



Réorganisation d'une infraction désorganisée : le harcèlement criminel

*Christine SANTERRE**

Reorganization of a Disorganized Crime: Criminal Harassment

Reorganización de un crimen desorganizado: el acoso criminal

Reorganização de uma infração desorganizada: O assédio criminal

刑事骚扰违法行为的重构



Résumé

La présente étude dresse un portrait du harcèlement criminel, cette conduite vouée à instaurer la crainte chez autrui. Trois dimensions sont explorées : l'aspect temporel de l'acte réprouvé, l'aspect émotionnel de la personne harcelée et l'aspect intentionnel de la conduite du harceleur. Au terme de la première partie de cette étude, un constat s'impose d'emblée : l'application de l'article 264 C.cr. témoigne d'un véritable désordre jurisprudentiel en raison de multiples incertitudes et incohérences juridiques. L'auteure tente d'y remédier dans la seconde partie de cette étude en proposant certaines avenues interprétatives permettant de tracer

Abstract

This study introduces a profile of criminal harassment: this behaviour used to induce fear in others. It explores three dimensions: first, it looks into the temporal aspect of the condemnable act; second, it explores the emotional aspect felt by the harassed; third, it probes the intentional aspect of harassment in terms of the behaviour of the harasser. The end of the first part of this study puts forth a finding: the enforcement of section 264 of the *Criminal Code* beholds a true jurisprudential mayhem due to multiple legal uncertainties and incoherencies. In the second part, the author attempts to remedy such confusion by suggesting



* Avocate au Barreau du Québec et doctorante aux Facultés de droit de l'Université Laval (Québec) et de l'Université Toulouse 1 Capitole. L'auteure tient à remercier son directeur de thèse, le professeur Pierre Rainville, pour les commentaires formulés à l'égard de cette étude.



plus aisément les frontières de l'intervention du droit pénal. Elle soutient qu'une réorganisation des éléments constitutifs du harcèlement criminel représente la clé afin de tendre vers une cohésion entre les instances judiciaires, notamment en faisant de la crainte ressentie par le plaignant, le point de bascule entre la conduite malveillante et celle véritablement criminelle. De plus, puisque le magistrat doit juger d'états intériorisés, l'auteure estime essentiel de mettre en lumière certains repères interprétatifs afin de guider les tribunaux et, incidemment, d'assurer une constance dans l'interprétation judiciaire de la conduite harcelante.

some interpretative avenues that would lead to an easier drawing of the boundaries of the intervention within penal law. She suggests that a reorganization of the constitutive components of criminal harassment would represent the key to cohesion amongst the legal authorities, particularly by making the fear felt by the harassed the pivoting point between malevolent behaviour and truly criminal behaviour. Furthermore, as the basis of the magistrate's judgement consists of internalized states, the author believes it is essential to bring to light a number of interpretative points of reference in order to guide tribunals, thus ensuring consistency in the legal interpretation of harassing behaviour.

Resumen

El artículo presenta un retrato del acoso criminal, conducta destinada a crear el temor en el otro. Tres dimensiones son exploradas: el aspecto temporal del acto reprobado, el aspecto emocional de la persona acosada y el aspecto intencional de la conducta del acosador. Al término de la primera parte de este artículo, se constata que el artículo 264 del Código criminal da testimonio de un verdadero desorden jurídico debido a las múltiples incertidumbres e incoherencias jurídicas encontradas. La autora intenta remediarlo en la segunda parte de este estudio proponiendo ciertas opciones interpretativas que permiten trazar más fácilmente las fronteras de la intervención del derecho penal. Ella sostiene que la reorganización de los elementos constitutivos del acoso criminal representa la clave para lograr una cohesión entre las instancias judiciales, particularmente haciendo del temor sentido por la víctima, el punto de

Resumo

O presente estudo traça um retrato do assédio criminal, conduta utilizada para instaurar o medo em outrem. Três dimensões são exploradas: o aspecto temporal do ato reprovado, o aspecto emocional da pessoa assediada e o aspecto intencional da conduta do assediador. Ao final da primeira parte deste estudo, uma constatação se impõe: a aplicação do artigo 264 do Código Penal testemunha uma verdadeira desordem jurisprudencial em razão de múltiplas incertezas e incoerências jurídicas. Na segunda parte, a autora tenta solucionar tal desordem propondo alguns caminhos interpretativos que permitiriam traçar mais facilmente as fronteiras da intervenção do direito penal. Ela sustenta que uma reorganização dos elementos constitutivos do assédio criminal representa a chave para alcançar uma coesão entre as instâncias judiciárias, fazendo do medo sentido pela vítima, o ponto distintivo entre a conduta

báscula entre la conducta malévola y la verdaderamente criminal. Además, ya que el magistrado debe juzgar de estados internos, la autora considera esencial poner en evidencia ciertas indicaciones interpretativas con el fin de guiar los tribunales y de manera accesorio, de asegurar una cierta uniformidad en la interpretación judicial de la conducta hostigadora.

reprovável e aquela realmente criminosa. Além disso, uma vez que o magistrado deve julgar sobre estados internalizados, a autora acreditar ser essencial colocar em evidência algumas referências interpretativas, a fim de guiar os tribunais e, por consequência, assegurar uma constância na interpretação judiciária da conduta assediadora.

摘要

本文对导致他人惊恐的刑事骚扰进行了初步研究。本研究探讨了三个方面：该类犯罪行为的时间、受害人的情绪以及犯罪人实施骚扰的意图。本文第一部分的末尾提出：由于法律的不确定性及不一致性，加拿大《刑法典》第264条的实施导致了司法判决上的混乱。在本文的第二部分，笔者提出几种更容易界定刑法干预范围的解释路径，试图解决这种混乱。笔者认为，对刑事骚扰因素的重构有助于使各法院达成共识，且以受害人受到惊恐的程度来界定恶意行为和真正的犯罪行为。此外，法官审判遵循自由心证。笔者认为，有必要规定解释原则从而指导法院对骚扰行为的司法解释，来确保司法的一致性。



Plan de l'article

Introduction	201
I. Le désordre juridique	203
A. Dans sa dimension temporelle	203
1. L'ambivalence au sujet de la « répétition » de l'acte interdit.....	204
2. L'ambiguïté relative à la quantification de la répétitivité....	207
B. Dans sa dimension émotionnelle	210
1. Les dérives jurisprudentielles liées à l'émotion de peur	210
2. Les certitudes et incertitudes liées à l'intensité émotionnelle	213
C. Dans sa dimension intentionnelle.....	217
1. L'instabilité de la <i>mens rea</i> du harceleur	217
2. L'exigence implicite d'une volonté harcelante	219
II. L'ordre juridique	221
A. Dans l'agencement des éléments constitutifs de l'article 264 C.cr.....	221
1. L'état de harcèlement antérieur à l'acte interdit.....	221
2. La simplification de la répétitivité de l'acte interdit	224
3. La crainte résultant du harcèlement jumelé à l'acte interdit.....	228
B. Dans les repères interprétatifs	230
1. L'influence des particularités individuelles et circonstancielles.....	230
2. La pertinence de l'historique relationnel.....	235

3. L'intérêt de la résistance déployée face au harcèlement.....	238
4. La prépondérance de l'avertissement adressé au harceleur.....	241
Conclusion.....	244

Lorsqu'il est question de violence, tous réfèrent immanquablement à la violence physique qui prend le corps pour cible, qui est directe, mesurée et identifiable. La violence psychologique, à l'inverse, s'acharne sur la pensée, l'esprit et l'identité de la personne. Elle se veut plus subtile, agissant de façon dissimulée, sans laisser de traces tangibles. Les conséquences n'en sont pas pour autant moins dévastatrices. Cette forme de violence n'a fort heureusement point échappé à l'intervention du droit pénal qui sanctionne les atteintes au sentiment de sécurité individuelle. Les raisons qui amènent le législateur à intervenir sont de deux ordres : réprouver l'atteinte à l'intégrité psychique et freiner la réalisation d'un préjudice, alors qu'il est au stade de l'évocation et non de la concrétisation. Le législateur réprime certaines conduites vouées à apeurer, soit les actes menaçants¹ et intimidants².

La conduite harcelante figure en outre parmi les violences psychologiques sanctionnées par le droit pénal. Il s'agit d'appréhender un état dangereux, alors que celui qui harcèle une tierce personne représente une menace pour les valeurs sociales protégées. En incriminant le comportement voué à apeurer, le droit pénal dresse un obstacle sur le chemin du crime afin d'éviter la réalisation d'un mal plus important³. La disposition intéressant notre propos est libellée de la façon suivante :

« 264. (1) Il est interdit, sauf autorisation légitime, d'agir à l'égard d'une personne sachant qu'elle se sent harcelée ou sans se soucier de ce qu'elle se sente harcelée si l'acte en question a pour effet de lui faire raisonnablement craindre – compte tenu du contexte – pour sa sécurité ou celle d'une de ses connaissances.

¹ À titre d'exemple, l'article 264.1 C.cr. sanctionne la menace de mort ou de lésions corporelles, c'est-à-dire la conduite de celui qui suscite un état de peur chez son destinataire par ses propos.

² À titre d'exemples, l'article 423 C.cr. réprouve l'intimidation soit la conduite de celui qui utilise la peur dans le but de forcer quelqu'un à agir ou à s'abstenir d'agir contrairement à ses droits, alors que l'article 423.1 C.cr. condamne l'intimidation d'une personne associée au système de justice ou d'un journaliste lorsque la conduite est perpétrée avec l'intention de provoquer la peur.

³ Comme l'explique le juge Lavergne dans l'affaire *R. c. Dessureault*, [1999] J.Q. No. 5288, par. 36 (C.Q.) (QL/LN), l'incrimination de harcèlement criminel prévu à l'article 264 C.cr. « permet aux autorités d'agir en temps opportun, et surtout avant qu'il ne soit trop tard, à l'égard de personnes qui craignent pour leur sécurité en raison d'agissements équivoques, particulièrement dans des contextes de violence domestique latente ou de séparation de couples qui donnent parfois lieu à des épisodes houleux ».

(2) Constitue un acte interdit aux termes du paragraphe (1), le fait, selon le cas, de :

- a) suivre cette personne ou une de ses connaissances de façon répétée ;
- b) communiquer de façon répétée, même indirectement, avec cette personne ou une de ses connaissances ;
- c) cerner ou surveiller sa maison d'habitation ou le lieu où cette personne ou une de ses connaissances réside, travaille, exerce son activité professionnelle ou se trouve ;
- d) se comporter d'une manière menaçante à l'égard de cette personne ou d'un membre de sa famille. »

À la lecture de la jurisprudence en cette matière, un constat s'impose d'emblée : il s'agit d'une infraction au désordre jurisprudentiel manifeste qui souffre de maintes incertitudes juridiques. Une telle confusion juridique se conçoit aisément. L'émotion de peur, pierre angulaire du harcèlement criminel, comporte un nombre important de variables ayant pour effet de moduler son intensité. La peur est à la fois invisible parce qu'intériorisée, sauf en ce qui concerne les changements physiques apparents au moment paroxystique, ce qui complexifie grandement l'interprétation qui en est faite. Il n'est donc pas toujours aisé de reconnaître la frontière entre le comportement dérangeant de celui qui est véritablement criminel.

En outre, une telle atteinte à l'intégrité psychologique représente une conduite humaine qui s'apprécie au regard d'un double volet objectif et subjectif : d'un côté, un ensemble d'actes, de gestes et d'attitudes dûment observables, et de l'autre, une évaluation de la conduite au regard des « perceptions sociales et [des] croyances [de ceux qui] l'évaluent et la qualifient selon des registres de gravité socialement partagés »⁴. Les différences entre chaque individu, même minimes, peuvent engendrer de sérieux désaccords ainsi que des interprétations divergentes. Alors que certaines activités paraissent coutumières et convenables, voire souhaitables pour certaines personnes, elles sont perçues par d'autres comme étant déplorables, condamnables, voire criminelles. Il apparaît incidemment difficile de prétendre à une entière neutralité, cette infraction pouvant être évalué différemment selon le magistrat⁵.

⁴ Gustave-Nicolas FISHER, *Psychologie des violences sociales*, Paris, Dunod, 2003, p. 13.

⁵ Roger FONTAINE, *Psychologie de l'agression*, Paris, Dunod, 2003, p. 10 ; Joseph P. FORGAS, « Image of Crime: A Multidimensional Analysis of Individual Differences in Crime Perception », (1980) 15 *International Journal of Psychology* 287.

Les tensions qu'engendre l'application de l'article 264 C.cr. s'avèrent donc nombreuses et le désordre juridique dans lequel cette infraction est plongée commande impérativement une étude jurisprudentielle approfondie afin d'en tracer les pourtours⁶. La première partie de cette étude relève les ambiguïtés juridiques du harcèlement criminel au regard de trois thématiques : la temporalité, l'émotivité et l'intentionnalité, alors que la seconde partie est vouée à proposer certaines avenues interprétatives visant une restructuration juridique de ce crime. Une réorganisation des éléments constitutifs de l'article 264 C.cr. ainsi que la prise en considération de repères interprétatifs favoriseront, à notre avis, une constance dans l'intervention du droit pénal.

