... ] [ou]

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

Au plan constitutionnel, cette disposition est problématique. Puisque l'accusé visé au sous-alinéa 273.2a(i) se voit privé du moyen de défense même s'il s'est conformé à l'alinéa 273.2b), l'article 273.2 exige davantage que la diligence raisonnable. Ainsi, la disposition porterait atteinte au principe de justice fondamentale reconnu dans l'arrêt *Wholesale Travel* voulant que l'accusé doive toujours pouvoir se disculper en invoquant sa diligence raisonnable<sup>97</sup>. Mais d'un autre côté, la Cour suprême a déjà statué, quoique par une décision très partagée<sup>98</sup>, que la règle de common law qui a inspiré le sous-alinéa 273.2a(i) ne contrevient pas aux principes de justice fondamentale.

#### A. *Les arrêts Bernard et Daviault*

Avant l'adoption de l'article 273.2, la croyance honnête au consentement constituait un moyen de défense absolu contre une accusation d'agression sexuelle parce qu'une telle croyance contredisait l'existence de la *mens rea* de l'infraction. Cependant, lorsque l'erreur relative au consentement provenait de la consommation volontaire d'alcool par l'accusé, une règle exceptionnelle mise au point dans l'arrêt *Leary* voulait que cette erreur ne disculpe pas l'accusé<sup>99</sup>. La règle *Leary* s'appuie sur une supposée dichotomie entre certaines infractions, dont l'agression sexuelle<sup>100</sup>, qui ne requièrent qu'une « intention générale » de poser le geste, et d'autres infractions qui exigent plutôt une « intention spécifique » se rapportant aux conséquences de l'acte ou à un but illicite<sup>101</sup>.

Dans l'arrêt *Bernard*, la Cour suprême s'est penchée sur la constitutionnalité de cette règle. Quatre jugements distincts furent rédigés, se partageant en deux majorités aux compositions différentes. Quatre des sept juges qui ont participé à la décision (les juges McIntyre, Beetz, Wilson, et L'Heureux-Dubé) concluent qu'il ne contrevient pas à l'article 7 de la *Charte* d'écarter tout argument relatif à l'absence de *mens rea* fondé sur l'état affaibli des facultés de l'accusé, lorsque l'affaiblissement a été provoqué par la consommation volontaire d'alcool ou de stupéfiants. Ainsi, la règle *Leary* est maintenue par la majorité de la Cour. Par ailleurs, cinq juges (le juge en chef Dickson et les juges Wilson, L'Heureux-Dubé, Lamer, et La Forest) déclarent en *obiter dicta* que

<sup>97</sup> *Wholesale Travel*, supra note 4. La Cour est unanime sur ce point.

<sup>98</sup> *Bernard*, supra note 66.

<sup>99</sup> *Ibid.*

<sup>100</sup> Puisqu'en 1983 le crime de viol a été remplacé par le crime d'agression sexuelle, c'est dans l'arrêt *R. c. Chase*, [1987] 2 R.C.S. 293, que la Cour suprême statue que l'agression sexuelle est une infraction d'intention générale.

<sup>101</sup> Cette dichotomie trouve ses origines dans la jurisprudence anglaise : voir *D.P.P. c. Beard*, [1920] A.C. 479 ; *Bratty c. Attorney General for Northern Ireland*, [1963] A.C. 389 ; *D.P.P. c. Majewski*, [1977] A.C. 443.

dans les cas où l'affaiblissement des facultés pourrait entraîner l'absence de l'intention requise, l'exclusion de tout élément de preuve concernant l'état des facultés serait incompatible avec l'article 7.

Plus récemment, dans l'arrêt *Daviault*<sup>102</sup> la Cour suprême a confirmé ces deux propositions, quoi qu'en y apportant une légère nuance. Selon M. le juge Cory, qui a rédigé les motifs majoritaires, l'exclusion des preuves relatives à l'état d'ébriété de l'accusé contreviendrait à l'article 7 de la *Charte* lorsque ces preuves seraient de nature à soulever un doute raisonnable quant à l'existence de l'élément mental de l'infraction. Pourtant, M. le juge Cory se dit d'accord avec l'avis exprimé par M<sup>me</sup> la juge Wilson dans l'arrêt *Bernard*, à l'effet qu'une telle situation ne pourrait exister que dans les cas où l'accusé était ivre à un tel point qu'il était essentiellement automate. M. le juge Cory parvient donc à la conclusion suivante :

