

R. c. Robertson, [1987] 1 R.C.S. 918

**Sa Majesté La Reine** *Appelante*

*c.*

**James Douglas Robertson**

*Intimé*

**RÉPERTORIÉ: R. c. ROBERTSON**

N° du greffe: 19813.

1986: 16, 17 décembre; 1987: 4 juin.

Présents: Le juge en chef Dickson et les juges Beetz, Estey, McIntyre, Chouinard\*, Lamer, Wilson, Le Dain et La Forest.

\*Le juge Chouinard n'a pas pris part au jugement.

en appel de la cour d'appel de l'ontario

*Droit criminel -- Agression sexuelle -- Exposé au jury -- Moyen de défense d'erreur de fait -- Le juge du procès doit-il dans chaque affaire d'agression sexuelle dire au jury d'examiner si l'accusé croyait sincèrement, mais à tort, qu'il y avait eu consentement? -- Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 244(4), 246.1(1)a).*

*Preuve -- Admissibilité -- Preuve de faits similaires -- Accusé déclaré coupable d'agression sexuelle -- Admissibilité du témoignage selon lequel l'accusé a fait des avances sexuelles à la compagne de chambre de la plaignante -- Dans*

*l'hypothèse de l'inadmissibilité, l'art. 613(1)b)(iii) du Code criminel s'applique-t-il de manière que la déclaration de culpabilité puisse être maintenue?*

L'accusé a été inculpé de l'infraction d'agression sexuelle prévue par l'al. 246.1(1)a) du *Code criminel*. Au procès, la plaignante a témoigné que l'accusé, qu'elle ne connaissait pas du tout, s'est fait admettre dans son appartement tôt un matin en se faisant passer pour un ami de sa compagne de chambre. Quand celle-ci lui a dit que, s'il ne partait pas, elle crierait, l'accusé lui a mis une main sur la bouche et de l'autre il l'a prise par les cheveux, l'a éloignée de la porte et l'a poussée par terre. Il lui a proféré des menaces, l'a frappée une fois pour assurer sa soumission, puis a perpétré contre elle une agression sexuelle. Terrifiée, la plaignante se tenait tranquille, craignant que, si elle résistait, l'accusé ne la blesse. Après un certain temps, l'accusé s'est rhabillé et est parti.

Dans son témoignage, la compagne de chambre a indiqué qu'elle est arrivée peu après l'incident, que la plaignante était toute bouleversée et qu'elle a remarqué une meurtrissure au-dessus de son oeil. Elle a dit en outre avoir fait la connaissance de l'accusé le mois précédent quand elle l'avait servi à l'épicerie de dépannage où elle travaillait. Dans les jours qui ont suivi elle l'a revu deux fois et, la seconde fois, ils sont allés à l'appartement. L'accusé y a remarqué des photos de la plaignante et s'est dit désireux de faire sa connaissance. Quand il a dit à la compagne de chambre qu'il voulait coucher avec elle, elle a refusé et lui a demandé de partir. Devant son refus, elle est sortie elle-même de l'appartement et l'accusé a suivi quelques minutes plus tard. Lorsqu'ils marchaient en direction de l'arrêt d'autobus, l'accusé a immobilisé la compagne de chambre contre un mur et lui a dit qu'il ne pourrait jamais l'aimer, qu'il pourrait seulement lui faire du mal.

Pour sa défense, l'accusé a reconnu qu'il n'y avait aucune erreur d'identité et a fait valoir que la plaignante avait donné son consentement ou, subsidiairement, qu'il croyait qu'elle l'avait donné. Il n'a pas témoigné ni n'a cité de témoins. Le moyen subsidiaire de l'accusé reposait sur certaines contradictions qu'aurait présentées le témoignage de la plaignante.

Après avoir entendu toute la preuve, le juge du procès a dit au jury que, pour pouvoir déclarer l'accusé coupable de l'infraction d'agression sexuelle, il fallait conclure que le ministère public avait prouvé hors de tout doute raisonnable que l'accusé s'était livré intentionnellement à des attouchements de caractère sexuel sans le consentement de la plaignante. Le jury a déclaré l'accusé coupable de l'infraction imputée, mais la Cour d'appel a accueilli l'appel interjeté par l'accusé et a ordonné la tenue d'un nouveau procès. La cour a conclu que le juge du procès avait omis de donner au jury des directives sur un élément essentiel de l'infraction--que l'accusé savait que la plaignante ne consentait pas ou qu'il ne se souciait pas de savoir si elle consentait ou non--et elle a estimé qu'elle ne pouvait pas appliquer les dispositions réparatrices du sous-al. 613(1)b)(iii) du *Code criminel* dans un cas semblable. Le pourvoi vise à déterminer (1) si un juge qui instruit en première instance une affaire d'agression sexuelle doit toujours dire au jury qu'il incombe au ministère public de prouver hors de tout doute raisonnable soit que l'accusé savait que la plaignante ne consentait pas, soit qu'il ne se souciait pas de savoir si elle consentait ou non; et (2) si l'admission du témoignage de la compagne de chambre selon lequel l'accusé lui avait fait des avances sexuelles constituait une violation de la règle d'exclusion relative à la preuve de "faits similaires".

*Arrêt:* Le pourvoi est accueilli.

(1) *L'exposé du juge du procès*

Il doit y avoir des éléments de preuve qui donnent une apparence de vraisemblance à la prétention de l'accusé qu'il croyait que la plaignante consentait avant de soumettre la question au jury. Dans les cas où le ministère public n'apporte aucun élément de preuve indiquant que l'accusé croyait sincèrement au consentement de la plaignante, une charge de présentation d'une preuve suffisante incombe à l'accusé s'il veut que le jury soit saisi de la question. Lorsqu'il y a une preuve suffisante, produite par le ministère public ou par la défense, pour que la question soit soumise au jury, il incombe alors au ministère public la charge de prouver hors de tout doute raisonnable que l'accusé savait que la plaignante ne consentait pas ou qu'il ne se souciait pas de savoir si elle consentait ou non.

Le paragraphe 244(4) du *Code* constitue une expression législative des principes de droit déjà posés relativement au caractère suffisant de la preuve requise pour que puisse être soulevé le moyen de défense de croyance erronée au consentement. Il en ressort clairement que le juge du procès n'est pas obligé dans chaque cas de demander au jury d'examiner si l'accusé croyait sincèrement, mais à tort, qu'il y avait eu consentement. Le juge du procès ne doit donner une telle directive que dans la mesure où l'on satisfait à certaines exigences préliminaires: premièrement, le par. 244(4) exige que l'accusé allègue une croyance sincère au consentement et, deuxièmement, le juge du procès ne doit présenter au jury la question de la sincérité de cette croyance que s'il est convaincu "qu'il y a une preuve suffisante et que cette preuve constituerait une défense si elle était acceptée

par le jury". Cette disposition n'est pas destinée à imposer à l'accusé la charge de la preuve relativement à ce moyen de défense; elle énonce simplement les conditions à remplir pour que le juge du procès soit tenu de soumettre la question au jury. De plus, le par. 244(4) permet toujours qu'une croyance sincère mais déraisonnable au consentement constitue un moyen de défense. Il oblige néanmoins le jury à considérer la présence ou l'absence de motifs raisonnables comme un élément de preuve important à retenir en déterminant si l'accusé croyait sincèrement qu'il y avait eu consentement.

Si l'on applique à la preuve produite en l'espèce le critère établi par la loi, le juge du procès a eu raison de donner ses directives au jury sans mentionner le moyen de défense d'erreur de fait. Les faits dans la présente instance ne suffisent pas pour fonder l'allégation de l'accusé qu'il croyait que la plaignante avait consenti.