I. Le désordre juridique

Les incohérences sont nombreuses en matière de harcèlement criminel : l'élément temporel témoigne d'incertitudes quant à la répétitivité de l'acte interdit (A), l'intensité émotionnelle vécue par la personne harcelée fluctue considérablement (B), alors que l'intentionnalité exigée de la part du harceleur souffre d'instabilité (C). Cette première partie se veut l'occasion de dresser un portrait du harcèlement criminel, cette singulière infraction caractérisée par son instabilité juridique.

A. Dans sa dimension temporelle

La dimension temporelle inhérente au harcèlement criminel mérite un examen approfondi, alors que la répétition de la conduite réprouvée n'est pas sans soulever plusieurs questionnements. Il existe une incertitude juridique quant à la nécessité d'exiger une répétitivité de l'acte interdit, alors que divers courants jurisprudentiels s'opposent (1), tandis que la qualification de la répétitivité s'avère problématique, particulièrement lors du processus de dénombrement requis pour conclure au caractère répété de l'acte (2).

⁶ Cette étude résulte d'une analyse de plus de 270 jugements prononcés depuis l'entrée en vigueur de l'article 264 C.cr. Ces décisions proviennent de l'ensemble des instances judiciaires des provinces et territoires du Canada, à l'exception de la plus haute instance du pays qui ne s'est pas penchée jusqu'à présent sur cette disposition. Notre recherche jurisprudentielle est à jour au 1^{er} mai 2013.

1. L'ambivalence au sujet de la « répétition » de l'acte interdit

L'une des premières difficultés à laquelle le harcèlement criminel est confronté est l'exigence de la répétitivité de l'acte interdit. Nul doute qu'une répétition de la conduite est requise à l'article 264 (2) (a) et (b) C.cr.: constitue un acte interdit, le fait de suivre ou de communiquer « de façon répétée ». L'exigence de la répétitivité s'avère toutefois plus incertaine à l'article 264 (2) (c) et (d) C.cr., alors qu'est réprouvé le fait de « cerner ou surveiller » et de « se comporter de façon menaçante ». Deux thèses s'opposent: certaines instances considèrent qu'il existe une exigence généralisée du caractère répété de tels actes interdits, tandis que d'autres estiment qu'un seul acte isolé suffit. Cette opposition tend néanmoins à s'effacer au profit d'un nouveau courant jurisprudentiel.

Une première tendance jurisprudentielle veut que l'élément de répétition soit requis pour l'ensemble des actes interdits en raison de la terminologie employée par le législateur. Le raisonnement est le suivant: puisque la signification du terme « harcèlement » suppose la réitération d'une conduite indésirable, il existe incidemment une exigence généralisée de répétition pour chacun des actes interdits aux sous-paragraphes 264 (2) (a) à (d) C.cr.⁷. En outre, ce courant jurisprudentiel s'appuie sur la continuité tacite des conduites visées à l'article 264 (2) (c) et (d) C.cr. afin de justifier l'exigence de la répétitivité. Le passage suivant reprend ce premier courant jurisprudentiel:

« Paragraph (a) requires that the accused “repeatedly” follow the person from place to place; paragraph (b) requires that the accused “repeatedly” communicate with the other person; paragraph (c) refers to “besetting or watching” the place where the other person happens to be, both of which activities imply an ongoing course of action. In other words, in the first three of the four categories of conduct capable of supporting a charge of harassment, Parliament has clearly singled out conduct involving a course of action, as opposed to an isolated act. The language of the fourth category, while not as clear as that used in paragraphs (a), (b), and (c), is consistent with this analysis. Paragraph (d) describes the relevant behaviour as “engaging in threatening conduct”. The use of the gerund “engaging” suggests conduct which carries on over a period of time. In my opinion, the logical inference to be drawn from an examination of ss. 264 (2) is that Parliament intended that

⁷ Voir notamment: *R. v. Geller*, [1994] O.J. No. 2961, par. 12 (Ct. of J.) (QL/LN); *R. v. Johnston*, [1995] O.J. No. 3118, par. 27 et 28 (Ct. of J.) (QL/LN).

the kinds of ordinarily lawful conduct set out therein would only become criminal where they engendered fear for another person's safety, and where they were part of an ongoing or repeated course of conduct. A single act, even if it puts another in fear for his or her safety, does not constitute harassment.»⁸

Une seconde tendance jurisprudentielle prévoit que le caractère répétitif de l'acte interdit ne s'impose pas à chacune des situations visées à l'article 264 (2) C.cr. Ce courant applique la maxime selon laquelle «le législateur ne parle pas pour ne rien dire»: chacun des termes employés est voué à produire ses effets et aucun mot superflu ou répétitif n'a été utilisé dans la rédaction de la loi. Ainsi, plusieurs instances ne requièrent aucune répétition de la conduite visée à l'article 264 (2) (c) et (d) C.cr. puisque le législateur s'est abstenu d'employer l'expression «de façon répétée», alors qu'il l'a fait expressément à l'article 264 (2) (a) et (b) C.cr.⁹. Les professeurs Côté-Harper, Rainville et Turgeon abondent en ce sens: «La volonté du législateur d'exiger des incidents répétés [aux articles 264 (2) (a) et (b) C.cr.] manifeste son intention de ne pas sévir en présence d'un événement isolé», contrairement à l'article 264 (2) (c) et (d) C.cr. qui ne requièrent aucune réitération¹⁰. L'acte isolé consistant à cerner ou surveiller une maison d'habitation est donc suffisant¹¹, de même que l'unique comportement menaçant¹². Le passage ci-après résume cette seconde tendance jurisprudentielle:

«Parliament expressly required repeated conduct in defining the prohibited acts in s. 264 (2) (a) and (b). The absence of such a qualification in s. 264 (2)

⁸ *R. v. Johnston*, préc., note 7, par. 29. Ce raisonnement est notamment repris dans l'affaire *R. v. Coke*, [1996] O.J. No. 4615, par. 17-20 (Ct. of J.) (QL/LN), mais ce raisonnement est expressément rejeté par d'autres instances, notamment: *R. v. Belcher*, [1998] O.J. No. 137, par. 28 (Ct. of J.) (QL/LN); *R. v. Riossi*, [1997] O.J. No. 105, par. 20-23 (Ct. of J.) (QL/LN).

⁹ *R. v. Savard*, [2013] O.J. No. 1745, par. 31 (S.C.J.) (QL/LN); *R. v. Vandoodewaard*, [2009] O.J. No. 5099, par. 66 (S.C.J.) (QL/LN); *R. c. Pelletier*, [2006] J.Q. No. 6982, par. 16 (C.Q.) (QL/LN); *R. c. Gagné*, [2004] J.Q. No. 11994, par. 18 (C.Q.) (QL/LN); *R. c. J.C.*, [2004] J.Q. No. 11460, par. 53 et 54 (C.Q.) (QL/LN); *R. c. Bruno*, [1997] J.Q. No. 3195, par. 42 (C.S.) (QL/LN); *R. v. C.D.F.*, [1998] B.C.J. No. 1441, par. 9 (Prov. Ct.) (QL/LN); *R. v. Baker*, [2000] B.C.J. No. 2497, par. 9 (S.C.) (QL/LN).

¹⁰ Gisèle CÔTÉ-HARPER, Pierre RAINVILLE et Jean TURGEON, *Traité de droit pénal canadien*, 4^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1998, p. 660.

¹¹ *R. v. Benedict*, [2003] O.J. No. 4300, par. 22 (Ct. of J.) (QL/LN); *R. v. Belcher*, préc., note 8, par. 28.

¹² *R. v. Otavnik*, [2009] O.J. No. 4543, par. 19 (Ct. of J.) (QL/LN); *R. v. Rehak*, [1998] M.J. No. 110, par. 11 (Q.B.) (QL/LN); *R. v. Riossi*, préc., note 8, par. 29.

(d) strongly suggests to me a legislative intention not to confine that prohibition to repeated threatening conduct, but to encompass a single threatening act as well. This conclusion is further supported by the wording of s. 264 (2) (c) where the proscribed conduct at least of watching can surely occur on a single occasion. Hence, there can be no suggestion that in s. 264 (2) Parliament intended to proscribe only repetitive conduct.»¹³

Une troisième tendance jurisprudentielle – le courant majoritaire – veut que la répétitivité des conduites visées à l'article 264 (2) (c) et (d) C.cr. n'est pas essentielle lorsqu'il existe un contexte harcelant entourant l'acte unique¹⁴. Une telle interprétation contextuelle est requise afin de garantir le caractère harcelant de la conduite isolée. À titre d'exemple, la Cour provinciale de la Colombie-Britannique s'appuie sur les violences antérieures et le désir expressément formulé par la plaignante de ne plus avoir de contact avec l'inculpé afin de conclure que le confinement de cette dernière et de leur fille dans une pièce de l'appartement – à une seule reprise – représente un comportement menaçant au sens de l'article 264 (2) (d) C.cr.¹⁵. Le juge Bagnall explique que :

« None of the language of the general section [...] leads me to conclude that I must read Subsection (d) as if it referred only to repeated conduct. Logically, in common sense terms, within a particular context, one further contact would be harassment within the meaning of the section. It is the context, of course, that is critical to this determination. »¹⁶

Bien qu'une seule conduite soit suffisante, l'émergence d'un contexte harcelant est requise afin de pallier l'absence d'une réitération de l'acte interdit.

¹³ *R. v. Kosikar*, [1999] O.J. No. 3569, par. 20-21 (C.A.) (QL/LN). Voir au même effet : *R. v. Gilmar*, [2010] A.J. No. 1436, par. 9 (Prov. Ct.) (QL/LN).

¹⁴ *R. c. Larivière*, [2009] J.Q. No. 3997, par. 4 (C.Q.) (QL/LN); *R. c. Turk*, [2009] J.Q. No. 5503, par. 6 (C.Q.) (QL/LN); *R. v. Arango*, [1993] O.J. No. 3945 (Ct. of J.) (QL/LN); *R. v. Belcher*, préc., note 8; *R. v. H.W.*, [2002] O.J. No. 5881 (Ct. of J.) (QL/LN). Par ailleurs, une récente tendance jurisprudentielle considère que l'aspect harcelant d'une seule conduite menaçante à l'article 264 (2) (d) C.cr. est prouvé par la continuité dans le temps d'un tel comportement. À cet effet, voir les développements dans *R. c. Bertrand*, [2011] J.Q. No. 10029, par. 24-31 (C.A.) (QL/LN).

¹⁵ *R. v. Zienkiewicz*, [1994] B.C.J. No. 3141, par. 48 (Prov. Ct.) (QL/LN).

¹⁶ *Id.*, par. 39. Au même effet, voir : *R. v. Barton*, [2010] O.J. No. 2628, par. 9 (S.C.J.) (QL/LN); *R. c. Leclerc*, [2006] J.Q. No. 4386, par. 15 (C.S.) (QL/LN).

2. L'ambiguïté relative à la quantification de la répétitivité

D'autres incertitudes juridiques se profilent en lien avec la qualification de la répétitivité. D'abord, il n'existe aucun consensus quant au nombre d'actes requis pour qu'il y ait « répétition ». La jurisprudence témoigne de sérieuses difficultés quant à la détermination du nombre d'actes requis pour que la conduite visée à l'article 264 (2) (a) et (b) C.cr. soit qualifiée de « répétée ». Certaines instances judiciaires estiment que l'acte interdit qui survient à plus d'une reprise est suffisant¹⁷, tandis que d'autres considèrent que le comportement doit survenir à plus de deux reprises¹⁸. Une telle quantification apparaît d'autant plus incertaine, alors que le juge Finch de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique soutient que « [t]hree communications would seem to be the minimum number sufficient to justify being described as "repeatedly" »¹⁹. Dans un même ordre d'idées, la Cour de justice de l'Ontario, sous la plume du juge Bentley, estime que si l'intention du législateur avait été que deux répétitions puissent suffire, une telle éventualité aurait pu aisément être énoncée dans le libellé de l'article 264 (2) C.cr. Le magistrat conclut que l'expression « de façon répétée » désigne une conduite qui survient plusieurs fois, de sorte que deux occurrences ne sont pas satisfaisantes²⁰.