À mon avis, les dispositions de la Charte pourraient être respectées si, lorsqu'il s'agit d'infractions qui n'exigent qu'une intention générale, l'on permettait à l'accusé d'établir qu'il était, au moment de l'infraction, dans un état d'intoxication extrême voisin de l'automatisme ou de l'aliénation mentale. [...] Il est évident que l'accusé ne pourra établir un tel degré d'intoxication extrême que dans de rares cas.<sup>103</sup>

De toute évidence, la conclusion de M. le juge Cory suppose que l'état des facultés n'est pas susceptible d'influer sur l'existence de l'élément intentionnel de l'infraction d'agression sexuelle, à moins de s'apparenter à l'aliénation mentale ou à l'automatisme. Quelle que soit la justification d'une telle supposition dans les circonstances de l'arrêt *Daviault*, elle ne peut être maintenue dans le contexte de la croyance au consentement. En effet, il importe de se rappeler que l'arrêt *Daviault* n'implique aucunement le moyen de défense fondé sur la croyance au consentement, puisque l'accusé dans cette affaire soutenait tout simplement qu'il agissait sous le coup d'un « *black out* ». En conséquence, comme l'ont reconnu explicitement les juges dissidents<sup>104</sup>, la Cour n'a pas eu à déterminer si l'intoxication est susceptible de donner lieu à une croyance erronée au consentement. Par ailleurs, il me semble que le législateur s'est déjà prononcé sur cette question en promulguant le sous-alinéa 273a)(i). Le sous-alinéa 273a)(i) vise explicitement la situation où une erreur de fait quant au consentement provient de l'affaiblissement des facultés. Le législateur admet donc que l'intoxication peut provoquer une croyance erronée au consentement, même si une telle erreur serait réputée juridiquement inutile.

Ainsi, on ne peut pas justifier le sous-alinéa 273a)(i) en affirmant que l'affaiblissement des facultés n'est pas susceptible de donner lieu à une croyance honnête au consentement, car une telle affirmation est contredite par l'existence même du sous-alinéa 273a)(i). Il est donc impossible d'appliquer, à l'appui du sous-alinéa 273a)(i), le raisonnement qu'on trouve dans l'arrêt *Daviault*. En vérité, le sous-alinéa 273.2a)(i) s'appuie plutôt sur la proposition véhiculée dans l'arrêt *Bernard* par M. le juge McIntyre, voulant que l'absence de l'élément mental relatif à l'agression sexuelle ne dispense pas si elle est le produit du choix par l'accusé d'affaiblir ses facultés<sup>105</sup>. Selon M. le juge McIntyre, la

<sup>102</sup> *Supra* note 77.

<sup>103</sup> *Ibid.* au par. 67.

<sup>104</sup> *Ibid.* au par. 124, M. le juge Sopinka.

<sup>105</sup> *Supra* note 66 à la p. 887.

culpabilité de la décision d'affaiblir ses facultés se substitue à l'élément mental de l'infraction d'agression sexuelle. Pourtant, cette logique fut rejetée par la majorité de la Cour dans l'arrêt *Daviault*<sup>106</sup>. Par conséquent la validité du sous-alinéa 273.2a)(i) semble loin d'être acquise.

### B. *La norme objective*

À mon sens, l'état des facultés (qu'il soit volontaire ou non) ne devrait avoir aucune incidence sur l'obligation d'agir raisonnablement. Une personne ivre n'est pas nécessairement incapable de modifier son comportement pour se conformer à une norme objective de prudence, même si pour ce faire elle doit prendre plus de précautions ou carrément s'abstenir de pratiquer certaines activités. Le droit criminel n'exempte donc pas la personne aux facultés affaiblies, pas plus que la personne peu intelligente ou la personne maladroite, du devoir de gérer ses choix d'une façon objectivement prudente<sup>107</sup>. En vertu de l'alinéa 273.2b), chacun est tenu de prendre les mesures raisonnables pour s'assurer du consentement d'une personne avec qui il se propose d'avoir une relation sexuelle. Mais si l'accusé ivre réussit à se conformer à la norme objective de prudence, et qu'il finit néanmoins par croire erronément au consentement, devrait-on lui reprocher l'agression sexuelle ?