(2) *La preuve de faits similaires*

La preuve de toute conduite indigne antérieure de l'accusé tendant à démontrer ses mauvaises tendances est inadmissible, à moins qu'elle ne soit à ce point probante relativement à une question en litige qu'elle l'emporte sur le préjudice causé. La règle d'exclusion relative à la preuve de faits similaires peut s'appliquer à des actes autres que ceux de caractère criminel. En l'espèce, l'admission du témoignage de la compagne de chambre selon lequel l'accusé lui avait fait des avances sexuelles ne constitue pas une violation de la règle d'exclusion relative à la preuve de "faits similaires". La valeur probante de cette preuve est plus grande que son effet préjudiciable. La majeure partie du témoignage

de la compagne de chambre revêt une grande pertinence en l'espèce. Il fournit notamment le contexte dans lequel l'agression a eu lieu. De plus, on pourrait prétendre que cette preuve se rapporte dans une certaine mesure à la question du mobile et de l'intention. Il s'agit donc d'une preuve qui a une certaine valeur probante. Quoique sous certains aspects la conduite de l'accusé envers la compagne de chambre puisse être qualifiée d'indigne, le préjudice causé à l'accusé par le témoignage de la compagne de chambre est minime parce que, quand elle lui a fait savoir qu'elle ne voulait pas coucher avec lui, l'accusé ne l'a pas contrainte et n'a pas insisté. En tout état de cause, même si la preuve n'aurait pas dû être admise, la déclaration de culpabilité devrait être maintenue en vertu de la disposition réparatrice du sous-al. 613(1)b)(iii) du *Code*. Étant donné le caractère convaincant de la preuve produite, le verdict du jury aurait nécessairement été le même, même si l'erreur de droit reprochée n'avait pas été commise.

## **Jurisprudence**

**Arrêts examinés:** *Pappajohn c. La Reine*, [1980] 2 R.C.S. 120; *Sansregret c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 570; *Sweitzer c. La Reine*, [1982] 1 R.C.S. 949; **arrêts mentionnés:** *Woolmington v. D.P.P.*, [1935] A.C. 462; *Mancini v. D.P.P.*, [1942] A.C. 1; *Latour v. The King*, [1951] R.C.S. 19; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *R. v. Cook* (1985), 46 C.R. (3d) 128; *R. v. White* (1986), 24 C.C.C. (3d) 1; *R. v. Moreau* (1986), 26 C.C.C. (3d) 359; *R. v. Barrington*, [1981] 1 All E.R. 1132; *Colpitts v. The Queen*, [1965] R.C.S. 739; *Makin v. Attorney-General for New South Wales*, [1894] A.C. 57.

## **Lois et règlements cités**

*Code criminel*, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 244 [abr. & rempl. 1974-75-76, chap. 93, art. 21; abr. & rempl. 1980-81-82-83, chap. 125, art. 19], 246.1(1)a) [aj. 1980-81-82-83, chap. 125, art. 19], 613(1)b)(iii).

### **Doctrine citée**

Boyle, Christine. *Sexual Assault*. Toronto: Carswells, 1984.

Cross, Sir Rupert and Colin Tapper. *Cross on Evidence*, 6th ed. London: Butterworths, 1985.

Hoffmann, L. H. "Similar Facts After *Boardman*" (1975), 91 *L.Q.R.* 193.

Parker, Graham. "The "New" Sexual Offences" (1983), 31 *C.R.* (3d) 317.

Watt, David. *The New Offences Against the Person: The Provisions of Bill C-127*. Toronto: Butterworths, 1984.

Williams, Glanville. *Criminal Law: The General Part*, 2nd ed. London: Stevens & Sons Ltd., 1961.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario rendu le 3 mars 1986, qui a accueilli l'appel interjeté par l'accusé contre le verdict de culpabilité prononcé contre lui relativement à une accusation d'agression sexuelle et ordonné la tenue d'un nouveau procès. Pourvoi accueilli.

*James K. Stewart et Sarah Welch*, pour l'appelante.

*Morris Manning, c.r., et Paul B. Schabas*, pour l'intimé.

Version française du jugement de la Cour rendu par

1. LE JUGE WILSON--L'accusé a été inculpé de l'infraction d'agression sexuelle prévue par l'al. 246.1(1)a) du *Code criminel*. La question principale est de

savoir si un juge du procès dans une affaire d'agression sexuelle doit toujours dire au jury qu'il incombe au ministère public de prouver hors de tout doute raisonnable que l'accusé savait que la plaignante ne consentait pas ou qu'il ne se souciait pas de savoir si elle consentait ou non.

1. Les faits

2. La plaignante avait dix-neuf ans et venait de terminer ses études secondaires dans une petite ville de l'Ontario. Environ trois mois avant l'incident en cause elle avait déménagé à Toronto. Elle y habitait avec une amie, Eileen, également âgée de 19 ans, dans un appartement aménagé dans une maison privée. La plaignante était serveuse dans un restaurant et travaillait habituellement de 10 h à 17 h. Sa compagne de chambre travaillait de 23 h à 7 h dans une épicerie de dépannage du quartier.
3. Vers la fin de novembre 1983, la compagne de chambre a fait la connaissance de l'accusé, qui se prénomme Jim, quand elle l'a servi à l'épicerie de dépannage. Une autre nuit l'accusé a passé six heures au magasin à bavarder avec la compagne de chambre. Au cours de leur conversation, cette dernière a parlé de la plaignante et a mentionné qu'elles se voyaient rarement à cause de leurs heures de travail différentes.
4. Le 3 décembre 1983, un homme, qui disait s'appeler Jim, a téléphoné à l'appartement où demeuraient les deux jeunes femmes. (Au moment de son arrestation le 8 décembre 1983, l'accusé avait un carnet sur lequel était inscrit le numéro de téléphone.) C'est la plaignante qui a répondu. L'homme a demandé la

compagne de chambre, mais s'est fait dire qu'elle était au travail. Il a ensuite demandé s'il pouvait tout de même aller faire un tour chez elles. Comme la plaignante ne connaissait pas son interlocuteur, elle a dit non, que son ami Doug devait arriver sous peu. L'homme a répondu: [TRADUCTION] "Si je ne peux pas t'avoir, j'irai chercher Eileen."

5.           À une autre occasion, l'accusé, sans avoir été invité, a rencontré la compagne de chambre alors qu'elle faisait chauffer sa voiture le matin au sortir du travail. Il a manifesté le désir de lui parler. Après discussion, ils ont décidé de se rendre à l'appartement des deux jeunes femmes. La plaignante n'était pas là. Au salon, l'accusé a remarqué des photos de la plaignante et s'est dit désireux de faire sa connaissance. L'accusé et la compagne de chambre ont eu une longue conversation. L'accusé lui a demandé s'il pouvait coucher avec elle. Elle a refusé. Il l'a rapidement enlacée. Elle lui a demandé à plusieurs reprises de partir. Il a refusé. Elle a quitté l'appartement et est allée sur le perron. Au bout de quelques minutes, l'accusé est sorti, ayant décidé de rentrer chez lui en autobus. La compagne de chambre marchait avec l'accusé vers l'arrêt d'autobus quand celui-ci l'a immobilisée contre un mur et lui a dit qu'il ne pourrait jamais l'aimer, qu'il pourrait seulement lui faire du mal. Puis il lui a intimé l'ordre de le conduire chez lui en voiture, ce qu'elle a fait.

6.           Le 6 décembre 1983, l'accusé a téléphoné à la compagne de chambre Eileen, à l'appartement. Elle lui a dit que la plaignante et elle-même travaillaient toutes les deux cette nuit-là. La compagne de chambre est partie travailler à 22 h 30. La plaignante travaillait de 17 h à minuit, ce qui n'était pas son poste

habituel. Elle est rentrée chez elle à minuit et demi et est allée se coucher dans sa chambre.

7. Selon le témoignage de la plaignante, elle a été réveillée vers 4 h 30 par quelqu'un qui frappait à la porte de l'appartement. Elle n'attendait personne. Elle s'est levée. Vêtue d'une chemise de nuit bleue et d'une culotte, elle est allée à la porte. La porte, qui s'ouvrait dans la salle de séjour, était fermée à clé.