De toute évidence, l'interprétation formulée par les tribunaux s'avère nettement ambivalente. Puisqu'il est complexe de définir le terme « répété », pourquoi les instances judiciaires s'acharnent-elles à vouloir quantifier la portée de ce mot ? Il convient de s'interroger sur l'origine de ce fondement voulant que la répétition débute après deux ou trois incidents. Si l'on exclut

¹⁷ *R. v. Green*, [2006] O.J. No. 2734, par. 1 (C.A.) (QL/LN); *R. v. Ohenhen*, [2005] O.J. No. 3735, par. 7 (C.A.) (QL/LN); *R. v. Vandoodewaard*, préc., note 9, par. 66; *R. v. Cowan*, [2004] O.J. No. 1975, par. 7 (S.C.J.) (QL/LN); *R. v. Labrentz*, [2010] A.J. No. 546, par. 130 (Prov. Ct.) (QL/LN); *R. v. Saloio*, [2010] O.J. No. 1832, par. 50 (Ct. of J.) (QL/LN); *R. v. Otavnik*, [2008] O.J. No. 5461, par. 15 (Ct. of J.) (QL/LN); *R. c. Dessureault*, préc., note 3, par. 28-29; *R. v. Belcher*, préc., note 8, par. 20; *R. v. Dupuis*, [1998] O.J. No. 5063, par. 20 (Ct. of J.) (QL/LN); *R. v. Johnston*, préc., note 7, par. 32; *R. v. Honeyman*, [1994] O.J. No. 2828, par. 1 (Ct. of J.) (QL/LN).

¹⁸ *R. v. Hertz*, [1995] A.J. No. 495, par. 36 (Prov. Ct.) (QL/LN); *R. v. Theysen*, [1996] A.J. No. 788, par. 37 (Prov. Ct.) (QL/LN).

¹⁹ *R. v. Ryback*, [1996] B.C.J. No. 285, par. 46 (C.A.) (QL/LN), repris dans *R. v. Desai*, [2003] O.J. No. 41, par. 11 (Ct. of J.) (QL/LN) dans lequel la Cour de justice de l'Ontario indique que la répétition exige « two or more than two instances of the conduct in question ».

²⁰ *R. v. Henson*, [1994] O.J. No. 1767, par. 47 (Ct. of J.) (QL/LN). Au même effet, voir : *R. v. MacLean*, [1994] O.J. No. 2296, par. 44 (Ct. of J.) (QL/LN).

qu'un comportement ne puisse être répété à la deuxième occasion, pour-quoi ne pas adopter le même raisonnement pour le troisième incident et considérer que l'accusé a agi de façon répétée seulement à la quatrième, voire même à partir de la cinquième occasion? Le fait de vouloir chiffrer de façon absolue le caractère répétitif de l'acte interdit complexifie considérablement l'interprétation de cette disposition.

De surcroît, d'autres incertitudes persistent lorsque la conduite reprochée s'instaure sur une courte période ou qu'à l'inverse, elle perdure dans le temps. En l'absence de balises interprétatives, le sort réservé au comportement qui s'échelonne sur une longue période de temps témoigne d'un véritable désordre jurisprudentiel. Les exemples suivants suffisent à s'en convaincre: quatre courriels transmis sur une période de plus de cinq mois²¹ ainsi que sept poursuites s'étalant sur une période d'une année se sont avérés satisfaisants²², alors qu'à l'inverse, une dizaine d'appels téléphoniques sur une période de quatre mois ont été jugés insuffisants²³. La disparité est manifeste et il est légitime de s'interroger sur l'impact qu'engendre une conduite qui s'échelonne sur plusieurs semaines, voire plusieurs mois. L'espace-temps dans le temps n'a-t-il pas pour effet d'amoindrir le caractère harcelant de la conduite?

Des interrogations similaires se profilent lorsque les communications visées à l'article 264 (2) (b) C.cr. surviennent sur une courte période de temps. Est-ce que le fait de téléphoner cinq fois en dix minutes est suffisant afin de justifier l'intervention du droit pénal, au même titre que cinq appels téléphoniques dans la même journée ou sur une période d'une semaine? L'exigence d'une poursuite répétée à l'article 264 (2) (a) C.cr. suscite tout autant de questionnements. Est-ce que le fait de suivre une personne d'un endroit à un autre durant une même journée est suffisant? Est-ce qu'une poursuite en véhicule qui perdure pendant une heure sans interruption peut être qualifiée de « répétée »? Qu'en est-il lorsque la filature n'est pas continue en raison du fait que le plaignant s'immobilise ou simplement parce que l'inculpé a perdu sa cible de vue, pour ensuite la retrouver? À ce sujet, la Cour de justice de l'Ontario soutient que « one

²¹ R. c. *Montminy*, [2001] J.Q. No. 8547, par. 29 (C.Q.) (QL/LN).

²² R. v. *Fortino*, [2007] B.C.J. No. 1224 (C.A.) (QL/LN).

²³ R. v. *Frohlich*, [2010] A.J. No. 423, par. 50 (Q.B.) (QL/LN). Dans R. v. *Browning*, [1995] O.J. No. 2701, par. 25 (Ct. of J.) (QL/LN), cinq communications en cinq mois n'ont pas satisfait à l'exigence temporelle de répétitivité.

(date) occasion may be enough, if the conduct of the accused on such occasion can be “segmented”, and meets the “evil” against which the Code section was manifestly directed»²⁴. Se pose inéluctablement la question suivante : quelle est la teneur de telles manifestations permettant de segmenter une conduite afin qu’elle soit qualifiée de « répétée » ? Les décisions rendues au fil des ans s’avèrent peu éclairantes à cet égard.

Dans l’affaire *Campbell*, l’accusé doit respecter un engagement lui prohibant de communiquer avec une personne de moins de 18 ans sans la présence d’un adulte. Malgré une telle interdiction, il s’approche en véhicule d’une jeune fille marchant sur le trottoir et lui intime à quelques reprises de monter à bord. Essuyant un refus, l’accusé poursuit sa route pour ensuite faire demi-tour afin de réitérer sa demande. Le tribunal ontarien prononce un acquittement, estimant que la conduite constitue un seul épisode. Il semble que le mince délai entre les deux conversations – une quarantaine de secondes – ne soit pas suffisant pour faire de cet épisode deux communications distinctes. Le juge Ready estime qu’il doit exister « a longer and more repeated course of conduct than what has occurred on this occasion »²⁵.

Dans l’affaire *Zeilstra*²⁶, les parties se rencontrent au service au volant d’un restaurant où s’ensuit un échange hostile. Sur le chemin du retour, la plaignante constate qu’elle est suivie par l’inculpé, son ancien conjoint. Elle immobilise son véhicule et lui intime de cesser de la suivre. Reprenant sa route, la plaignante constate que sa demande n’est pas respectée et que l’accusé demeure à ses trousses. La Cour supérieure de la Colombie-Britannique conclut qu’une telle poursuite constitue un seul incident et par conséquent, que l’exigence de la répétitivité à l’article 264 (2) (a) C.cr. n’est pas remplie. Une interruption de la poursuite d’une durée approximative de cinq minutes ne s’avère pas suffisante afin de segmenter la filature et de lui octroyer son caractère répété.

Dans l’affaire *Gerein*²⁷, la Cour de justice de la Colombie-Britannique doit évaluer si la poursuite en automobile qui perdure pendant une heure suffit à répondre à l’exigence de répétitivité. Le juge Bastin conclut que la

²⁴ *R. v. Pringle*, [1999] O.J. No. 3704, par. 7 (Ct. of J.) (QL/LN).

²⁵ *R. v. Campbell*, [1994] O.J. No. 2296, par. 9 (Ct. of J.) (QL/LN).

²⁶ *R. v. Zeilstra*, [2004] B.C.J. No. 993 (S.C.) (QL/LN).

²⁷ *R. v. Gerein*, [1999] B.C.J. No. 1218 (Ct. of J.) (QL/LN).

plaignante a été suivie « de façon répétée » puisqu'il est possible de fragmenter cet épisode en trois parties distinctes alors que le plaignant réussit à semer l'accusé et qu'à un autre moment, les véhicules circulent en sens opposé²⁸.

À la lumière de ces décisions, l'évaluation de la répétitivité s'avère largement aléatoire. À quel moment une filature se termine-t-elle ? Lorsque la voiture s'immobilise ? Lorsque les parties n'ont plus de contact ? La sommation du plaignant afin que cesse une telle conduite ne devrait-elle pas suffire à sectionner en deux incidents distincts l'acte répréhensible lorsque l'inculpé persiste ? De toute évidence, la dimension temporelle est instable et suscite des interprétations divergentes selon les décideurs. Un tel constat s'impose d'autant plus quant à l'aspect émotionnel du harcèlement criminel.

B. Dans sa dimension émotionnelle

Bien qu'il puisse être naturel d'inférer qu'une personne qui se sent harcelée puisse également craindre pour sa sécurité ou celle d'autrui, nous ne saurions nous astreindre à une telle adéquation. Il convient de demeurer vigilant en raison des difficultés qu'engendre l'interprétation de la peur : les perceptions divergentes entre la personne harcelée et le magistrat en complexifient son interprétation (1), d'autant plus qu'il existe certaines incertitudes relatives à l'intensité émotionnelle exigée (2).

1. Les dérives jurisprudentielles liées à l'émotion de peur

La subjectivité du harcèlement criminel est liée à la façon dont la crainte est vécue par la personne harcelée, alors que ses effets ne sont pas visibles, mais plutôt ressentis. Il s'agit d'une atteinte qui s'avère parfois délicate à prouver. Le harcèlement vise une atteinte à l'intégrité psychologique qui se distingue par son aspect dissimulé, contrairement à l'atteinte physique où il est notamment possible d'observer des blessures, des hématomes, des contusions, des effusions de sang. L'interprétation juridique d'un tel état émotionnel s'avère d'autant plus complexe dans la mesure où la réalité extérieure, celle qui est perceptible par des témoins, n'est pas toujours conforme avec la réalité psychique de la personne apeurée. Une situation

²⁸ *Id.*, par. 21-23.

de peur n'a de sens qu'à travers le filtre de la subjectivité de la personne qui ressent cette émotion. Il est donc possible que l'appréciation par un observateur externe puisse différer de l'intensité émotionnelle réellement vécue par la personne harcelée²⁹. Ce faisant, une verbalisation de la crainte ressentie lors du procès par le plaignant s'avère préférable, sous peine qu'un doute soit soulevé dans l'esprit du magistrat et qu'un acquittement soit prononcé³⁰. En outre, la déclaration d'un témoin oculaire quant à l'état de la victime peut s'avérer utile³¹. La peur étant intériorisée, les mots utilisés afin de décrire la crainte ressentie éclairent le tribunal quant à l'intensité émotionnelle, bien qu'une telle extériorisation ne semble pas impérative³².

Par ailleurs, l'excès de sensibilité de la personne harcelée commande une vigilance accrue. L'impact émotionnel étant différent pour chacun, il est possible d'observer des réactions contrastées pour un même événement. Que deux individus redoutent la même chose, le même fait ou la même

²⁹ Jocelyn LINDSAY et Michèle CLÉMENT, « La violence psychologique : sa définition et sa représentation selon le sexe », (1998) 11 *Recherches féministes* 139, 139-141 ; R. FONTAINE, préc., note 5, p. 9. Le présent commentaire s'applique de surcroît à l'état de harcèlement que doit ressentir la victime. L'article 264 C.cr. pose donc une double difficulté en raison de l'évaluation de la perception de la victime, à savoir qu'elle est harcelée et apeurée.

³⁰ *R. v. Shortt*, [2002] N.W.T.J. No. 33, par. 94 (Terr. Ct.) (QL/LN) ; *R. v. Vrabie*, [1995] M.J. No. 247, par. 35 (Prov. Ct.) (QL/LN). Dans l'affaire *R. c. Villeneuve*, [2010] J.Q. No. 546, par. 150 (C.Q.) (QL/LN), la Cour du Québec considère non seulement les propos de la plaignante, mais également son « attitude [...] lors de son témoignage [qui] a révélé une personne craintive et perturbée, ayant vécu une expérience traumatisante ». Dans l'affaire *R. v. Johnston*, préc., note 7, par. 37, la Cour de justice de l'Ontario conclut que l'intensité émotionnelle ressentie par la plaignante de 13 ans à la suite d'une conversation avec l'accusé âgé de 70 ans n'est pas suffisamment élevée. La plaignante explique « that she felt "weird", because he knew what her name was, but she also testified that she found him polite and sincere. She eventually said she was "a little bit frightened but not a lot" ».

³¹ À titre d'exemple, la Cour provinciale de l'Alberta retient le témoignage d'un membre du personnel du centre d'hébergement : « That she was fearful is shown by her reaction upon returning to the shelter, crying and upset and concerned for the security system at the shelter. She had to be taken around and shown the alarms to allay her fears » (*R. v. Tut*, [2000] A.J. No. 1352, par. 46 (Prov. Ct.) (QL/LN)). Voir également : *R. v. Korbut*, [2012] O.J. No. 3895, par. 24 (Ct. of J.) (QL/LN) ; *R. v. Pastore*, [2005] O.J. No. 2807, par. 42 (Ct. of J.) (QL/LN) ; *R. c. Thélémaque*, [2008] J.Q. No. 2575, par. 23 (C.Q.) (QL/LN).