En fait, la personne malentendante, malvoyante ou peu intelligente, tout comme l'individu dont les facultés sont affaiblies en raison d'un manque de sommeil ou de son omission de prendre des médicaments, est tenue de respecter la norme objective de prudence, mais on ne l'inculpera pas d'agression sexuelle si elle a pris les mesures qu'une personne raisonnable aurait prises. Par contraste, celui qui a lui-même provoqué l'affaiblissement de ses facultés, par l'alcool ou par des stupéfiants, est soumis à un régime distinct. La loi attend de lui qu'il ne se trompe pas quant au consentement de sa partenaire ; s'il se trompe en raison de l'état de ses facultés, la loi considère qu'il est coupable d'agression sexuelle.

On pourrait sans doute prétendre que l'erreur de fait commise par l'accusé ne « provient de l'affaiblissement volontaire de ses facultés » que s'il a manqué au devoir de prudence. En effet, puisque la norme de prudence est objective, l'erreur qui « provient » d'une faiblesse quelconque de l'accusé ne le dispense pas s'il n'a pas pris les mesures nécessaires pour pallier sa déficience. Cependant, cette thèse ne saurait expliquer l'existence du sous-alinéa 273.2a)(i), car elle vaut également dans les cas où l'affaiblissement des facultés est involontaire ou provoqué autrement que par la consommation d'une substance intoxicante. En effet, tous sont déjà tenus de se conformer à la norme objective de prudence en vertu de l'alinéa 273.2b).

Donc, à moins que le sous-alinéa 273.2a)(i) ne soit superflu, il doit viser l'individu qui a pris les précautions qu'une personne raisonnable, consciente de l'état de ses facultés et du besoin de se renseigner, aurait prises, mais qui finit néanmoins par avoir une relation sexuelle avec une personne non consentante.

---

<sup>106</sup> *Supra* note 77 aux par. 40 et 66.

<sup>107</sup> Cette proposition vaut autant pour les infractions qui prennent la forme d'obligations d'agir raisonnablement que pour les infractions formulées de façon à exiger un acte intentionnel — la personne aux facultés affaiblies pourrait bien ignorer qu'il est dangereux de viser une personne avec une arme à feu, mais la loi considère que l'acte est objectivement imprudent.

Il appartient certes au législateur de définir ce qu'est un comportement nocif ou imprudent, et chacun est tenu de respecter, dans ses choix, les normes ainsi établies. Pourtant, comme je l'ai soutenu, les normes doivent jouer prospectivement, car c'est ainsi que la norme pourra influencer sur les choix. On n'empêche pas une conséquence néfaste en l'interdisant ; pour éviter un préjudice il faut une norme qui s'applique au moment du choix et qui soit ainsi susceptible d'influencer le comportement<sup>108</sup>. En vertu du sous-alinéa 273.2a)(i), même si l'accusé a pris toutes les mesures possibles pour s'assurer du consentement, il sera déclaré coupable d'agression sexuelle si la relation s'avère non consentie et que son erreur est attribuable à l'état de ses facultés. Il est donc difficile de soutenir que le sous-alinéa 273.2a)(i) impose une norme qui se rapporte aux choix qui s'offrent dans le contexte d'une relation sexuelle.

C. *La consommation volontaire d'alcool ou de stupéfiants : une assise suffisante à l'imputation d'agression sexuelle ?*

En vérité, le choix qu'on reproche à l'accusé ivre ne se rapporte pas au consentement ni à la relation sexuelle, mais plutôt à la consommation volontaire d'alcool ou de stupéfiants. Pourtant, comme je l'ai fait observer, l'idée que le caractère moralement blâmable de la décision de s'enivrer ou de se droguer peut justifier l'imputation de l'agression sexuelle fut rejetée par la majorité de la Cour dans l'arrêt *Daviault*<sup>109</sup>. En effet, l'affaiblissement volontaire des facultés ne constitue pas une assise suffisante à l'imputation d'une agression sexuelle. Toute consommation volontaire d'alcool ou de drogue par une personne consciente de la nature de ces substances peut être considérée comme entraînant l'affaiblissement volontaire de ses facultés<sup>110</sup>. Cependant, hormis les stupéfiants illicites, il n'est pas illégal ni forcément dangereux de consommer une substance susceptible de provoquer l'affaiblissement des facultés. On doit même constater que l'efficacité de certaines substances licites, dont les somnifères, réside dans le fait qu'elles affaiblissent temporairement les facultés.