8. La plaignante a demandé qui était là et l'accusé a répondu que c'était Bruce. Il a dit qu'il était un ami d'Eileen et qu'il avait quelque chose à remettre à la plaignante de la part d'Eileen. (Or, Eileen n'avait pas vu l'accusé cette nuit-là ni ne l'avait envoyé à l'appartement.) La plaignante lui a demandé plusieurs fois ce qu'il avait à lui donner, mais il n'a pas voulu préciser. Il a dit que la plaignante devait le laisser entrer et qu'il le lui remettrait à ce moment-là. La plaignante a essayé à trois ou quatre reprises de téléphoner à Eileen au travail pour savoir si elle avait envoyé quelqu'un. La ligne était toujours occupée. (Eileen était en longue conversation avec son ami.) La plaignante a cru que sa compagne de chambre lui jouait peut-être un tour, bien qu'elle ne lui eût jamais fait rien de semblable auparavant. Elle a ouvert la porte et l'accusé est entré dans le salon. C'était la première fois que la plaignante le voyait. Il paraissait avoir bu. Elle lui a demandé qui il était et ce qu'il avait pour elle, mais il n'a pas répondu. Elle a demandé: [TRADUCTION] "Qui es-tu, Bruce?" L'accusé a répondu: [TRADUCTION] "Bruce le méchant." L'accusé n'est pas intervenu quand la plaignante a tenté, encore une fois sans succès, de rejoindre sa compagne de chambre au téléphone. L'accusé s'est lui-même servi du téléphone. Quoique la plaignante n'ait pas pu se rappeler la substance de la conversation téléphonique de l'accusé, elle avait l'impression qu'il parlait avec son

frère. L'accusé a mentionné un rendez-vous avec son avocat le lendemain matin. À la fin de la conversation il a dit: [TRADUCTION] "Dis à ta femme que je l'aime".

9. La plaignante s'est dirigée jusqu'à la porte et a dit à l'accusé de partir. Au lieu de s'en aller, il lui a demandé à coucher avec lui. À ce moment-là elle a eu peur. Elle a dit à l'accusé que s'il ne partait pas elle allait crier, sur quoi l'accusé lui a mis une main sur la bouche et de l'autre main il l'a prise aux cheveux et l'a écartée de la porte. Il l'a étendue par terre sur le dos et s'est allongé sur elle. La plaignante a essayé de repousser l'accusé. Il lui a dit que plus elle se débattait plus Eileen aurait de la difficulté à la trouver, qu'elle n'aurait plus la même apparence. Terrorisée, la plaignante se tint tranquille.
10. L'accusé s'est assis sur la poitrine de la victime, les genoux écartés sur ses bras de manière à l'immobiliser. Elle l'a supplié d'arrêter et de la laisser en paix. L'accusé a étendu le bras derrière lui et a baissé la culotte de la plaignante, la déchirant en même temps. Puis il a introduit son doigt dans son vagin. La plaignante pleurait. Elle se sentait impuissante. Au cours de son contre-interrogatoire, elle a témoigné qu'elle aurait peut-être dû lutter davantage, mais qu'elle avait peur, qu'elle tremblait et qu'elle était en désarroi. Elle craignait que, si elle résistait, l'accusé ne la blesse.
11. L'accusé s'est allongé sur la victime et a essayé de l'embrasser. Elle a tenté de se détourner, mais il tenait le derrière de sa tête par les cheveux de sorte qu'elle ne pouvait pas bouger. Elle a essayé de lui mordre les lèvres. L'accusé a déchiré sa chemise de nuit et la lui a enlevée. Il a commencé ensuite à se déshabiller lui-même. La plaignante l'a prié de ne pas le faire. Comme la plaignante

allait crier, l'accusé lui a fourré un vêtement dans la bouche afin d'étouffer le cri. L'accusé l'a frappée sur le sourcil. Il lui a dit que si elle essayait de crier, il verrait à ce qu'elle ne parle plus jamais. Elle est restée immobile pendant que l'accusé achevait de se dévêtrir.

12. L'accusé s'est mis à cheval sur la poitrine de la victime et a introduit son pénis dans sa bouche. Il ne l'y a pas gardé très longtemps et il n'a pas éjaculé. Il s'est allongé sur elle de nouveau. La plaignante s'était croisée les jambes. Se servant de son genou, l'accusé a écarté de force les jambes de la plaignante. Puis il a introduit son pénis dans son vagin. La plaignante n'était pas certaine que l'accusé avait éjaculé pendant les rapports sexuels (des tests pratiqués par la suite sur des prélèvements provenant de la victime n'ont révélé aucune présence de sperme). Après un certain temps, l'accusé a arrêté et s'est rhabillé. En ce faisant, il s'est tourné vers la plaignante et a dit: [TRADUCTION] "T'es exactement comme elle. T'es comme toutes les autres." La plaignante lui a demandé ce qu'il voulait dire par là. Il a répondu: [TRADUCTION] "T'es ma sixième." Il a emmené la plaignante avec lui dans la cuisine. Il a pris un verre d'eau et a bu du coke à la bouteille.

13. La plaignante a dit à l'accusé que sa compagne de chambre reviendrait bientôt. L'accusé lui a ordonné de téléphoner à la compagne de chambre au travail et de lui demander à quelle heure elle serait de retour. Pendant qu'elle faisait l'appel téléphonique, l'accusé se tenait derrière la plaignante, la main sur son cou. La plaignante a demandé à sa compagne de chambre à quelle heure elle rentrait. La compagne de chambre a dit qu'elle serait là à l'heure habituelle. Selon le témoignage de la compagne de chambre, la plaignante avait l'air inquiète.

14. L'accusé a persisté à demander à la plaignante s'il pouvait revenir la nuit prochaine, ce à quoi elle a finalement consenti pour qu'il parte. L'accusé a demandé où se trouveraient Doug ou Eileen s'il venait. La mention de Doug, dont la plaignante n'avait pas parlé au cours de l'incident, lui a remis en mémoire l'appel qu'elle avait reçu le 3 décembre 1983 d'un homme qui disait s'appeler Jim. Elle a demandé à l'accusé s'il se nommait Jim, mais il n'a rien répondu. L'accusé est parti vers 5 h 15 ou 5 h 30. Après s'être habillée, la plaignante a téléphoné de nouveau à sa compagne de chambre. Celle-ci a témoigné que la plaignante lui paraissait effrayée.
15. La plaignante est allée dans sa chambre et s'est blottie sur son lit. Quand sa compagne de chambre est arrivée à 6 h 45, elle a constaté que la plaignante était toute bouleversée. Elle a remarqué une meurtrissure au-dessus de l'oeil de la plaignante. Quand l'agent de police est arrivé sur les lieux à 8 h 16, il s'est aperçu lui aussi que la plaignante semblait agitée et qu'elle s'exprimait d'une façon un peu incohérente. La plaignante a remis au policier sa chemise de nuit et sa culotte déchirées. Elle lui a montré la bouteille à coke, le verre et le téléphone (pour qu'il puisse relever les empreintes digitales).
16. Le docteur Lloyd Gordon a examiné la plaignante au service des urgences de l'hôpital Wellesley le 7 décembre 1983 à 11 h 15. Il a découvert une tache rouge au-dessus de son sourcil gauche. Il s'agissait d'une abrasion mineure du genre que pourrait occasionner une gifle moyennement violente. La plaignante a parlé en outre de sensibilité dans la région du coccyx. Un examen vaginal de la plaignante a permis au Dr Gordon de constater une légère rougeur du col de l'utérus. Cela pouvait s'expliquer par des rapports sexuels forcés. Au cours de son

contre-interrogatoire, il a témoigné que cela pouvait aussi s'expliquer par des rapports sexuels énergiques.

## 2. Le procès

17. Au procès, l'accusé a reconnu qu'il n'y avait aucune erreur d'identité. Il a toutefois fait valoir que la plaignante avait donné son consentement ou, subsidiairement, qu'il croyait qu'elle l'avait donné. L'accusé n'a pas témoigné ni n'a cité de témoins.