³² *R. v. Otavnik*, préc., note 17, par. 8 ; *R. v. Szostak*, [2007] O.J. No. 3353, par. 28 (Ct. of J.) (QL/LN).

situation ne signifie nullement qu'ils les craignent aussi intensément, aussi durablement. Ce qui est considéré comme étant apeurant et terrorisant pour l'un peut s'avérer anodin et susciter une banale inquiétude pour l'autre³³. En outre, la perception d'une conduite s'alimente de la subjectivité de la peur qui peut s'enfler démesurément sous l'effet de l'imagination. Cette faculté qu'a l'être humain de s'improviser des scénarios enrichit considérablement la crainte, d'où la possibilité qu'un individu puisse se percevoir comme étant la « victime » d'une situation harcelante, alors qu'il s'agit du fruit de son imagination. L'intensité harcelante s'avère donc instable en raison d'une telle fluctuation émotionnelle. Tel est le cas notamment chez la personne qui est particulièrement émotive, chez celle qui s'affole d'un rien ou qui souffre d'un trouble mental. Est-ce qu'un inculpé mérite d'être condamné lorsque la peur éprouvée par la victime s'induit d'une forte propension à l'anxiété, alors que le citoyen ordinaire aurait ressenti, tout au plus, une légère appréhension ?

Afin d'éviter des condamnations démesurément larges, le législateur requiert à juste titre que cette crainte soit raisonnable. Tel que l'indique le juge Whitten, cette exigence est « entirely appropriate as the offence could be potentially abused by the unduly sensitive or those persons possessing irrational fears »³⁴. Le droit pénal ne saurait exposer le harceleur à une condamnation fondée sur les réactions injustifiées de la personne apeurée. L'objectivité permet de mettre l'individu à l'abri de condamnations fondées sur les susceptibilités ou les réactions démesurées de l'individu harcelé. L'unique perception du plaignant ne doit pas être le critère principal servant à façonner cette disposition à connotation intimidatrice, puisqu'une trop grande émotivité risque de conduire à l'élargissement indu de la portée du harcèlement criminel³⁵. Ce faisant, face à une telle fluctuation émotionnelle et à de multiples réactions possibles, des balises interprétatives s'avèrent essentielles dans l'évaluation de la crainte ressentie par la personne harcelée.

³³ R. FONTAINE, préc., note 5, p. 15.

³⁴ R. v. *Stagnitta*, [2000] O.J. No. 3024, par. 31 (S.C.J.) (QL/LN).

³⁵ L'importance de l'objectivité de la norme en matière inculpatoire s'inspire des propos tenus par le professeur Rainville : Pierre RAINVILLE, *Les humeurs du droit pénal au sujet de l'humour et du rire*, Québec, Presses de l'Université Laval, 2005, p. 112.

2. Les certitudes et incertitudes relatives à l'intensité émotionnelle

L'émotion de peur est délicate à prouver et teintée de subjectivité, ce qui pose le problème du seuil de gravité à partir duquel la conduite harcelante doit être sanctionnée. Plusieurs facteurs étant influents dans l'escalade de la peur, il existe conséquemment une variété d'états, chacun d'entre eux traduisant une expérience différente en nature et en intensité. Ils sont couramment désignés par des appellations interchangeables, alors que les différences sont de l'ordre de la nuance. L'appréhension représente une peur de faible intensité qui survient en cas d'incertitude ou d'irrésolution³⁶. L'anxiété est un état d'agitation dans lequel prédomine l'appréhension d'un danger indéterminée³⁷, alors que l'angoisse constitue une souffrance psychologique intense sans objet déterminé³⁸. Lorsqu'une cause lui est attribuée, c'est-à-dire lorsqu'un danger véritable est identifié, l'angoisse se transforme en un sentiment de peur³⁹. Lorsqu'elle est à son paroxysme et jugée inévitable, la peur se transforme en panique⁴⁰. Où se situe l'intensité émotionnelle visée par l'article 264 (1) C.cr., alors que le législateur stipule que le plaignant doit craindre pour sa sécurité ou pour celle d'autrui? L'interprétation de cet état émotionnel mérite qu'on lui apporte une attention particulière, dans la mesure où la crainte est difficilement quantifiable et peut aboutir à des glissements dans lesquels l'objectivité et la rigueur du procès risquent de souffrir.

Certaines variables exercent une influence sur la puissance de l'émotion. D'abord, la variabilité du degré de peur est influencée par l'identité de la personne ciblée par le harceleur. Le législateur identifie précisément les cibles potentielles visées par le harceleur afin que sa responsabilité criminelle soit retenue. L'article 264 (1) (a) à (c) C.cr. stipule que l'acte interdit doit cibler le plaignant ou l'une de ses connaissances, alors que le comportement menaçant prévu à l'article 264 (1) (d) C.cr. protège le

³⁶ Michelle LARIVEY, *La puissance des émotions: comment distinguer les vraies des fausses*, Montréal, Éditions de l'Homme, 2002, p. 86.

³⁷ Henriette BLOCH, Roland CHEMAMA, Éric DÉPRET et Alain GALLO, *Grand Dictionnaire de la Psychologie*, Paris, Larousse, 1999, p. 70.

³⁸ Georges THINÈS et Agnès LEMPEREUR (dir.), *Dictionnaire général des sciences humaines*, Paris, Éditions universitaires, 1975, p. 68; Roland DORON et Françoise PAROT (dir.), *Dictionnaire de psychologie*, 2^e éd., coll. « Quadriges », Paris, PUF, 2007, p. 42.

³⁹ Norbert SILLAMY, *Dictionnaire encyclopédique de psychologie*, vol. 1, Paris, Bordas, 1980, p. 894.

⁴⁰ Robert DANTZER, « Psychobiologie de la peur », (1993) 57 *Communication* 25, 25 et 26.

plaignant ou un membre de sa famille. L'inculpé peut user de stratagème en s'attaquant à un être cher, tel qu'un membre de la famille du plaignant. Pour bien des parents, il appert que la mise en péril de l'intégrité de son enfant représente une menace ayant un caractère autant asservissant, sinon plus qu'une menace à son intégrité personnelle⁴¹. Le législateur reconnaît qu'il est possible de contrôler un individu en menaçant l'un de ses proches, tels que son enfant⁴² ou son conjoint⁴³, mais également une personne de son entourage, tel qu'un collègue de travail⁴⁴. Dans cette dernière éventualité, il doit y avoir un lien suffisamment étroit unissant le plaignant et ladite connaissance, sans quoi le manque de proximité risque de ne pas engendrer un état de peur suffisamment élevé afin de justifier la condamnation de l'inculpé.

La nature du préjudice est également révélatrice de l'intensité émotionnelle ressentie par la personne harcelée. Une jurisprudence unanime postule que la « sécurité » à l'article 264 (1) C.cr. va au-delà de la crainte d'un mal physique; elle vise la sécurité psychologique et émotionnelle de la personne ciblée par le harceleur⁴⁵. Il ne saurait toutefois s'agir d'une crainte pour sa sécurité financière⁴⁶. Dans l'affaire *Wisniewska*, l'honorable juge Durno précise que :

⁴¹ Mark WARR et Christopher G. ELLISON, « Rethinking Social Reactions to Crime: Personal and Altruistic Fear in Family Households », (2000) 106 *American Journal of Sociology* 551.

⁴² *R. c. Bruno*, préc., note 9; *R. v. Stagnitta*, préc., note 34; *R. v. Pennell*, [2007] O.J. No. 1654 (S.C.J.) (QL/LN); *R. v. Dunnett*, [1999] N.B.J. No. 122 (Q.B.) (QL/LN); *R. v. Dupuis*, préc., note 17.

⁴³ *R. v. D.D.*, [2005] O.J. No. 4904, par. 21 (C.A.) (QL/LN).

⁴⁴ *R. v. Cowan*, préc., note 17, par. 7: « While the complainant had no fear for either herself or her daughter, she did express concern for her co-workers and an implied concern for the residents of the nursing home. I am persuaded that satisfies the language of s. 264 of the Code, "the safety of anyone known to them". »

⁴⁵ Dans l'affaire *R. v. Vandoodewaard*, préc., note 9, par. 14, la Cour supérieure de l'Ontario précise que « [t]he complainant's fear for his or her safety may include psychological and emotional security. To restrict it narrowly, to the risk of physical harm by assaultive behavior, would ignore the very real possibility of destroying a complainant's psychological and emotional well-being by a campaign of deliberate harassment ». Voir également: *R. v. Greenberg*, [2010] O.J. No. 3934, par. 95 (S.C.J.) (QL/LN); *R. v. Bachmaier*, [2009] O.J. No. 5761, par. 60 (Ct. of J.) (QL/LN); *R. v. Lukaniuk*, [2009] O.J. No. 454, par. 21 (Ct. of J.) (QL/LN); *R. c. Larivière*, préc., note 14, par. 8; *R. c. Turk*, préc., note 14, par. 7.

⁴⁶ *R. v. Lincoln*, [2008] O.J. No. 191, par. 25-26 (Ct. of J.) (QL/LN).

« There is no requirement that the Crown establish threats of violence or actual violence. To import that requirement would ignore psychological safety and the objectives of the legislation. Neither does the section require the complainant to know what the accused is capable of doing. To import that element would be to preclude convictions where the offence is committed by a stranger. Indeed, the uncertainty as to what the harasser could do, in itself can often establish the fear component and its reasonableness. »⁴⁷

Malgré un tel consensus relatif à la nature du préjudice, il en va différemment de la gravité des conséquences appréhendées par le plaignant. Les tribunaux emploient un vocable distinct afin de traduire ce péril : traumatisme psychologique⁴⁸, violences psychologiques⁴⁹, blessure psychologique⁵⁰, atteinte à la santé psychologique⁵¹, atteinte au bien-être psychologique⁵². La gravité du mal appréhendé est pour le moins fluctuante.

Certes, le droit pénal n'exige point que la personne harcelée soit terrifiée⁵³ et à l'inverse, il ne saurait se satisfaire d'une simple inquiétude⁵⁴. Dans l'affaire *Yannonie*, l'inculpé se rend à plusieurs reprises dans une boutique où travaille la plaignante. Sa présence continue fait l'objet de plaisanteries de la part des autres employés. L'inculpé lui offre un morceau de pain qu'elle refuse. Elle lui indique ne pas être intéressée à s'engager dans une relation intime. Il l'injure et lui fait un doigt d'honneur. La Cour du Banc de la Reine de l'Alberta prononce un acquittement, considérant que l'état émotionnel engendré par la conduite de l'inculpé n'atteint pas une inten-

⁴⁷ *R. v. Wisniewska*, [2011] O.J. No. 5026, par. 38 (S.C.J.) (QL/LN).

⁴⁸ *R. v. Gowing*, [1994] O.J. No. 1696, par. 9 (Ct. of J.) (QL/LN); *R. v. Hertz*, préc., note 18, par. 36; *R. v. Theysen*, préc., note 18, par. 37; *R. v. Wittekind*, [2001] O.J. No. 774, par. 47 (Ct. of J.) (QL/LN); *R. v. Meehan*, [1997] N.J. No. 293, par. 20 (S.C.) (QL/LN); *R. v. Stagnitta*, préc., note 34, par. 29; *R. v. Wisniewska*, préc., note 47, par. 36.

⁴⁹ *R. v. Szostak*, préc., note 32, par. 27.

⁵⁰ *R. v. Lafreniere*, [1994] O.J. No. 437, par. 20 (Ct. of J.) (QL/LN); *R. v. Geller*, préc., note 7, par. 20. Dans l'affaire *R. v. Lukaniuk*, préc., note 45, par. 22, la Cour de justice de l'Ontario est d'autant plus exigeante qu'elle requiert que soit démontré que le plaignant « feared *substantial* psychological harm or emotional distress » (nos italiques).

⁵¹ *R. v. Dunnett*, préc., note 42, par. 7.

⁵² *R. v. B.D.*, [2006] O.J. No. 2811, par. 27 (Ct. of J.) (QL/LN); *R. v. Goodwin*, [1997] B.C.J. No. 954 (C.A.) (QL/LN); *R. v. Saloio*, préc., note 17, par. 61; *R. v. Hau*, [1996] B.C.J. No. 1047, par. 63 (S.C.) (QL/LN).

⁵³ Morris MANNING, Allan M. MEWETT et Peter SANKOFF, *Manning, Mewett & Sankoff – Criminal Law*, 4^e éd., Montréal, LexisNexis Canada, 2009, p. 846.

⁵⁴ Bruce MCFARLANE, « People who Stalk People », (1997) 31 *U.C.B.L.* 37, n° 103; *R. c. R.C.*, [2001] J.Q. No. 7607, par. 66 (C.Q.) (QL/LN); *R. v. Geller*, préc., note 7, par. 20.

sité suffisante afin de justifier l'intervention du droit pénal. La plaignante indique s'être senti « upset and nervous about the antics of the accused and indeed, felt uncomfortable »⁵⁵. Il s'agit d'un comportement inapproprié, sans toutefois être criminellement répréhensible. L'impertinence de l'accusé ne saurait suffire⁵⁶.