Même si on entend par l'« affaiblissement volontaire de ses facultés » la consommation de substances légales ou la consommation excessive de substances légales, l'imputation de l'agression sexuelle par le jeu du sous-alinéa 273.2a)(i) demeure problématique. Comme je l'ai soutenu, le droit criminel impute la responsabilité à l'égard d'une conséquence afin d'éviter que cette conséquence ne se produise, en incitant les gens à s'abstenir des comportements susceptibles de la causer. À moins que le législateur ne considère que l'affaiblissement des facultés crée un risque inacceptable du préjudice que la loi vise à éviter, il n'est pas justifiable de tenir responsable de cette conséquence celui dont la seule faute est de s'être enivré ou drogué<sup>111</sup>.

Cette thèse est compatible avec le raisonnement de la Cour suprême dans l'arrêt *Creighton*<sup>112</sup>. Il est vrai que dans cet arrêt, la Cour conclut que l'article 7 de la *Charte* n'exige pas que l'élément mental de l'infraction d'homicide involontaire comprenne la

<sup>108</sup> Voir les explications avancées précédemment.

<sup>109</sup> Voir les études citées par M. le juge Cory dans l'arrêt *Daviault*, *supra* note 77 aux par. 39 et s.

<sup>110</sup> *Supra* note 77.

<sup>111</sup> Voir T. Pickard, « Culpable Mistakes and Rape: Relating *Mens Rea* to the Crime » (1980) 30 U.T.L.J. 75 à la p. 80.

<sup>112</sup> *Supra* note 3.

« prévisibilité de la mort ». Selon les juges majoritaires, il suffit qu'il y ait un acte illégal sous-jacent qui soit objectivement dangereux, c'est-à-dire un acte qui soit de nature à causer des lésions corporelles. Cependant, il est à noter que dans ses motifs majoritaires, M<sup>me</sup> le juge McLachlin rejette « la distinction [...] entre le fait d'apprécier le risque de lésions corporelles et le fait d'apprécier le risque de mort »<sup>113</sup>. Selon M<sup>me</sup> le juge McLachlin, l'imputation de responsabilité à l'égard de la mort, par le jeu de la règle de la vulnérabilité de la victime, n'est pas injuste parce qu'un acte qui est susceptible de causer des lésions corporelles crée en même temps le risque de mort<sup>114</sup>.

Le jugement majoritaire permet donc de croire qu'il serait injuste d'imputer une conséquence s'il existait une divergence importante entre le risque de cette conséquence et le risque créé par l'acte fautif sous-jacent. En effet, puisque l'imputation de la responsabilité à l'égard d'une conséquence doit servir à l'empêcher, la responsabilité ne peut se rattacher qu'aux comportements qui créent un risque inacceptable que cette conséquence se produise. Pour que le sous-alinéa 273.2a)(i) soit justifiable, il faudrait donc que la consommation de drogues illicites ou la surconsommation d'alcool rende probable l'avènement d'une relation sexuelle non consentie malgré que l'accusé ait pris toutes les mesures que prendrait une personne prudente. À mon avis, la divergence entre le risque créé par une personne qui consomme volontairement de l'alcool ou des stupéfiants et le risque que s'ensuivront des rapports sexuels non consentis malgré les précautions prises par l'accusé n'est pas à ce point minime qu'on puisse parvenir à cette conclusion en ce qui concerne le sous-alinéa 273.2a)(i)<sup>115</sup>. Comme l'a souligné la Cour suprême dans l'arrêt *Daviault*, « on n'a pas établi qu'il existe entre la consommation d'alcool et la perpétration du crime un lien tel qu'on puisse dire que l'ivresse conduit inévitablement à l'agression [...] Même si elle accompagne fréquemment un comportement violent, la consommation abusive d'alcool n'est pas en soi une cause de violence »<sup>116</sup>.