18. L'argument de l'accusé que la plaignante avait consenti ou qu'il croyait qu'elle l'avait fait, reposait sur certaines contradictions qu'aurait présentées le témoignage de la plaignante. Une contradiction relevée a été le fait qu'à l'enquête préliminaire la plaignante a témoigné que l'accusé l'avait tenue par les cheveux pendant toute la durée de l'incident. Au procès, par contre, elle a reconnu qu'il y avait des moments où il a relâché sa prise sur ses cheveux. L'avocat de la défense a soutenu qu'il y avait trois versions de la manière dont la porte de l'appartement a été fermée, de sorte qu'on ignore si l'accusé l'a fermé d'un coup de pied, s'il l'a poussée, ou si elle s'est fermée d'elle-même. La plaignante n'a pas mentionné à la police les observations de l'accusé qu'elle était comme toutes les autres et qu'elle était sa sixième et elle n'en a pas parlé non plus à l'enquête préliminaire. C'est environ six mois plus tard qu'elle s'en est souvenue. L'avocat de la défense a souligné en outre que la plaignante n'avait pas crié, que, mise à part la rougeur du col de l'utérus (ce qui pouvait s'expliquer de plusieurs façons), il n'y avait aucune lésion des parties génitales et que la plaignante n'avait subi aucune blessure apparente, si ce n'était l'abrasion au-dessus du sourcil gauche et le coccyx endolori.

19. Après avoir entendu toute la preuve, le juge du procès a dit au jury que, pour pouvoir déclarer l'accusé coupable de l'infraction d'agression sexuelle, il lui fallait conclure que le ministère public avait prouvé hors de tout doute raisonnable que l'accusé s'était livré intentionnellement à des attouchements de caractère sexuel sans le consentement de la plaignante. Le jury a trouvé l'accusé coupable de l'infraction imputée.

### 3. La Cour d'appel

20. La Cour d'appel de l'Ontario a accueilli l'appel et ordonné un nouveau procès. Elle a conclu que le juge du procès avait omis de donner au jury des directives sur un élément essentiel de l'infraction, c'est-à-dire que l'accusé savait que la plaignante ne consentait pas ou qu'il ne se souciait pas de savoir si elle consentait ou non. Cette omission a été aggravée par ce que le juge a dit au jury concernant l'intention: [TRADUCTION] "la seule intention, le seul élément moral dont vous avez à tenir compte est l'intention de l'accusé de toucher la plaignante". Bien que les membres de la Cour d'appel aient dit n'avoir que peu de doute quant au verdict qui aurait été rendu si des directives appropriées avaient été données au jury, ils se croyaient dans l'impossibilité d'appliquer les dispositions réparatrices du sous-al. 613(1)b)(iii) du *Code* vu l'omission de donner au jury des directives sur un élément essentiel de l'infraction.

### 4. Les textes législatifs

21. L'accusé en l'espèce a été inculpé en vertu des nouvelles dispositions du *Code criminel* en matière d'agression sexuelle. Plusieurs dispositions entrent en jeu. L'infraction en question est énoncée à l'al. 246.1(1)*a*), dont voici le texte:

**246.1** (1) Quiconque commet une agression sexuelle est coupable

*a)* d'un acte criminel et passible d'un emprisonnement de dix ans;

La définition de voies de fait se trouve au par. 244(1) du *Code*:

**244.** (1) Commet des voies de fait, ou se livre à une attaque ou une agression, quiconque

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

Suivant le par. 244(2), cette définition s'applique à l'al. 246.1(1)*a*):

**244. ...**

(2) Le présent article s'applique à toutes les espèces de voies de fait, y compris les agressions sexuelles...

22. L'absence du consentement du plaignant constitue un élément des voies de fait. Le paragraphe 244(3) porte:

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

a) de l'emploi de la force envers le plaignant ou une autre personne;

b) des menaces d'emploi de la force ou de la crainte de cet emploi envers le plaignant ou une autre personne;

Le paragraphe 244(4), qui s'applique et aux voies de fait et à l'agression sexuelle, est ainsi conçu:

(4) Lorsque l'accusé allègue qu'il croyait que le plaignant a consenti aux actes sur lesquels l'accusation est fondée, le juge doit, s'il est convaincu qu'il y a une preuve suffisante et que cette preuve constituerait une défense si elle était acceptée par le jury, demander à ce dernier de prendre en considération, en évaluant l'ensemble de la preuve qui concerne la détermination de la sincérité de la croyance de l'accusé, la présence ou l'absence de motifs raisonnables pour celle-ci.

## 5. Les questions en litige

a) Le juge du procès doit-il dans chaque affaire d'agression sexuelle dire au jury d'examiner si l'accusé croyait sincèrement, mais à tort, qu'il y avait eu consentement?

b) L'admission du témoignage de la compagne de chambre selon lequel l'accusé lui avait fait des avances sexuelles constituait-elle une violation de la règle d'exclusion relative à la preuve de "faits similaires"?

## 6. Quand le juge du procès doit-il dire au jury d'examiner si l'accusé croyait sincèrement, mais à tort, qu'il y avait eu consentement?

23. L'avocat de l'accusé prétend que la connaissance qu'a l'accusé de l'absence de consentement de la plaignante représente un élément essentiel de l'infraction. Partant, dans chaque cas, le juge du procès doit dire au jury qu'il incombe au ministère public de prouver hors de tout doute raisonnable soit que l'accusé savait que la plaignante ne consentait pas, soit qu'il ne se souciait pas de savoir si elle consentait ou non, à défaut de quoi un verdict de culpabilité ne peut pas être rendu. L'accusé n'est pas obligé de produire des preuves sur cette question. L'avocat de la défense soutient en outre que le par. 244(4) codifie dans la loi le moyen de défense d'erreur de fait. Lorsqu'on invoque ce moyen de défense, il faut présenter une preuve suffisante, sinon le juge du procès ne saurait dire au jury d'examiner, dans la détermination de la culpabilité ou de l'innocence, si l'accusé croyait sincèrement, mais à tort, que la plaignante consentait. En d'autres termes, selon l'avocat de la défense, la question de la croyance sincère mais erronée de l'accusé peut être soumise au jury de deux façons, soit en tant qu'élément de l'infraction, soit en tant que moyen de défense. Il va de soi que, si l'avocat de l'accusé a raison, le par. 244(4) devient superflu. Si la question de la croyance sincère mais erronée doit toujours être présentée au jury à titre d'élément de l'infraction, qu'importe-t-il si parfois cette question lui est également soumise à titre de moyen de défense? L'avocat de l'accusé prétend que son argument est fondé sur certains arrêts de cette Cour.

24. La jurisprudence antérieure de cette Cour, en particulier les arrêts *Pappajohn c. La Reine*, [1980] 2 R.C.S. 120, et *Sansregret c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 570, établissent plusieurs principes. Tout d'abord, la *mens rea* en matière de viol comporte comme élément la connaissance que la femme ne consent pas ou

l'insouciance quant à savoir si elle consent ou non. Le juge Dickson (alors juge puîné) a affirmé dans l'arrêt *Pappajohn*, précité, aux pp. 139 et 140:

La nature et l'étendue de la *mens rea* varient selon le crime; seule une analyse détaillée de l'*actus reus* de l'infraction permet de la déterminer. De façon générale, du moins lorsque la situation n'est pas "moralement indifférente", il faut faire la preuve de l'élément mental à l'égard de toutes les circonstances et conséquences qui font partie de l'*actus reus*. Il en découle que, dans le cas d'une accusation de viol, lorsqu'un fait ou une circonstance est inconnu de l'accusé ou mal perçu par lui, ce qui l'amène à croire erronément mais sincèrement au consentement de la femme, son acte n'est pas coupable à l'égard de cet élément de l'infraction:

[TRADUCTION] ...car si l'*actus reus* comprend toutes les circonstances de l'affaire, il ne peut être qualifié d'intentionnel à moins que *tous ses éléments*, y compris ces circonstances, soient connus. (Glanville Williams, *Criminal Law, The General Part*, à la p. 141). (J'ai mis des mots en italique.)

Partant de ces principes, quel élément mental l'art. 143 du *Code criminel* exige-t-il sur une accusation de viol? Historiquement, on considère ce crime comme une infraction de violence physique. Blackstone a défini le viol comme [TRADUCTION] "l'union charnelle avec une femme par la force et contre sa volonté" (*Commentaries*, précité, à la p. 210). Archbold, *Criminal Pleading, Evidence and Practice* (38<sup>e</sup> éd.) (1937), au par. 2871, donne une définition plus complète du viol en *common law*:

[TRADUCTION] Le viol consiste à avoir des rapports sexuels illégaux avec une femme sans son consentement par la force, la crainte ou la fraude (citant 1 *East's Pleas of the Crown* 434 et 1 *Hale's Pleas of the Crown* 627).