Néanmoins, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique, sous la plume du juge Donald, considère que les « victims of harassment must [not] suffer ill health or major disruption in their lives before obtaining the protection of s. 264 »⁵⁷. La crainte a récemment été définie comme étant « a state of uncertainty as to what an individual is capable of, what his or her intentions might be, or what consequences might follow »⁵⁸. Seul suffit l'état de peur généré par l'incertitude face à d'éventuelles conséquences néfastes pour la sécurité du plaignant : « It is the very uncertainty about what the harasser could do in the future that has the potential to form the basis for a conviction »⁵⁹. Cornish, Murray et Collins abondent en ce sens : « [F]ear of the unknown must be sufficient to meet the test, since that is precisely the fear that harassers often attempt to generate : a state of mental unease that permeates virtually every aspect of the target's life »⁶⁰. L'incertitude semble donc être garante d'un état de peur suffisant au sens de l'article 264 (2) C.cr. Si le législateur avait souhaité une plus vive émotion de peur, il aurait employé un vocable explicite à cet effet⁶¹.

⁵⁵ *R. v. Yannonie*, [2009] A.J. No. 121, par. 32 (Q.B.) (QL/LN).

⁵⁶ Dans l'affaire *R. c. Josile*, [1998] J.Q. No. 1280, par. 6-8 (C.S.) (QL/LN), l'accusée échoue un examen de la Faculté de droit de l'Université du Québec et harcèle certains professeurs. L'un d'eux affirme, dans son témoignage, que la lecture d'une lettre envoyée par l'accusée a provoqué chez lui « une certaine inquiétude ». Le juge Pinard en vient à la conclusion que « tout le matériel ordurier déversé par l'accusée est de nature à indisposer les récipiendaires, mais ce matériel ne compte rien de menaçant en soi [...] [I]l y a largement place au doute raisonnable quant à l'existence d'une véritable peur ».

⁵⁷ *R. v. Goodwin*, préc., note 52, par. 22 ; repris avec approbation dans *R. v. Leppan*, [1999] O.J. No. 3336, par. 3 (Ct. of J.) (QL/LN).

⁵⁸ *R. v. Wisniewska*, préc., note 47, par. 36. Au même effet, voir : *R. v. Szostak*, préc., note 32, par. 26 ; *R. v. Porsnuk*, [1995] M.J. No. 519, par. 28 (Ct. of J.) (QL/LN).

⁵⁹ *R. v. Wisniewska*, préc., note 47, par. 56.

⁶⁰ James CORNISH, Kelly MURRAY et Peter COLLINS, *The Criminal Lawyers' Guide to the Law of Criminal Harassment and Stalking*, Aurora, Canada Law Book, 1999, p. 139.

⁶¹ À titre d'exemple, l'article 17 C.cr. excuse le geste criminel perpétré sous « l'effet de la contrainte exercée par des menaces de mort immédiate ou de lésions corporelles », alors que le sous-paragraphe 34 (2) (a) C.cr. justifie la commission d'un geste illégal perpétré en légitime défense lorsque l'individu a des « motifs raisonnables [d']appré-

C. Dans sa dimension intentionnelle

L'interprétation de l'intentionnalité du harceleur n'est pas en marge du désordre jurisprudentiel actuel. La dimension intentionnelle du harcèlement criminel est grandement incertaine et suscite des interprétations divergentes selon les décideurs. Certains tribunaux outrepassent la volonté du législateur quant à la *mens rea* requise chez le harceleur (1), allant jusqu'à imposer à l'inculpé une intention malveillante additionnelle (2).

1. L'instabilité de la *mens rea* du harceleur

L'instabilité juridique se constate d'emblée à travers les tribunaux canadiens quant à la *mens rea* de l'inculpé. Certaines instances réclament à tort une intention spécifique, c'est-à-dire la commission de l'acte interdit à l'article 264 (2) C.cr. dans l'intention de harceler⁶². Il s'agit assurément d'une exigence erronée qui complexifie la preuve de cet élément du crime, dans la mesure où le harcèlement criminel est incontestablement une infraction d'intention générale⁶³. D'autres tribunaux canadiens se méprennent lorsqu'ils réclament que l'inculpé sache ou soit insouciant quant au fait que sa conduite a pour conséquence d'apeurer la victime⁶⁴. L'article 264 (1) C.cr. est pourtant formel : les termes « sachant » et « sans se soucier » sont liés à l'impression pour la victime d'être harcelée⁶⁵. Seul suffit que l'inculpé sache ou ne se soucie point que le plaignant soit harcelé.

hender [...] la mort ou quelque lésion corporelle grave ». L'intensité de la peur est certes moins élevée pour le harcèlement criminel qui n'exige nullement un péril pour la vie, mais plutôt une crainte pour la sécurité du plaignant ou pour celle d'autrui.

⁶² *R. v. Vrabie*, préc., note 30, par. 32 ; *R. v. Spencer*, [1994] N.J. No. 451, par. 8 (Prov. Ct.) (QL/LN) ; *R. v. Alverson*, [2008] O.J. No. 788, par. 66 (Ct. of J.) (QL/LN) ; *R. v. Shearer*, [1997] O.J. No. 5613, par. 11 (Ct. of J.) (QL/LN) ; *R. v. Baszczyński*, [1994] O.J. No. 1749, par. 48 (Ct. of J.) (QL/LN) ; *R. v. K.A.M.*, [2002] S.J. No. 632, par. 46 (Prov. Ct.) (QL/LN) ; *R. v. Lincoln*, préc., note 46, par. 23 ; *R. v. Diakow*, [1998] M.J. No. 234, par. 47 (Prov. Ct.) (QL/LN).

⁶³ Le projet de loi C-126 prévoyait originellement une telle intention spécifique, mais le libellé a été modifié afin qu'il s'agisse d'une infraction d'intention générale.

⁶⁴ Voir notamment : *R. v. M.R.W.*, [1999] B.C.J. No. 2149, par. 30 (S.C.) (QL/LN) ; *R. v. Carey*, [1998] O.J. No. 2033, par. 13 (Ct. of J.).

⁶⁵ *R. v. Otavnik*, préc., note 17, par. 16 : « [T]he Crown does not need to establish that the accused knew or was reckless or was wilfully blind to the fact that his conduct caused the complainant to fear for his safety – the Crown must simply prove beyond a reasonable doubt that such fear existed, regardless of whether the accused intended by his actions to cause such fear ». Voir au même effet : *R. v. Davis*, [1999] M.J. No. 477 (Q.B.)

En outre, certaines instances canadiennes requièrent erronément une *mens rea* objective en se questionnant si une personne raisonnable « aurait su » que la victime se sentait harcelée⁶⁶. L'objectivité de la norme n'est nullement conforme à la volonté du législateur, dans la mesure où l'article 264 (1) C.cr. requiert que l'inculpé sache que la victime se sent harcelé (connaissance) ou ne se soucie point qu'elle puisse se sentir harcelée (insouciance)⁶⁷. La connaissance se réfère de façon non équivoque à l'état d'esprit de l'inculpé⁶⁸ au même titre que l'insouciance, alors que celui-ci doit agir sans se soucier de l'état psychologique de la personne harcelée⁶⁹. La Cour suprême du Canada nous enseigne que :

« l'insouciance doit comporter un élément subjectif pour entrer dans la composition de la *mens rea* criminelle. Cet élément se trouve dans l'attitude de celui qui, conscient que sa conduite risque d'engendrer le résultat prohibé par le droit criminel, persiste néanmoins malgré ce risque. »⁷⁰

(QL/LN), conf. par [2000] M.J. No. 292, par. 35 (C.A.) (QL/LN); *R. v. Sillipp*, [1997] A.J. No. 1089 (C.A.) (QL/LN); *R. v. Krushel*, [2000] O.J. No. 302 (C.A.) (QL/LN) .

⁶⁶ *R. v. Dupuis*, préc., note 17, par. 28; *R. v. Lauzon*, [2010] O.J. No. 2765, par. 16 (S.C.J.) (QL/LN); *R. c. J.C.*, préc., note 9, par. 52; *R. v. Carey*, préc., note 64, par. 12; *R. v. Hau*, préc., note 52; *R. v. Yonik*, [1996] O.J. No. 3765, par. 28 et 29 (Ct. of J.) (QL/LN); *R. v. Mandell*, [2008] O.J. No. 2190, par. 18 (S.C.J.) (QL/LN).

⁶⁷ À cet effet, voir les propos d'Isabel Grant, Natasha Bone et Kathy Grant : « Usually in criminal offences, where fault is required and the offence is not a special stigma offence, *mens rea* may be assessed on an objective standard. In this case, the legislature explicitly chose to assess knowledge on a subjective standard, despite arguments to the contrary. » [Isabel GRANT, Natasha BONE et Kathy GRANT, « Canada's Criminal Harassment Provisions: A Review of the First Ten Years », (2003) 29 *Queens's L.J.* 175, n° 80]. Voir également : Sanjeev ANAND, « Stopping Stalking: a Search for Solutions, a Blueprint for Effective Change », (2001) 64 *Sask. L. Rev.* 397, n° 45.

⁶⁸ D'ailleurs, cette connaissance réelle peut être remplacée en démontrant l'ignorance volontaire qui « impute une connaissance à l'accusé qui a des doutes au point de vouloir se renseigner davantage, mais qui choisit délibérément de ne pas le faire » : *R. c. Briscoe*, [2010] 1 R.C.S. 411, par. 21 (nos italiques). À titre d'exemples, les décisions *R. c. Bertrand*, [2007] J.Q. No. 6497, par. 41 (C.Q.) (QL/LN); *R. v. Vandoedewaard*, préc., note 9, par. 70 et 71 et *R. v. Rosato*, [2007] O.J. No. 5481, par. 84 (S.C.J.) (QL/LN), concluent à la preuve de la *mens rea* en raison de l'aveuglement volontaire de l'inculpé.

⁶⁹ *R. v. Yonik*, préc., note 66, par. 14 : « Parliament has established a subjective test in respect to the mental element in section 264 (knowledge or recklessness) in reference to whether another person is harassed. »

⁷⁰ *R. c. Sansregret*, [1985] 1 R.C.S. 570, par. 16.

C'est donc à tort que certaines instances ont fondé leur interprétation de la *mens rea* au regard d'une norme objective, c'est-à-dire sur ce que l'inculpé « aurait dû savoir ».

2. L'exigence implicite d'une volonté harcelante

D'autres instances requièrent que l'inculpé sache ou soit insouciant que sa conduite a pour effet de harceler la victime. La *mens rea* est décrite comme étant « the intention to engage in the prohibited conduct with knowledge, or with recklessness, or with willful blindness *that such conduct causes the victim to be harassed* »⁷¹. Au même effet, la Cour provinciale de l'Alberta explique que « the Crown must prove that an accused who engages in the prohibited conduct did so knowing that the complainant was harassed *by the actions in question* »⁷². Ce faisant, la jurisprudence requiert que la perpétration de l'acte interdit à l'article 264 (2) C.cr. ait pour effet de harceler la victime⁷³. Pour la Cour d'appel de l'Ontario, le ministère public doit établir « that *as a consequence of the prohibited act* the complainant was in a state of being harassed »⁷⁴. Il s'agit, à notre avis, d'une lecture erronée du libellé de cette infraction. Il n'est nulle part requis que la conduite réprouvée ait eu pour effet de harceler la victime. Il suffit de lire à nouveau le libellé de l'article 264 (1) C.cr. pour s'en convaincre :

« Il est interdit, sauf autorisation légitime, d'agir à l'égard d'une personne sachant qu'elle se sent harcelée ou sans se soucier de ce qu'elle se sente harcelée si

⁷¹ *R. v. Cromwell*, [2008] N.S.J. No. 283, par. 39 (C.A.) (QL/LN) (nos italiques).

⁷² *R. v. Pasieka*, [2010] A.J. No. 1316, par. 60 (Prov. Ct.) (QL/LN) (nos italiques). Voir également : *R. v. Benjamin*, [2010] O.J. No. 4516, par. 13-14 (S.C.J.) (QL/LN); *R. v. Wisniewska*, préc., note 47, par. 31.

⁷³ Voir notamment : *R. c. Thélémaque*, préc., note 31, par. 18; *R. v. Pennell*, préc., note 42, par. 48; *R. v. Szostak*, [2007] O.J. No. 3353, par. 11 (Ct. of J.) (QL/LN); *R. c. Bertrand*, préc., note 68, par. 38; *R. v. Benedict*, préc., note 11, par. 22; *R. v. Saloio*, préc., note 17, par. 55; *R. v. Vandoodewaard*, préc., note 9, par. 9; *R. v. Katzenback*, [2011] A.J. No. 1224, par. 16 (C.A.) (QL/LN); *R. v. Beals*, [2012] N.S.J. No. 182, par. 12 (Prov. Ct.) (QL/LN); *R. v. Davis*, préc., note 65, par. 34-35.