J'admets volontiers que la justice fondamentale ne garantit pas la « situation idéale »<sup>117</sup>, et qu'elle n'exige donc pas la parfaite correspondance entre le risque qui rend un acte fautif et les conséquences qui peuvent être imputées à l'auteur de l'acte<sup>118</sup>. En plus, la justice fondamentale ne s'oppose pas à ce que celui qui boit ou se drogue soit tenu, non seulement de se rendre compte de l'effet que les substances consommées auront sur ses facultés, mais également de faire en sorte qu'il satisfasse à la norme objective de prudence. Néanmoins, la justice fondamentale exige à tout le moins que toute sanction pénale se justifie par son utilité. Or, si le préjudice est survenu à la suite d'un acte qui ne crée pas de risque sérieux relativement à ce préjudice, et que l'accusé a par ailleurs satisfait à la norme objective que le législateur a instituée pour éviter le préjudice, l'imposition d'une sanction pénale à l'égard de la conséquence est inutile et

---

<sup>113</sup> *Creighton*, *supra* note 3 à la p. 23, M<sup>me</sup> le juge McLachlin.

<sup>114</sup> *Ibid.* « Du moment qu'il y a risque de préjudice corporel, il existe en même temps le risque pratique que certaines victimes ne meurent par suite de ce préjudice. »

<sup>115</sup> J'admets que dans certaines situations, la surconsommation d'alcool pourrait créer un risque considérable d'une croyance erronée au consentement. Mais dans ces situations, ne serait-il pas plus logique de traiter la consommation volontaire d'alcool comme une « mesure déraisonnable » dans l'analyse en vertu de l'al. 273.2b) ?

<sup>116</sup> *Supra* note 77 au par. 39 et s.

<sup>117</sup> *R. c. Lippé*, [1991] 2 R.C.S. 114 à la p. 142.

<sup>118</sup> *Creighton*, *supra* note 3 à la p. 53.

arbitraire. Par conséquent, je dois conclure que le sous-alinéa 273.2a)(i) est incompatible avec les principes de justice fondamentale.

## VI. CONCLUSION

Dans ce texte, j'ai soutenu que les normes objectives et le droit criminel ne sont pas antithétiques. Au contraire, ce n'est que dans une perspective objective que le droit criminel amoral peut définir les préjudices et les dangers qui sont à la base des obligations légales. J'ai également fait valoir que la jurisprudence de la Cour suprême relative à l'article 7 de la *Charte* a rendu inattaquable l'objectivité fondamentale du droit criminel.

Les principes de justice fondamentale n'excluent pas non plus les infractions de négligence, lesquelles ne se distinguent des autres infractions criminelles qu'au niveau de la forme. En autant que la norme soit intelligible, et que le manquement à cette norme crée un risque sérieux relativement à la conséquence imputée, l'obligation d'agir raisonnablement ne présente aucune difficulté sur le plan constitutionnel.

À mon avis, ces propositions sont déterminantes dans l'examen de la compatibilité de l'alinéa 273.2b) et du sous-alinéa 273.2a)(i) avec les principes de justice fondamentale. L'alinéa 273.2b) ne fait que tenir chacun à gérer ses choix d'une façon objectivement prudente, et l'analyse des stigmates ne révèle aucune raison de déroger au principe général de l'objectivité du droit criminel. Par contre, le sous-alinéa 273.2a)(i) est problématique, car il n'établit pas une norme objective relativement à l'activité sexuelle ou au consentement. Il impose plutôt l'obligation absolue, aux personnes qui consomment de l'alcool ou des drogues, de ne pas se tromper par la suite.

Il ne fait aucun doute que la constitutionnalité de l'article 273.2 sera débattue devant les tribunaux, étant donné les discussions vigoureuses que cette disposition a déjà suscitées. La révision constitutionnelle de l'article 273.2 permettra à la Cour de régler certaines questions qui se posent à la suite de ses décisions récentes. Par exemple, l'examen du sous-alinéa 273.2a)(i) permettra à la Cour de préciser la portée de l'arrêt *Daviault* dans le contexte de la croyance erronée au consentement. Il est à souhaiter également qu'en se penchant sur l'alinéa 273.2b), la Cour profite de l'occasion pour concilier le critère des stigmates avec la mission amonale et avec le caractère essentiellement objectif du droit criminel.