En bref, l'article 143 de notre *Code* définit le viol comme le fait d'avoir des rapports sexuels avec une personne du sexe féminin sans son consentement ou avec son consentement si celui-ci est arraché par des menaces ou par la crainte de lésions corporelles. On voit que la définition légale ne diffère pas de façon importante de la définition de *common law*. À toutes fins pratiques, le *Code criminel* ne fait que codifier la *common law*. Le crime consiste essentiellement à avoir des

rapports sexuels quand la femme ne donne pas son consentement, ou un consentement véritable.

L'*actus reus* du viol est complet lorsqu'il y a a) des rapports sexuels; b) sans consentement. Conclure à la présence de chacun de ces éléments ne met cependant pas fin à l'enquête, parce que, comme je l'ai dit, il faut aussi qu'il y ait une intention coupable. La question importante qui se pose alors est celle de savoir si, en *common law* et selon l'art. 143 du *Code*, l'intention coupable dans le cas du viol s'étend au consentement. En principe, il semble que ce devrait être le cas, parce que l'intention relative au consentement est essentielle à la responsabilité; un homme ne doit être puni que lorsqu'il commet un viol sachant qu'il n'y a pas consentement, ou sans se soucier de savoir s'il y a consentement. L'intention d'avoir des rapports sexuels et celle de commettre cet acte en l'absence de consentement sont deux éléments séparés et distincts de l'infraction.

Le juge McIntyre a confirmé ce point de vue dans l'arrêt *Sansregret*, précité, à la p. 581:

Je suis d'avis de conclure alors que la *mens rea* requise dans le cas d'un viol, en vertu de l'al. 143a) du *Code*, doit comporter la connaissance du fait que la personne du sexe féminin n'est pas consentante ou l'insouciance quant à savoir si elle est consentante ou non et, dans le cas du sous-al. 143b)(i), la connaissance du fait que le consentement a été donné à cause des menaces ou de la crainte de lésions corporelles, ou l'insouciance quant à la nature de ce consentement. Il s'ensuit, comme cette Cour l'a conclu à la majorité dans l'arrêt *Pappajohn*, que la conviction sincère, même déraisonnable, de la part de l'accusé que la personne du sexe féminin a consenti aux rapports sexuels librement et volontairement et non à cause de menaces a pour effet d'écartier la *mens rea* requise au sous-al. 143b)(i) du *Code* et de permettre à l'accusé de bénéficier d'un acquittement.

25. Traditionnellement, cette Cour a décrit cette exigence en matière de *mens rea* comme un moyen de défense d'erreur de fait pouvant être invoqué par l'accusé. C'est ainsi que le juge McIntyre, parlant au nom de la majorité, l'a qualifiée dans l'arrêt *Pappajohn*, précité. Le juge Dickson a estimé qu'il était plus

clair et plus exact de dire que la connaissance de l'absence de consentement faisait partie intégrante de la *mens rea*. Dans l'arrêt *Pappajohn*, à la p. 148, il a souligné:

L'erreur constitue donc un moyen de défense lorsqu'elle empêche un accusé de former la *mens rea* exigée en droit pour l'infraction même dont on l'accuse. L'erreur de fait est plus justement décrite comme une négation d'intention coupable que comme un moyen de défense positif. Un accusé peut l'invoquer lorsqu'il agit innocemment, par suite d'une perception viciée des faits, et qu'il commet néanmoins l'*actus reus* d'une infraction.

Le juge McIntyre a adopté ce même raisonnement dans l'arrêt *Sansregret*, précité, à la p. 580:

On a affirmé que le moyen de défense d'erreur de fait repose sur le principe que la conviction erronée, mais sincère, enlève à l'accusé la *mens rea* requise pour qu'il y ait infraction.

26. Bien qu'il y ait eu des divergences d'opinions au sein de cette Cour quant à savoir si la connaissance qu'a l'accusé de l'absence de consentement doit être décrite comme un élément de l'infraction ou plutôt comme un moyen de défense d'erreur de fait, la Cour a été unanime sur un point, savoir pour que la question soit soumise au jury, il doit exister des éléments de preuve qui rendent vraisemblable l'argument de l'accusé selon lequel il croyait que la plaignante donnait son consentement. De plus, je crois que la jurisprudence établit que, lorsqu'il y a une preuve suffisante pour que la question soit soumise au jury, il incombe au ministère public de le persuader hors de tout doute raisonnable que l'accusé savait que la plaignante ne consentait pas ou qu'il ne se souciait pas de savoir si elle consentait ou non. Pour reprendre les termes employés par Glanville Williams dans *Criminal Law: The General Part* (2nd ed. 1961), aux pp. 871 à 910,

la question de la croyance sincère mais erronée comporte une charge de la preuve en deux parties distinctes: la charge de présentation et la charge de persuasion. Il faut produire des éléments de preuve qui convainquent le juge qu'il y a lieu de soumettre la question au jury. Cette preuve peut être présentée par le ministère public ou par la défense. La charge de présentation n'incombe à l'accusé qu'en ce sens restreint que, si rien dans la preuve produite par le ministère public n'indique que l'accusé croyait sincèrement au consentement de la plaignante, il appartiendra alors à ce dernier de produire la preuve requise s'il veut que le jury soit saisi de la question. Une fois celle-ci soumise au jury, le ministère public court le risque de ne pas être en mesure de convaincre le jury de la culpabilité de l'accusé.

27. Le juge McIntyre, en traitant dans l'arrêt *Pappajohn*, précité, du moyen de défense d'erreur de fait, a mentionné la charge de présentation, aux pp. 126 à 128:

Cela ne signifie pas cependant que le juge est obligé de soumettre tous les moyens de défense mis de l'avant par l'avocat. Pour qu'une obligation naîsse à cet égard, la preuve doit contenir des éléments qui puissent appuyer le moyen de défense et ce n'est que dans ce cas que le juge doit le soumettre. Qui plus est, si pareils éléments n'existent pas, il ne devrait pas soumettre le moyen de défense, car cela ne pourrait que semer la confusion.

Quel critère le juge doit-il utiliser pour trancher cette question? Habituellement, lorsqu'on établit un élément de fait dont la preuve peut être pertinente à la culpabilité ou à l'innocence d'un accusé, le juge doit laisser au jury le soin de tirer sa propre conclusion à cet égard. Cependant, lorsqu'on demande au juge de soumettre au jury un moyen de défense spécifique, il n'a pas à rechercher seulement s'il existe ou non une preuve de fait. Présumant que la preuve sur laquelle l'accusé fonde son moyen de défense est vraie, il doit examiner si elle est suffisante pour justifier l'exposé du moyen au jury. Les tribunaux se sont fréquemment penchés sur cette question: Voir *Wu c. Le Roi*, [1934] R.C.S. 609, et *Kelsey c. La Reine*, [1953] 1 R.C.S. 220. Le critère à

appliquer, à mon avis, est celui formulé par le juge Fauteux, alors juge puîné, dans l'arrêt *Kelsey c. La Reine*.

[TRADUCTION] Pour accorder quelque substance à un argument ou quelque valeur à un grief qui se fonde sur l'omission du juge du procès de mentionner cet argument, il faut qu'il y ait au dossier une preuve ou un point qui puisse rendre vraisemblable l'argument et le grief.

De plus, je renvoie à ce qu'a dit le juge Judson, au nom de la majorité, dans l'arrêt *R. c. Workman et Huculak*, [1963] R.C.S. 266:

Je ne vois aucun motif possible de donner au jury une directive que, de quelque façon qu'on interprète la preuve, Huculak pourrait être un complice après le fait et non l'auteur de l'infraction. Pour pouvoir le faire, on doit trouver au dossier une preuve qui rendrait l'argument vraisemblable (*Kelsey c. La Reine*, 105 C.C.C. 97 à la p. 102, [1953] 1 R.C.S. 220 à la p. 226, 16 C.R. 119 à la p. 125). Si l'avocat omet de soulever cette question, le juge du procès n'en est pas pour autant déchargé de l'obligation de soumettre un moyen de défense possible au jury, mais l'existence de cette obligation doit reposer sur quelque chose de plus que la simple imagination.