⁷⁴ *R. v. Kosikar*, préc., note 13, par. 25 (nos italiques). Ce passage est repris dans plusieurs décisions, notamment : *R. v. Moss*, [2011] O.J. No. 4470, par. 100 (S.C.J.) (QL/LN); *R. v. Iannantuono*, [2010] O.J. No. 4486, par. 39 (Ct. of J.) (QL/LN); *R. v. Monahan*, [2010] S.J. No. 243, par. 56 (Prov. Ct.) (QL/LN); *R. v. MacLean*, [2008] O.J. No. 367, par. 7 (Ct. of J.) (QL/LN); *R. v. Di Puccio*, [2007] O.J. No. 5239, par. 13 (Ct. of J.) (QL/LN); *R. v. Chugh*, [2004] O.J. No. 1650, par. 54 (Ct. of J.) (QL/LN); *R. v. Lenser*, [2003] O.J. No. 3617, par. 25 (S.C.J.) (QL/LN).

l'acte en question a pour effet de lui faire raisonnablement craindre – compte tenu du contexte – pour sa sécurité ou celle d'une de ses connaissances.»⁷⁵

Est prohibé le fait « d'agir à l'égard d'une personne », c'est-à-dire d'adopter une conduite visée par le paragraphe 264 (2) C.cr., « en sachant qu'elle se sent harcelée ou sans se soucier de ce qu'elle se sente harcelée ». Certes, le plaignant doit se sentir harcelé. Toutefois, nul besoin que cet état résulte de la conduite réprouvée. À notre avis, le plaignant doit se sentir harcelé *avant* que survienne l'acte interdit afin que l'intervention du droit pénal soit conforme avec le libellé de cette infraction⁷⁶. Notre prétention se conçoit d'autant plus, dans la mesure où le ministère public peut difficilement prétendre que l'inculpé a agi – c'est-à-dire adopter une conduite visée au paragraphe 264 (2) C.cr. – en sachant que la victime se sentait harcelée, sans que cette dernière ait effectivement été préalablement en proie à une situation harcelante. Nous estimons qu'est incorrecte l'exigence additionnelle imposée par les tribunaux canadiens à l'effet que l'acte interdit ait eu pour conséquence de harceler la victime⁷⁷. La conduite réprouvée doit plutôt avoir suscité la crainte, exigence dont nous traiterons plus en détail au début de la seconde partie.

⁷⁵ C.cr., art. 264 (1) (nos italiques). Le texte de loi anglais est d'autant plus éloquent : « 264 (1). No person shall, without lawful authority and knowing that another person *is harassed or recklessly as to whether the other person is harassed*, engage in conduct referred to in subsection (2) that causes that other person reasonably, in all the circumstances, to fear for their safety or the safety of anyone known to them » (nos italiques).

⁷⁶ Bien que l'antériorité du sentiment de harcèlement ne soit expressément invoquée, les propos de la Cour d'appel du Québec dans *R. c. Lamontagne*, [1998] J.Q. No. 2545, par. 14-15 (C.A.) (QL/LN), vont en ce sens : « L'actus reus de cette infraction se compose de trois éléments, soit 1) l'acte interdit au par. 264 (2) C.cr., 2) que de fait la victime soit harcelée et (3) l'effet que cet acte provoque chez la victime. Ce deuxième élément de l'actus reus, à savoir que la plaignante soit harcelée, ressort plus clairement de la version anglaise du texte qui exige la connaissance que la plaignante "is harassed", alors que la version française réfère à la connaissance que la plaignante "se sente harcelée" ».

⁷⁷ Bien que nous soyons d'avis que le législateur ne requiert point que ce soit l'acte interdit qui ait pour effet de harceler le plaignant, cet état risque fort probablement de résulter d'une conduite antérieure de l'inculpé, tel qu'en témoignent les propos de la Cour d'appel du Québec au regard de la connaissance ou l'insouciance que la plaignante se sente harcelée : « [C]ela implique que l'auteur, par son fait, a contribué au harcèlement de la plaignante puisqu'on pourrait difficilement lui imputer une connaissance d'un état dont il n'est pas responsable » (*id.*, par. 16).

II. L'ordre juridique

De la précédente partie, une certitude se constate d'emblée : le harcèlement criminel est traversé par maintes contradictions, incertitudes et questionnements. Cette infraction implique une vaste gamme de comportements oscillant entre la conduite déplaisante et la conduite criminelle. Une certaine cohérence juridique s'avère donc essentielle afin de pallier l'indéniable mouvance dont témoigne l'interprétation judiciaire de cette infraction. À notre sens, ce désordre juridique repose sur une application erronée des composantes du harcèlement criminel. Une réorganisation des éléments constitutifs de l'article 264 C.cr. nous apparaît être la clé afin de tendre vers une cohésion entre les instances judiciaires (A). En outre, il importe de mettre en lumière certains repères interprétatifs afin de guider le magistrat et ainsi tendre vers une stabilité juridique en matière de harcèlement criminel (B).

A. Dans l'agencement des éléments constitutifs de l'article 264 C.cr.

Contrairement à l'état actuel du droit, nous estimons qu'une juste application de l'article 264 C.cr. requiert qu'antérieurement à la perpétration de l'acte interdit, le plaignant se sente harcelé (1). Grâce à un tel remaniement dans l'analyse des éléments constitutifs de cette infraction, il devient possible de remédier aux incertitudes temporelles soulevées en première partie en simplifiant l'exigence de la répétitivité de l'acte interdit (2). De surcroît, il importe de faire de la crainte ressentie par le plaignant, le point de bascule entre la conduite malveillante et celle véritablement criminelle (3).

1. L'état de harcèlement antérieur à l'acte interdit

Tel que démontré à la fin de la première partie de la présente étude, la jurisprudence canadienne requiert que ce soit la perpétration de l'acte interdit à l'article 264 (2) C.cr. qui crée l'impression chez le plaignant d'être harcelé. À notre avis, le comportement réprouvé devrait plutôt succéder à un tel état de harcèlement. C'est la persistance de la conduite, malgré la connaissance d'un tel état préexistant, qui s'avère répréhensible et mérite l'intervention du droit pénal. Suivant cette proposition, il doit être établi que le plaignant se sentait harcelé et qu'en dépit de la connaissance

ou l'insouciance de cet état, l'accusé a persisté en accomplissant un acte interdit à l'article 264 (2) C.cr.

L'affaire *McDougall* illustre notre vision de l'analyse de cette infraction. L'inculpé croit à tort que la plaignante – qui est son médecin – a un intérêt envers lui et lui rédige plusieurs lettres. La plaignante lui adresse à son tour une lettre afin de mettre un terme aux consultations médicales. L'inculpé persiste et lui écrit une lettre d'une quinzaine de pages, prétendant notamment qu'ils ont été mis en contact par l'entremise de Dieu. Ce dernier est alors avisé par les autorités policières de cesser l'envoi de tels messages. Il fait fi de l'avertissement formel et lui réécrit une lettre, alors qu'il est détenu en prison. Le juge Doherty indique que :

« [I]t must be established that the accused who engaged in such contact knew the complainant was harassed. Clearly he did. He was told by letter that she did not want his unsolicited contact, and the police officer told him, and if he did not understand that, he was certainly reckless or wilfully blind as to whether the complainant was harassed. »⁷⁸

Malgré qu'il puisse avoir cru à tort que la plaignante ressentait des sentiments pour lui, les nombreuses demandes de cette dernière afin que cesse l'envoi des lettres ainsi que la mise en garde formulée par les autorités policières démontrent que l'inculpé savait que la plaignante se sentait harcelée ou à tout le moins qu'il ne s'en est pas soucié. C'est la persistance de la conduite du harceleur en sachant que la plaignante est harcelée – particulièrement lorsqu'il est détenu – qui mérite la réprobation du droit pénal.

À la lumière de notre proposition, la *mens rea* de l'inculpé se veut donc intimement liée à l'état psychologique du plaignant voulant qu'il se sente harcelé. Il importe d'en approfondir la portée. Puisque le législateur s'abstient de définir le harcèlement, il convient de se tourner à titre préliminaire vers les définitions du dictionnaire. Le terme « harcèlement » y est défini comme étant une « [c]onduite vexatoire caractérisée par la répétition d'actes ou de paroles »⁷⁹. Il s'agit de « [w]ords, conduct, or action (repeated or persistent) that, being directed at a specific person, annoys, alarms, or causes substantial emotional distress in that person and serves no legitimate

⁷⁸ *R. v. McDougall*, [2010] B.C.J. No. 1861, par. 26 (Prov. Ct.) (QL/LN).

⁷⁹ Hubert REID, *Dictionnaire de droit québécois et canadien*, 4^e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2010, p. 296.

purpose»⁸⁰. Quant au verbe « harceler », il s'agit de « [s]oumettre sans répit à de petites attaques réitérées, à de rapides assauts incessants »⁸¹, de « [t]ourmenter, inquiéter par de petites mais fréquentes attaques »⁸². Certaines de ces définitions ont été reprises par la jurisprudence⁸³, bien que les tribunaux ne se retiennent point au sens classique de ce terme. Dans l'affaire *Geller*, la Cour de l'Ontario indique que le harcèlement « includes, in and of itself, a requirement that there be a "course of conduct" which certainly includes more than one occasion. The Crown must establish a pattern of vexatious behaviour which is unwelcome to the complainant »⁸⁴. Dans l'arrêt *Kosikar*, la Cour d'appel albertaine réitère l'aspect temporel inhérent à la conduite harcelante, alors qu'elle énonce que la victime doit être « tormented, troubled, worried *continually* and *chronically*, being plagued, bedeviled and badgered »⁸⁵. Une telle acceptation semble faire consensus auprès des tribunaux, puisque ce passage est abondamment repris afin de décrire l'état de harcèlement de la victime⁸⁶. Elle ne saurait être « harcelée » au sens de l'article 264 C.cr. lorsqu'elle est simplement contrariée par la conduite de l'inculpé⁸⁷.

Une évidence émerge de l'ensemble de ces définitions. Elles traduisent éloquentement une exigence de répétition, alors que l'acte dérangeant doit forcément s'échelonner sur une certaine période de temps. Il doit inévita-

⁸⁰ Bryan A. GARNER, *Black's Law Dictionary*, St. Paul, Thomson/West, 2006, v° « Harassment ».

⁸¹ Paul ROBERT, Josette REY-DEBOVE et Alain REY, *Le nouveau petit Robert. Dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française*, Paris, Robert, 2009, p. 1214.

⁸² Jean PRUVOST, *Le nouveau Littré*, Paris, Garnier, 2004, p. 658.

⁸³ Voir notamment : *R. c. Lamontagne*, préc., note 76, par. 28 ; *R. v. Ryback*, préc., note 19, par. 36 ; *R. v. Shadwell*, [1997] O.J. No. 3340, par. 30 (Ct. of J.) (QL/LN) ; *R. c. Boucher*, [2001] J.Q. No. 5632, par. 34 (C.S.) (QL/LN).

⁸⁴ *R. v. Geller*, préc., note 7, par. 12.

⁸⁵ *R. v. Kosikar*, préc., note 13, par. 24 (nos italiques). Les mots employés dans cette définition doivent être considérés individuellement, et non de façon cumulative : *R. v. Kordrostami*, [2000] O.J. No. 613, par. 11 (C.A.) (QL/LN).

⁸⁶ Voir notamment : *R. c. Tremblay*, [2009] J.Q. No. 5741, par. 35 (C.Q.) (QL/LN) ; *R. v. Gilmar*, préc., note 13, par. 6 ; *R. v. Moss*, préc., note 74, par. 100 ; *R. v. Iannantuono*, préc., note 74, par. 39 ; *R. v. Pasioka*, préc., note 72, par. 59 ; *R. v. Wisniewska*, préc., note 47, par. 31 ; *R. v. Labrentz*, préc., note 17, par. 103 et 104 ; *R. v. Monahan*, préc., note 74, par. 56 ; *R. v. Saloio*, préc., note 17, par. 55 ; *R. c. Vandoodewaard*, préc., note 9, par. 9 et 10 ; *R. v. Lincoln*, préc., note 46, par. 17.

⁸⁷ *R. c. Guillemette*, [2003] J.Q. No. 283, par. 19 (C.Q.) (QL/LN) ; *R. v. Frohlich*, préc., note 23, par. 50.

blement exister une conduite qui perdure dans le temps afin que les gestes reprochés prennent une coloration harcelante. Ceci étant, nous estimons que ce n'est qu'une fois cet état psychologique établi qu'il convient de s'attarder à l'acte interdit à l'article 264 (2) C.cr. ainsi qu'à l'intentionnalité du harceleur. Une telle analyse de la *mens rea*, nous le croyons, est en adéquation avec la véritable intention du législateur et cette nouvelle tendance jurisprudentielle exposée en première partie voulant que soit condamnable la conduite unique de cerner ou de surveiller la maison ou le lieu de travail du plaignant ou de se comporter de façon menaçante, *dans la mesure où il existe un contexte harcelant précédant une telle conduite*⁸⁸. L'élément de répétitivité de l'acte illégal en sera tout autant simplifié.

2. La simplification de la répétitivité de l'acte interdit

La tâche consistant à définir le caractère « répétitif » de l'acte interdit s'avère ardue en raison de la diversité des situations visées par l'article 264 C.cr. Au caractère déjà extensif de cette disposition, s'ajoute une jurisprudence parfois peu consciente des quelques bornes posées par le texte de loi. En effet, afin de pallier les ambiguïtés liées à l'aspect temporel de la conduite réprouvée, certains tribunaux ont substitué l'exigence de la répétitivité par celle de la persistance⁸⁹. Dans l'affaire *Belcher*⁹⁰, l'inculpé rencontre par hasard la plaignante dans un lieu public. Malgré une ordonnance de la Cour lui interdisant de communiquer avec cette dernière, il stationne son véhicule afin de surveiller ses déplacements, alors qu'elle se rend dans divers magasins. Le juge Eberhard conclut qu'il n'est pas nécessaire que la plaignante soit suivie lors d'occasions distinctes afin de répondre à l'exigence de répétitivité : six poursuites différentes pendant une période d'une heure sur une distance d'environ vingt kilomètres sont suffisantes.

À notre avis, faire de la « persistance » un synonyme de « répétition » nous apparaît erroné. Le terme « répéter » en tant que verbe pronominal est défini comme étant le fait d'« [a]voir lieu à nouveau »⁹¹, de « [r]efaire ce

⁸⁸ *Supra*, section I.A.1.

⁸⁹ *R. v. Lafreniere*, préc., note 50, par. 9; *R. v. Labrentz*, préc., note 17, par. 130; *R. c. Thélémaque*, préc., note 31, par. 21; *R. v. Browning*, préc., note 23, par. 25.

⁹⁰ *R. v. Belcher*, préc., note 8.

⁹¹ Marie-Éva DE VILLERS, *Multidictionnaire de la langue française*, 5^e éd., Montréal, Québec Amérique, 2009, p. 1411.

qu'on a déjà fait; recommencer»⁹², «say or do the same thing again»⁹³, «do (something) again, either once or a number of times»⁹⁴. En tant que nom, le terme «repeat» représente «an action, event, or other thing that occurs or is done again»⁹⁵, alors qu'en tant qu'adjectif, il signifie «occurring, done, or used more than once»⁹⁶. Quant à la «répétition», elle est décrite comme étant la «[r]épétition d'une même action»⁹⁷, le «[f]ait d'être dit, exprimé plusieurs fois»⁹⁸, le «[f]ait de recommencer (une action, un processus)»⁹⁹. La persistance emprunte un sens différent. Ce terme renvoie à la «[c]onsistance, [la] continuité, [la] durée»¹⁰⁰, au «[c]aractère de ce qui est durable, de ce qui persiste»¹⁰¹. Le qualificatif «persistant» se réfère à ce «[q]ui persiste, qui se maintient sans faiblir ou qui dure malgré les obstacles»¹⁰². Le terme anglais «persistent», est défini comme étant le fait de «continuing firmly or obstinately in a course of action in spite of difficulty or opposition»¹⁰³, «continuing to exist or endure over a prolonged period»¹⁰⁴, «occurring repeatedly over a prolonged period»¹⁰⁵.

À la lumière de ces définitions, une distinction s'impose entre la notion de «persistance» et celle de «répétition»¹⁰⁶. La persistance renvoie à la conduite qui se prolonge dans le temps, alors qu'il n'existe aucune interruption. À titre d'exemple, une poursuite en automobile est persistante lorsque l'inculpé s'engage qu'une seule fois dans une telle conduite, mais perd de

⁹² Isabelle JEUGE-MAYNART, *Le Petit Larousse Illustré en couleur*, Paris, Larousse, 2010, v° «Répéter».

⁹³ Erin McKEAN, *The New Oxford American Dictionary*, 2^e éd., Oxford, Oxford University Press, 2005, p. 1435, v° «Repeat».

⁹⁴ *Id.*

⁹⁵ *Id.*

⁹⁶ *Id.*

⁹⁷ I. JEUGE-MAYNART, préc., note 92.

⁹⁸ P. ROBERT, J. REY-DEBOVE et A. REY, préc., note 81, p. 2199.

⁹⁹ *Id.*

¹⁰⁰ M.-É. DE VILLERS, préc., note 91, p. 1212.

¹⁰¹ P. ROBERT, J. REY-DEBOVE et A. REY, préc., note 81, p. 1868.

¹⁰² *Id.*, p. 1869.

¹⁰³ E. McKEAN, préc., note 93, p. 1268.

¹⁰⁴ *Id.*

¹⁰⁵ *Id.*

¹⁰⁶ D'ailleurs, le législateur emploie ces termes de façon distincte pour l'infraction réprimant l'intimidation d'une personne associée au système de justice. L'article 423.1 (2) (c) C.cr. énumère en tant qu'acte interdit le fait de «suivre une [...] personne ou une de ses connaissances avec *persistance* ou *de façon répétée*» (nos italiques).

vue sa cible à quelques reprises. Quant à la conduite répétée, il s'agit plutôt d'événements distincts dans le temps, telles que des filatures qui surviennent à des moments différents au cours de la journée, de la semaine, du mois. La répétition implique le recommencement, et donc l'aboutissement de la conduite afin qu'elle puisse être exécutée de nouveau. La persistance se caractérise plutôt par une certaine continuité dans le temps par le maintien de la conduite entamée, et non son recommencement au point initial. Ce faisant, nous estimons qu'il est erroné de s'appuyer sur la persistance plutôt que sur la répétitivité puisqu'une telle interprétation a pour effet d'abaisser le critère de gravité de la conduite reprochée et conséquemment, d'élargir le filet de la répression pénale.

Par voie de conséquence, il importe de recentrer le débat sur le véritable enjeu de cette infraction, soit son caractère harcelant. Trop souvent il semble que cette exigence ait été délaissée au profit de la répétitivité de l'acte interdit. Une simplification de cet aspect temporel doit être privilégiée: les poursuites et communications sont «répétées» dès lors qu'il existe une seconde conduite, alors qu'un seul épisode est suffisant lorsqu'il s'agit de cerner et de surveiller ou de se comporter de façon menaçante, dans la mesure où le texte de loi n'exige nullement que ces dernières conduites soient perpétrées «de façon répétée». Une telle simplification nous apparaît opportune, dans la mesure où l'aspect temporel inhérent au harcèlement est garanti par l'état psychologique de la victime qui doit se sentir harcelée préalablement à la perpétration de l'acte interdit et doit craindre pour sa sécurité ou pour celle d'autrui¹⁰⁷. De telles exigences représentent les critères en vertu desquels l'acte interdit franchit le seuil de gravité voulu afin qu'intervienne opportunément le droit pénal¹⁰⁸.

¹⁰⁷ Les propos tenus du juge Caputo dans l'affaire *R. v. Dupuis*, préc., note 17, par. 20, reflètent notre pensée: «[N]othing more need be proven than the following be repeated more than once provided the other essential ingredients of s.s. (1) are proven beyond a reasonable doubt. The other ingredients which must be proven provide the safeguard against an innocent following. The number of occasions may bear on the Court's finding on the other ingredients. For example, it may be unreasonable in some cases to find that two acts of following would reasonably cause harassment or fear. Having said that, it is not for the Court to read something into the wording of S. 264 (2) (a) that is not there and is not apparently intended by the legislature. Each case will depend on its own facts».

¹⁰⁸ *R. v. Moyse*, [2010] M.J. No. 92, par. 34 (Prov. Ct.) (QL/LN): «Criminal harassment consists of a series of behaviours, which, taken on their own, are legal. It is the knowledge of the harassment, and the causation of fear, that lifts these behaviours out of the

Deux décisions illustrent le sens que nous désirons donner à cette infraction. Dans l'arrêt *Ryback*¹⁰⁹, les conduites reprochées sont au nombre de trois : l'envoi d'un cadeau et d'un message écrit à l'occasion de Noël, une invitation à souper et une visite à la résidence de la plaignante la journée de la St-Valentin. En apparence anodines, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique rappelle que de telles attentions doivent être situées dans leur contexte afin d'en cerner leur véritable portée. En l'espèce, l'historique relationnel offre une vision différente des contacts initiés par l'inculpé, alors qu'antérieurement aux communications reprochées, celui-ci s'est rendu à de nombreuses reprises sur le lieu de travail de la plaignante, lui a envoyé des cadeaux, a communiqué avec sa famille, et ce, pendant une période de deux années, sans consentement ni encouragements. Les gestes réprouvés prennent ainsi tous leur sens, étant perpétrés alors que la plaignante se sentait harcelée et qu'elle a, de ce fait, craint pour sa sécurité.

Dans l'arrêt *Kosikar*¹¹⁰, la Cour d'appel de l'Ontario condamne l'accusé en vertu de l'article 264 (2) (d) C.cr. sur la foi d'une seule lettre. Le contexte harcelant précédant l'envoi s'avère déterminant. L'accusé rencontre la plaignante en 1983 alors qu'elle est serveuse dans un restaurant. Bien qu'elle lui indique clairement ne pas être intéressée à entamer une relation intime, l'homme persiste et lui envoie des lettres et des cadeaux. Elle change d'emploi et déménage ; il la retrouve et persiste à lui offrir des présents. En octobre 1994, un ordre de la Cour intime l'accusé de cesser toute communication avec la plaignante. Aussitôt que l'ordonnance prend fin, l'envoi des lettres reprend. En septembre 1994, l'inculpé est reconnu coupable de harcèlement criminel et condamné à une peine de probation de trois ans. En janvier 1998, la plaignante reçoit une lettre au contenu troublant faisant l'objet de la présente accusation. En raison du contexte harcelant s'échelonnant sur de nombreuses années, la Cour d'appel de l'Ontario en vient à la conclusion que l'envoi d'une seule lettre suffit à faire raisonnablement craindre la plaignante pour sa sécurité ou pour celle d'autrui. Le harceleur est reconnu coupable.

ordinary and into the criminal realm. It is important, in these cases, to take a hard look at the facts and be certain not to criminalize inappropriate and insensitive behaviour. »

¹⁰⁹ *R. v. Ryback*, préc., note 19.

¹¹⁰ *R. v. Kosikar*, préc., note 13.

3. La crainte résultant du harcèlement jumelé à l'acte interdit

Au terme de l'article 264 (1) C.cr., de l'acte interdit doit résulter une crainte chez le plaignant pour sa sécurité ou celle d'autrui. Le libellé est sans équivoque : « l'acte en question [doit avoir] pour effet de lui faire raisonnablement craindre – compte tenu du contexte – pour sa sécurité ou celle d'une de ses connaissances lui ». Un lien de causalité doit donc exister entre l'acte interdit et la crainte ressentie par le plaignant¹¹¹. Une lecture attentive de l'article 264 C.cr. nous amène toutefois à préciser cette exigence. Ce n'est pas strictement l'acte interdit qui apeure la victime, mais plutôt l'effet combiné d'une telle conduite avec l'impression d'être harcelée. C'est la perpétration d'une conduite réprouvée, alors que la victime se sent harcelée, qui permet de culminer vers un état de peur. Les propos du juge Fairgrieve appuient notre prétention :

« [W]hile the necessary fear *must be distinct from, and additional to*, the consequent feeling on the part of the victim that she or he is "harassed", it encompasses a state of anxiety concerning "psychological violence" to the victim produced by the accused's conduct. »¹¹²

Le harcèlement « *is only a criminal offence when the harassment gives rise to a fear for one's safety* »¹¹³. La crainte constitue donc la ligne de partage entre la conduite désagréable et celle véritablement répréhensible. Elle est une frontière ; d'un côté le crime et de l'autre, la conduite dérangeante. La légalité de la conduite reprochée oscille donc au gré de l'intensité de l'émotion ressentie. Les propos du juge Bruser en témoignent :

« Behaviour that is merely harassing will not always amount to criminal harassment within the meaning of section 264. Mere harassment is a course of vexatious conduct that is known or ought to have reasonably been known to be unwelcome. Criminal harassment, on the other hand, has to go beyond this – to cause the other person reasonably to fear for her safety »¹¹⁴.

¹¹¹ Puisque l'acte interdit à l'article 264 (2) C.cr. doit avoir pour effet d'apeurer la victime, une telle conduite doit nécessairement être portée à la connaissance de cette dernière, sous peine qu'un acquittement soit prononcé. Voir à cet effet : *R. c. Weinstein*, [2007] O.J. No. 3012, par. 11 (S.C.J.) (QL/LN).

¹¹² *R. v. Szostak*, préc., note 32, par. 27 (nos italiques).

¹¹³ *R. v. Malkoske*, [2010] B.C.J. No. 2139, par. 37 (S.C.) (QL/LN).

¹¹⁴ *R. v. Shortt*, préc., note 30, par. 85.