J'estime que, dans le passage précité de sa décision sur ce point, le juge du procès a appliqué ce critère. Il a entendu toute la preuve. Il a écouté la plaidoirie de l'avocat. Il a considéré toute la question avec la plaidoirie à l'esprit et a conclu [TRADUCTION] "Je ne trouve pas dans la preuve de base factuelle suffisante pour soumettre à ce jury le moyen de défense d'erreur de fait". À mon avis il a appliqué la bonne règle de droit.

Quand on relie les règles de droit aux faits d'une affaire donnée, il faut garder à l'esprit ce que le juge du procès doit rechercher dans la preuve pour décider s'il y a, comme l'a dit le juge Fauteux, [TRADUCTION] "une preuve ou un point qui puisse rendre vraisemblable l'argument et le grief". En l'espèce, pour qu'il y ait vraisemblance, il doit y avoir une preuve qui, si on la croit, appuiera l'existence d'une croyance erronée mais sincère que la plaignante consentait en fait aux rapports sexuels qui ont effectivement eu lieu. Ceci exige un exposé de la preuve plus détaillé qu'à l'accoutumée.

28. Parlant de la connaissance de l'absence de consentement comme élément essentiel de l'infraction, le juge Dickson a lui aussi conclu, dans l'arrêt *Pappajohn*, précité, que des éléments de preuve doivent avoir été produits relativement à cette question. Il a dit, à la p. 148:

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

Si j'ai raison de dire que: (i) l'art. 143 du *Code criminel* exige une *mens rea*, et (ii) la *mens rea* du viol inclut l'intention, ou l'insouciance quant au non- consentement de la plaignante, une erreur qui dément l'intention ou l'insouciance donne à l'accusé le droit d'être acquitté.

Dans le même ordre d'idées, il poursuit, à la p. 150:

Quoi qu'il en soit, il est clair que le recours à ce moyen de défense n'est possible que lorsqu'un accusé produit une preuve suffisante à l'appui, par son témoignage ou par les circonstances qui ont entouré l'acte.

Il ajoute, à la p. 158:

S'il y avait une "certaine" preuve "tendant à rendre vraisemblable" un moyen de défense d'erreur quant au consentement, on aurait dû dire au jury d'en tenir compte. *Kelsey c. La Reine*, [1953] 1 R.C.S. 220, à la p. 226.

29. L'arrêt *Sansregret*, précité, ne modifie ni n'écarte en rien la proposition selon laquelle une charge de présentation incombe à l'accusé. Dans cette l'affaire, l'accusé a subi son procès devant un juge siégeant sans jury. Or, en pareil cas, la ligne de démarcation entre la charge de présentation et la charge de persuasion tend à s'estomper. Le juge du procès a conclu que la plaignante avait consenti par crainte et que l'accusé, refusant de se rendre à l'évidence, ne s'est pas interrogé sur la nature du consentement donné. En matière de viol, la *mens rea* comporte comme élément soit la connaissance que la femme consent à cause de menaces ou par crainte de lésions corporelles, soit l'insouciance quant à la nature du consentement. Par conséquent, le juge McIntyre a dit, à la p. 587:

À mon avis, le juge du procès a commis une erreur en faisant droit au moyen de défense d'"erreur de fait" dans ces circonstances qui lui ont fait conclure que la plaignante avait consenti par crainte et que l'appelant s'est volontairement fermé les yeux devant les circonstances en présence, voyant seulement ce qu'il souhaitait voir. Lorsque l'accusé ignore un fait délibérément parce qu'il se ferme lui-même les yeux devant la réalité, le droit présume qu'il y a connaissance, en l'espèce connaissance de la nature du consentement. Il n'y a donc pas lieu d'appliquer ce moyen de défense.

30. Il y a une charge de présentation qui incombe à l'accusé mais, (et c'est là, à mon avis, le point fondamental) si la preuve est suffisante pour que la question soit soumise au jury, il incombe alors au ministère public de prouver hors de tout doute raisonnable que l'accusé ne croyait pas sincèrement au consentement. Le moyen de défense d'erreur, comme le juge Dickson l'a souligné dans l'arrêt *Pappajohn*, est une simple négation de la *mens rea* qui ne fait peser sur l'accusé aucune charge de la preuve. Il doit toutefois produire une preuve suffisante pour que ce moyen de défense soit mis de l'avant. Glanville Williams, précité, aux pp.

909 et 910, exprime l'avis que le moyen de défense d'erreur de fait impose à l'accusé une charge de présentation mais non une charge de persuasion.

31. Selon moi, ces conclusions sur la nature de l'argument fondé sur l'existence d'une "croyance sincère mais erronée" concordent avec la substance générale du droit criminel. Dans l'arrêt *Woolmington v. D.P.P.*, [1935] A.C. 462, la Chambre des lords a affirmé que, dans un cas où l'on oppose à une accusation de meurtre un moyen de défense d'accident ou de provocation, c'est encore la poursuite qui a la charge de convaincre le jury. Les propos célèbres du vicomte Sankey se trouvent à la p. 481:

[TRADUCTION] Dans toute la toile du droit criminel anglais se retrouve toujours un certain fil d'or, soit le devoir de la poursuite de prouver la culpabilité du prévenu, sous réserve [ . . . ] de la défense excipant de l'aliénation mentale et sous réserve, également, de toute exception créée par la loi. Si, à l'issue des débats, la preuve produite, soit par la poursuite, soit par le prévenu, fait naître un doute raisonnable [ . . . ], la poursuite a échoué et le prévenu a droit à un acquittement. Peu importe la nature de l'accusation ou le lieu du procès, le principe obligeant la poursuite à prouver la culpabilité du prévenu est consacré dans la *common law* d'Angleterre et toute tentative d'y porter atteinte doit être repoussée.

32. Dans l'arrêt *Mancini v. D.P.P.*, [1942] A.C. 1, la Chambre des lords a davantage clarifié sa position. Elle a souligné que ce n'est pas simplement parce que les moyens de défense d'accident ou de provocation ont été soulevés que le juge est obligé d'en parler dans son exposé au jury. Il doit y avoir des éléments de preuve de l'accident ou de la provocation qui puissent être vrais. Ce n'est qu'alors que le juge est tenu d'aborder ces questions dans son résumé et ce n'est qu'alors que le jury doit rendre un verdict en faveur de l'accusé, à moins que la poursuite ne prouve hors de tout doute raisonnable que le moyen de défense est mal fondé.

33. La reconnaissance la plus claire par la Cour suprême du Canada de la distinction entre une charge de présentation et une charge de persuasion se dégage de l'arrêt *Latour v. The King*, [1951] R.C.S. 19. Dans cette affaire-là, la Cour avait à se pencher sur les plaidoyers de légitime défense et de provocation opposés à une accusation de meurtre. La Cour a cité l'arrêt *Woolmington*, précité, ainsi que l'arrêt *Mancini*, précité, puis a dit, à la p. 27:

[TRADUCTION] En effet, après avoir reçu des directives appropriées sur ce qui, aux yeux de la loi, constitue les éléments de la légitime défense ou de la provocation, le jury ne doit pas se demander si *l'accusé a prouvé l'existence* de ces éléments, mais plutôt si *la preuve indique leur existence*. Il convient ensuite de dire aux jurés que s'ils concluent que c'est le cas ou s'il subsiste un doute dans leur esprit sur cette question, l'accusé a droit à un acquittement complet s'il a invoqué la légitime défense ou à un acquittement de l'infraction grave de meurtre s'il a invoqué la provocation.

34. Les tribunaux ont systématiquement conclu que la charge ultime de la preuve incombe à la poursuite. Cependant, le législateur a parfois déplacé cette charge. L'article 8 de la *Loi sur les stupéfiants*, par exemple, exigeait que l'accusé établisse l'absence d'intention de se livrer au trafic une fois la possession prouvée. Cette disposition a été jugée inconstitutionnelle dans l'arrêt *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, parce qu'elle violait la présomption d'innocence énoncée à l'al. 11d) de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

35. C'est dans ce contexte qu'il faut considérer les nouvelles dispositions du *Code criminel* en matière d'agression sexuelle. À mon avis, l'insertion du par. 244(4) dans le *Code* indique clairement que le juge du procès n'est pas obligé dans chaque cas de demander au jury d'examiner si l'accusé croyait sincèrement, mais à tort, qu'il y avait eu consentement. Le juge du procès ne doit donner une telle

directive que dans la mesure où l'on a satisfait à certaines exigences préliminaires. Ces exigences concordent parfaitement avec la jurisprudence. Premièrement, le par. 244(4) exige que l'accusé allègue une croyance sincère au consentement. Deuxièmement, le juge du procès ne doit présenter au jury la question de la sincérité de cette croyance que s'il est convaincu "qu'il y a une preuve suffisante et que cette preuve constituerait une défense si elle était acceptée par le jury". Cela concorde avec l'opinion de cette Cour que le juge du procès doit dire au jury d'examiner si l'accusé croyait sincèrement au consentement seulement lorsqu'il existe des éléments de preuve à l'appui d'un tel plaidoyer. Quand le par. 244(4) dit que le juge du procès doit se demander si la preuve en question constituerait un moyen de défense, il s'agit, à mon avis, du moyen de défense d'erreur de fait. Cette disposition n'est pas destinée à imposer à l'accusé la charge de la preuve relativement à ce moyen de défense; elle énonce simplement les conditions à remplir pour que le juge du procès soit obligé de soumettre la question au jury.

36. Des tribunaux d'appel ont eu la possibilité d'étudier la question de la croyance sincère mais erronée dans le contexte des nouvelles dispositions en matière d'agression sexuelle. Ils ont conclu que le par. 244(4) constitue une reconnaissance législative des principes de droit déjà posés relativement au caractère suffisant de la preuve requise pour que puisse être soulevé le moyen de défense de croyance erronée au consentement. Il faut des éléments de preuve qui prêtent une apparence de vraisemblance au moyen de défense d'erreur de fait pour que le tribunal le considère: voir *R. v. Cook* (1985), 46 C.R. (3d) 128 (C.A.C.-B.), *R. v. White* (1986), 24 C.C.C. (3d) 1 (C.A.C.-B.), et *R. v. Moreau* (1986), 26 C.C.C. (3d) 359 (C.A. Ont.) L'arrêt *Moreau* de la Cour d'appel de l'Ontario a été rendu après son arrêt dans la présente affaire.

37. Du moment que le juge du procès décide de soumettre au jury la question de la croyance sincère, le par. 244(4) prévoit qu'il doit lui demander de prendre en considération, en évaluant l'ensemble de la preuve qui concerne la détermination de la sincérité de la croyance de l'accusé, la présence ou l'absence de motifs raisonnables pour celle-ci. À mon avis, cette partie du par. 244(4) reflète l'opinion exprimée par le juge Dickson dans l'arrêt *Pappajohn*, précité, à la p. 156:

...il est peu probable que le jury croie l'accusé qui déclare être dans l'erreur à moins que celle-ci ne soit, aux yeux du jury, fondée sur des motifs raisonnables. Le jury devra examiner le caractère raisonnable de tous les motifs qui appuient le moyen de défense d'erreur ou que l'on affirme tel. Bien que des "motifs raisonnables" ne constituent pas une condition préalable au moyen de défense de croyance sincère au consentement, ils déterminent le poids qui doit lui être accordé. Le caractère raisonnable ou non de la croyance de l'accusé n'est qu'un élément qui appuie ou non l'opinion que la croyance existait en réalité et que, par conséquent, l'intention était absente.

...

Dans son *Textbook of Criminal Law*, à la p. 102, M. Glanville Williams se dit d'avis, et je suis d'accord avec lui, que le juge du procès peut à bon droit dire au jury [TRADUCTION] "que s'il estime que la croyance alléguée est déraisonnable, ce peut être un facteur qui l'amène à conclure qu'elle n'existe pas vraiment; mais il doit considérer les faits dans leur ensemble". Ce n'est pas demain qu'un jury sera convaincu de l'existence d'une croyance déraisonnable.

38. Il me semble donc que le par. 244(4) permet toujours qu'une croyance sincère mais déraisonnable au consentement constitue un moyen de défense. Il oblige néanmoins le jury à considérer la présence ou l'absence de motifs raisonnables comme un élément important à retenir en déterminant si l'accusé croyait sincèrement qu'il y avait eu consentement. Telle est l'interprétation du par. 244(4) adoptée par la Cour d'appel de la Colombie-Britannique dans l'arrêt *R. v. White*, précité, et par la Cour

d'appel de l'Ontario dans l'arrêt *R. v. Moreau*, précité. C'est également le point de vue exprimé dans la doctrine; voir D. Watt, *The New Offences Against the Person: The Provisions of Bill C-127* (1984), à la p. 83; G. Parker, "The "New" Sexual Offences" (1983), 31 C.R. (3d) 317, aux pp. 320 et 321, quoique, dans certains cas, on soit arrivé à cette conclusion à contrecœur: voir, par exemple, C. Boyle, *Sexual Assault* (1984), à la p. 79.

39.       Appliquant à la preuve produite en l'espèce le critère établi par la loi, je conclus que l'exposé du juge du procès au jury ne renfermait aucune erreur. Il faut présumer que le juge du procès a procédé de la manière prévue par le par. 244(4), qu'il a en conséquence examiné si les exigences préliminaires de cette disposition avaient été remplies et que, ayant conclu par la négative, il a fait son exposé au jury sans mentionner le moyen de défense d'erreur de fait. À mon avis, les faits en l'espèce ne suffisent pas pour fonder l'allégation de l'accusé qu'il croyait que la plaignante avait consenti. Son assertion n'est pas du tout vraisemblable. L'accusé n'a pas témoigné. Il n'a pas non plus cité de témoins. L'accusé et la plaignante ne se connaissaient pas. La plaignante a subi des lésions corporelles. Elle n'a pas crié à cause des menaces et des actes réels de violence. La plaignante n'a pas changé sa version des événements. Les contradictions relevées par l'accusé sont insignifiantes.

7.       L'admission du témoignage de la compagne de chambre       selon lequel l'accusé lui avait fait des avances       sexuelles constituait-elle une violation de la règle d'exclusion relative à la preuve de "faits       similaires"?

40.       La seconde question soulevée par l'accusé est celle de l'admissibilité du témoignage de la compagne de chambre, Eileen, témoignage selon lequel l'accusé lui

avait fait des avances physiques et lui a exprimé le désir de coucher avec elle. Il fait valoir que cette preuve aurait dû être écartée en raison de la règle relative à la preuve de "faits similaires". Il s'agit d'une règle d'exclusion qui déroge au principe général et fondamental de l'admissibilité de tous les éléments de preuve pertinents. Cette règle d'exclusion porte en gros que la preuve de toute conduite indigne antérieure de l'accusé produite pour démontrer ses mauvaises tendances est inadmissible, à moins qu'elle ne soit à ce point probante relativement à une question ou à des questions en litige qu'elle l'emporte sur le préjudice causé: voir *Cross on Evidence* (6th ed. 1985), à la p. 311. On trouve dans l'arrêt *Sweitzer c. La Reine*, [1982] 1 R.C.S. 949, aux pp. 952 à 954, un tour d'horizon très pratique de la règle relative à la preuve de faits similaires:

Dans la jurisprudence et la doctrine, dans les articles spécialisés et dans les commentaires, on a beaucoup écrit sur la question de la recevabilité de la preuve d'actes similaires. Le principe général énoncé par lord Herschell dans l'arrêt *Makin v. The Attorney-General for New South Wales*, [1894] A.C. 57, à la p. 65, a été largement accepté comme le fondement de la recevabilité de cette preuve. Lord Herschell affirme:

[TRADUCTION] Leurs Seigneuries estiment que les principes qui doivent régir la décision en l'espèce sont clairs, même si leur application est loin d'être facile. Il ne fait pas de doute que la poursuite ne peut, aux fins d'obtenir la conclusion que l'accusé est, compte tenu de sa conduite criminelle ou de sa réputation, le genre de personne susceptible d'avoir commis le crime dont il est inculpé, apporter des preuves qui tendent à démontrer qu'il a déjà été reconnu coupable de crimes autres que ceux visés par l'acte d'accusation. D'autre part, le simple fait que la preuve apportée tend à démontrer la perpétration d'autres crimes, n'entraîne pas pour autant son irrecevabilité si elle porte sur une question dont le jury est saisi, ce qui peut être le cas si elle se rapporte à la question de savoir si les actes qui, à ce qu'on prétend, constituent le crime reproché dans l'acte d'accusation étaient intentionnels ou accidentels; ce peut également être le cas si cette preuve est présentée pour repousser un moyen de défense que l'accusé pourrait autrement invoquer. Il est facile d'énoncer ces principes généraux, mais il est évident qu'il peut souvent être très difficile de tracer la ligne de démarcation et de décider de quel côté se situe un élément de preuve en particulier.

Au cours des années, en cherchant à appliquer ce principe, les juges ont eu tendance à créer une liste de catégories ou de types de cas où la preuve d'actes similaires peut être recevable, en se référant généralement à l'objet de la preuve. La preuve d'actes similaires a été produite pour prouver l'intention, pour prouver l'existence d'un système ou d'un dessein, pour démontrer la malice, pour repousser la défense d'accident ou d'erreur, pour prouver l'identité, pour repousser la défense de rapports innocents et à d'autres fins semblables et connexes. Cette liste n'est pas exhaustive.

...

Lorsqu'on aborde ce problème, il convient d'avoir présent à l'esprit le principe général énoncé par lord Herschell dans l'arrêt *Makin*. Les catégories sont parfois utiles, mais il reste qu'elles ne constituent que des illustrations de l'application de cette règle générale.

41. Les parties conviennent que le témoignage de la compagne de chambre, Eileen, est pertinent et, partant, admissible, à moins a) qu'il ne relève de la règle relative à la preuve de "faits similaires" et b) qu'il ne satisfasse aux critères déterminant l'exclusion énoncés dans cette règle.
42. La preuve produite en l'espèce relève-t-elle de la règle? Pour répondre à cette question, il faut décider si la conduite de l'accusé a été indigne. Or, sa conduite envers Eileen n'avait rien de criminel. Dans le passage tiré de l'arrêt *Makin v. Attorney-General for New South Wales*, [1894] A.C. 57, lord Herschell parle seulement de "crimes", de "conduite criminelle" et de "réputation". La conduite indigne paraît toutefois ne pas se limiter aux seuls actes criminels. Tel a été l'avis de la Cour d'appel d'Angleterre dans l'arrêt *R. v. Barrington*, [1981] 1 All E.R. 1132. Dans cette affaire-là, la poursuite a cherché à soutenir les témoignages de trois jeunes plaignantes relatifs aux attentats à la pudeur commis par l'accusé en produisant les dépositions de trois autres jeunes filles. D'après les témoignages de ces dernières,

l'accusé avait agi sensiblement de la même manière en recrutant les jeunes filles censément pour garder des enfants et en leur montrant des revues et des photographies pornographiques. Elles n'alléguait toutefois aucun comportement criminel ni aucun attentat à la pudeur. Le tribunal a traité leurs témoignages comme une preuve de faits similaires. Il décida que cette preuve pouvait à bon droit être admise parce qu'elle présentait une ressemblance frappante avec les circonstances reliées à l'infraction imputée et parce que rien n'indiquait que son effet préjudiciable l'emportait sur sa valeur probante. Étant donné que la règle relative à la preuve de faits similaires peut s'appliquer à des actes autres que ceux de caractère criminel, il y a lieu d'examiner si la valeur probante de la preuve en question est plus grande que son effet préjudiciable: voir l'arrêt *Sweitzer*, précité.

43. Dans l'analyse de la valeur probante, il faut tenir compte de la mesure dans laquelle les éléments de preuve en question se rapportent aux faits en litige et du poids de la déduction qu'on peut en tirer. Bien entendu, la majeure partie du témoignage d'Eileen revêt une grande pertinence en l'espèce. Il fournit le contexte dans lequel l'agression a eu lieu. Il explique comment l'intimé a pu se présenter à la porte de la plaignante le matin en question, comment il a connu le nom d'Eileen, pourquoi il pouvait s'intéresser à la victime et pourquoi il a pu prévoir que celle-ci se trouverait toute seule chez elle au moment pertinent.

44. La preuve relative aux avances faites à Eileen rend plus clair l'exposé des événements, car elle révèle le ton sur lequel s'est terminée la première visite à l'appartement. Elle donne cohérence et crédibilité à l'assertion d'Eileen selon laquelle elle n'a pas envoyé l'accusé voir la plaignante le matin en question. De plus, on pourrait prétendre que cette preuve se rapporte dans une certaine mesure à la question

du mobile et de l'intention. Le ministère public soutient que l'accusé, rebuté par la compagne de chambre Eileen, avait un motif de se tourner vers la plaignante, une femme à l'égard de laquelle il avait déjà manifesté de l'intérêt. Le degré de valeur probante requis varie en fonction de l'effet préjudiciable de l'admission de la preuve. La valeur probante d'un élément de preuve peut augmenter s'il y a une certaine similarité quant aux circonstances ainsi que proximité de temps et d'endroit. L'admissibilité ne dépend toutefois pas d'une telle similarité frappante: voir L. H. Hoffmann, "Similar Facts After *Boardman*" (1975), 91 *L.Q.R.* 193, à la p. 201. À mon avis, la preuve présentement en cause a de la valeur probante, mais cette valeur n'est pas très grande.

45. S'agit-il d'une preuve préjudiciable? En l'espèce, la conduite envers la compagne de chambre Eileen n'est certainement pas aussi indigne que, par exemple, la conduite dans l'affaire *Barrington*, précitée. De fait, on pourrait prétendre que la conduite de l'accusé n'avait rien d'indigne et, en conséquence, n'était pas préjudiciable du tout. Il a fait des avances à une femme. Quand elle a dit que cela ne l'intéressait pas, il n'a pas insisté. Il ne l'a pas contrainte. Certains éléments de l'incident peuvent néanmoins être qualifiés d'indignes. Après qu'Eileen eut fait savoir à l'accusé qu'elle ne coucherait pas avec lui, il l'a enlacée. Elle lui a demandé à plusieurs reprises de partir et il a refusé chaque fois. Finalement, elle s'est sentie obligée de sortir sur le perron. Quand ils se rendaient à l'arrêt d'autobus, il l'a immobilisée contre un mur. Il a dit qu'il ne pourrait jamais l'aimer, qu'il pourrait seulement lui faire du mal. Bien que cette déclaration puisse admettre une interprétation innocente, elle se prête aussi à une interprétation menaçante. La preuve en question est préjudiciable jusqu'à un certain point, mais ce préjudice est fort minime parce que l'accusé n'a pas insisté. Je conclus donc que, à tout prendre, c'est à juste titre que cette preuve a été admise.

46. Même à supposer que j'aie tort sur ce point et que la preuve n'ait pas dû être admise, la déclaration de culpabilité devrait, selon moi, être maintenue en vertu de la disposition réparatrice de l'al. 613(1)b)(iii) du *Code*. Étant donné le caractère convaincant de la preuve produite en l'espèce, le verdict du jury aurait nécessairement été le même (voir *Colpitts v. The Queen*, [1965] R.C.S. 739), même si l'erreur de droit reprochée n'avait pas été commise.

#### 8. Dispositif

47. Pour les motifs que je viens d'exposer, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi et de rétablir la déclaration de culpabilité.

*Pourvoi accueilli.*

*Procureur de l'appelante: Le procureur général de la province de l'Ontario, Toronto.*

*Procureur de l'intimé: Morris Manning, Toronto.*