Au même effet, la Cour de justice de l'Ontario mentionne que :

« If one analyzes the section closely it becomes apparent that conduct or behaviour by an accused which had previously been viewed as innocent, in the sense that it was not criminal conduct, in certain circumstances and under certain conditions may now become criminal conduct. If the conduct complained of, which conduct was not previously considered as being criminal, reasonably causes the victim to fear for his or her safety, the conduct may become criminal as being proscribed by the section of concern. »¹¹⁵

Puisque la crainte constitue la pierre angulaire du harcèlement criminel, il s'avère essentiel que son interprétation soit la plus conforme à l'intensité émotionnelle réellement ressentie. Pour ce faire, la prise en considération du contexte dans lequel s'actualise la conduite harcelante est primordiale. L'article 264 (1) C.cr. prescrit une telle exigence : le plaignant doit craindre « compte tenu du contexte » pour sa sécurité ou celle d'autrui. L'intérêt d'une telle analyse contextuelle se comprend aisément : divers incidents mineurs mis en contexte entre eux peuvent instaurer un climat harcelant¹¹⁶, alors qu'à l'inverse, une situation en apparence harcelante sera amoindrie lorsque sont considérés, le contexte, les intérêts et les acteurs impliqués. Une seule analyse ponctuelle du comportement répréhensible, en excluant une foule de facteurs pouvant atténuer ou aggraver la gravité du comportement, ne permet pas de prétendre à une juste évaluation de la situation harcelante¹¹⁷. Tel que l'énonce le juge Bagnall, « one single event, given a particular context, can create as much of a danger of violence and a realistic fear of that as repeated conduct »¹¹⁸.

Le harcèlement criminel ne saurait donc se définir en faisant abstraction de la contextualité dans laquelle s'actualise la conduite harcelante. Il

¹¹⁵ *R. v. Lafreniere*, préc., note 50, par. 7 et 8.

¹¹⁶ À ce sujet, le juge Monnin explique que « [w]hile each incident, if taken in isolation, may have a perfectly innocent explanation, one must consider the cumulative effect of these incidents ». *R. v. Rehak*, préc., note 12, par. 11. Dans l'affaire *R. v. Hau*, préc., note 52, par. 41, la Cour suprême de la Colombie-Britannique indique ce qui suit : « [I]t is the totality of the circumstances which is crucial to measuring whether the complainant reasonably feared for her safety during the charge period. In fact, knowledge of pre-charge conduct may turn what might seem to be an unreasonable fear, if viewed in a vacuum, into a reasonable fear ».

¹¹⁷ Jacques LAPLANTE, *La violence, la peur et le crime*, Ottawa, Presses de l'Université d'Ottawa, 2001, p. 56.

¹¹⁸ *R. v. Zienkiewicz*, préc., note 15, par. 41.

ne s'agit pas tant d'accumuler un nombre précis d'événements pour conclure que la personne harcelée a raisonnablement craint pour sa sécurité ou celle d'autrui, mais plutôt d'évaluer l'impact émotionnel de la conduite du harceleur au regard de l'ensemble des circonstances entourant les événements reprochés. Les principaux éléments à considérer seront relatés dans la prochaine section de cette étude.

B. Dans les repères interprétatifs

Le magistrat doit juger d'états interiorisés : la connaissance ou l'insouciance du harceleur quant à l'état de la victime, l'impression pour cette dernière d'être harcelée et apeurée, en plus de s'assurer de la raisonnablement de la crainte ressentie. Les éléments constitutifs du harcèlement criminel étant majoritairement fondés sur les perceptions des parties, certaines balises interprétatives s'avèrent essentielles afin de poser un regard avisé sur la conduite réprouvée et condamner à bon escient. Puisque le juge ne peut s'en tenir uniquement aux prétentions des parties, certains repères facilitent la compréhension de leur état d'esprit respectif : les particularités individuelles des parties (1), leur historique relationnel (2) les réactions de la victime face à la conduite harcelante (3) ainsi que les mises en garde adressées au harceleur (4). La prise en compte de tels indices permet de tracer plus aisément les frontières de l'intervention du droit pénal en matière de harcèlement criminel.

1. L'influence des particularités individuelles et circonstancielles

Certains facteurs biologiques influencent indéniablement la façon dont est perçue la peur. L'âge représente un élément déterminant, alors qu'il façonne l'individu quant à deux aspects fondamentaux, soit la maturité intellectuelle et la maturité physique¹¹⁹. Entre autres, la taille, le poids et la force physique risquent de rendre plus vulnérable la personne harcelée en cas de disproportion évidente face au harceleur. Les tribunaux en sont conscients et considèrent le jeune âge de la victime afin de conclure qu'elle s'est sentie harcelée et qu'elle a craint pour sa sécurité¹²⁰. Par ail-

¹¹⁹ Gary R. LEE, « Sex Differences in Fear of Crime Among Older People », (1982) 4 *Research on Aging* 284.

¹²⁰ *R. v. Doyle*, [2009] N.S.J. No. 609, par. 25 (Prov. Ct.) (QL/LN); *R. v. Kordrostami*, préc., note 85, par. 14; *R. c. J.P.*, [2005] J.Q. No. 15178, par. 52 (C.Q.) (QL/LN); *R. v. Wisniewska*, préc., note 47, par. 37; *R. v. Sousa*, [1995] O.J. No. 1435, par. 6 (Ct. of J.) (QL/LN).

leurs, le harcèlement criminel représente un crime largement perpétré à l'égard des femmes, alors que ces dernières représentent les trois-quarts des victimes¹²¹. Cette particularité n'a fort heureusement point échappé à la jurisprudence pénale qui considère le genre masculin ou féminin des parties¹²². Il s'agit d'un élément crucial dans l'analyse de la peur puisque le genre représente une variable de personnalité, une distinction basée sur l'anatomie, la socialisation et le rôle joué au sein de la société¹²³. Il appert que les hommes ne perçoivent et n'apprécient pas une situation de la même manière que les sujets féminins, ce qui peut les inciter à réagir différemment¹²⁴. Quant aux femmes qui sont généralement moins fortes physiquement et moins bien entraînées que les sujets masculins, elles perçoivent différemment, mais tout aussi légitimement, le danger. La prise en considération du genre s'avère donc éminemment pertinente, dans la mesure où il peut exister un déséquilibre de pouvoir entre les sexes¹²⁵.

¹²¹ Shelly MILLIGAN, « Le harcèlement criminel au Canada, 2009 », Bulletin Juristat, n° 85-005-X, Ottawa, Centre canadien de la statistique juridique, 2011, p. 3, en ligne : <www.statcan.gc.ca/pub/85-005-x/2011001/article/11407-fra.pdf> (consulté le 5 mai 2013).

¹²² *R. v. Lafreniere*, préc., note 50, par. 23 ; *R. v. Stagnitta*, préc., note 34, par. 32 ; *R. v. Hertz*, préc., note 18, par. 36 ; *R. v. Doyle*, préc., note 120, par. 27 ; *R. v. Rehak*, préc., note 12, par. 23 ; *R. v. Labrentz*, préc., note 17, par. 147 ; *R. v. Sousa*, préc., note 120, par. 6 ; *R. v. Wisniewska*, préc., note 47, par. 37 ; *R. v. Theysen*, préc., note 18, par. 37 ; *R. c. Pelletier*, préc., note 9, par. 25.

¹²³ À ce sujet, le juge Greco explique qu'il est « legitimate to take gender into account due to the differences which recognizably exist between the size, the strength, and the socialization of women when compared to their male counterparts » : *R. v. Lafreniere*, préc., note 50, par. 23.

¹²⁴ J. LINDSAY et M. CLÉMENT, préc., note 29, 148 et 149 ; Lesley Williams REID et Miriam KONRAD, « The Gender Gap in Fear: Assessing the Interactive Effects of Gender and Perceived Risk on Fear of Crime », (2004) 24 *Sociological Spectrum* 399 ; Valérie J. CALLANAN et Brent TEASDALE, « An Exploration of Gender Differences in Measurement of Fear of Crime », (2009) 4 *Feminist Criminology* 359, 359-362 ; Margaret M. BRADLEY, « Emotion and Motivation II: Sex Differences in Picture Processing », (2001) 1 *Emotion* 300.

¹²⁵ Le professeur Bala opine en ce sens : « [T]he reasonableness of a victim's fears must be assessed in the context of gender. Gender may legitimately play a role in this assessment, in that due to their "size, strength, socialization and lack of training" women may reasonably have fears to their safety in situations where a man might not » [Nicholas BALA, « Criminal Code Amendments to Increase Protection to Children and Women: Bills C-126 & C-128 », (1993) 21 *C.R.* (4th) 365, 379]. La Cour suprême du Canada a d'ailleurs reconnu la pertinence de considérer le genre féminin en matière de défense

En outre, les facteurs psychologiques occupent une place cruciale dans la perception de la peur¹²⁶ et incidemment, dans l'intensité harcelante d'une conduite. Certains traits de personnalité prédisposent à la peur ou en renforcent les effets, de sorte que l'expressivité de cet état émotionnel est fortement influencée par le tempérament du sujet¹²⁷. Convient-il de considérer les caractéristiques « stables », soit les déterminants individuels ou les dispositions qui accompagnent l'individu dans chaque situation ou à l'inverse, certains états momentanés ? Doit-on aller jusqu'à considérer la sensibilité ou la fragilité psychologique de la personne harcelée ? La jurisprudence pénale est ambivalente à ce sujet, particulièrement lorsqu'il s'agit d'évaluer la raisonnable de la crainte ressentie par le plaignant. D'un côté, certaines instances estiment que « the application of the reasonable person test to the objective evaluation of "all the circumstances" does not mean that the particular vulnerabilities of the complainant are excluded from consideration »¹²⁸. Dans l'affaire *Carter*, le juge Minard retient que la conduite harcelante « is occurring when the accused has attended a psychiatric ward, received medication and is, obviously [...] very upset and, at least to some extent, unstable frame of mind »¹²⁹. À l'inverse, certains tribunaux refusent d'attribuer à la personne raisonnable certaines particularités, tels qu'en témoignent les propos de la Cour supérieure de l'Ontario :

« A reasonable person is a person of normal temperament, fortitude and level of self-control. She or he is not exceptionally excitable or easily intimidated or scared. She or he is sober, not drunk, and is aware of the prior history and relationship between [the parties]. »¹³⁰

À la lumière d'une telle ambivalence, une mise en garde s'impose. Il faut se méfier, par l'introduction d'éléments subjectifs, d'octroyer une portée démesurément large à la norme objective, en ce sens où elle entraîne

de contrainte morale (*R. c. Hibbert*, [1995] 2 R.C.S. 973) et de légitime défense (*R. c. Lavallée*, [1990] 1 R.C.S. 852).

¹²⁶ Romeo VITELLI et Norman S. ENDLER, « Psychological Determinants of Fear of Crime: a Comparison of General and Situational Prediction Models », (1993) 14 *Personality and Individual Differences* 77.

¹²⁷ Pierre MANNONI, *La peur*, Paris, PUF, 1982, p. 15 et 16.

¹²⁸ *R. v. Sillipp*, préc., note 65, par. 27. Voir également : *R. v. Frohlich*, préc., note 23, par. 73 ; *R. v. Doyle*, préc., note 120, par. 25 ; *R. v. Moyse*, préc., note 108, par. 79.

¹²⁹ *R. v. Carter*, [1993] O.J. No. 3403, par. 35 (Ct. of J.) (QL/LN). Également, a été considérée la vulnérabilité de la plaignante face à son employeur : *R. c. R.C.*, préc., note 54, par. 70.

¹³⁰ *R. v. Rosato*, préc., note 68, par. 89.

l'abaissement du critère objectif pour tenir compte de chacune des caractéristiques des individus impliqués. À l'inverse, il faut éviter de dresser une liste nécessairement restreinte des particularités susceptibles d'être greffées à la norme objective. S'il s'avère primordial d'examiner certains attributs afin d'apprécier adéquatement chacun des éléments constitutifs du harcèlement criminel, une telle assertion doit néanmoins être tempérée afin de parer à une intervention injustifiée du droit pénal. Tel serait le cas si une condamnation est prononcée sur la foi d'une peur amplifiée par des particularités individuelles de la victime qui s'avèrent inconnues de l'inculpé. À notre avis, un véritable état d'esprit blâmable passe par la connaissance des facteurs contribuant à la variabilité de l'intensité émotionnelle¹³¹. La prise en considération de telles variables doit reposer sur le fait qu'elles sont connues des acteurs et qu'elles ont, par conséquent, influencé leurs agissements et réactions respectifs.

Une telle approche instaure un équilibre entre les volets subjectif et objectif dont témoigne la situation harcelante, c'est-à-dire toute la subjectivité inhérente à l'état d'esprit de la personne harcelée, en étant néanmoins prudent afin d'éviter une approche démesurément sensible aux particularités de l'individu. À titre d'exemple, s'il est infondé d'évaluer l'intensité émotionnelle en retenant une forte propension à l'anxiété de la victime lorsque les parties sont de purs inconnus, il est inconcevable qu'une telle particularité soit ignorée dans le cas d'un couple ayant fait vie commune durant de nombreuses années. Bien qu'elles soient peu nombreuses, certaines instances ont exigé un tel critère de connaissance, tel qu'en témoignent notamment les propos du juge Fradsham :

« [I]f there are circumstances special to the complainant which makes it reasonable for that person to suffer the fear described in the section, then *it is necessary for the accused to be aware of those circumstances* before a conviction can be entered. It is not enough for the complainant simply to say that he or

¹³¹ Cornish, Murray et Collins abondent en ce sens : « Is it reasonable for the target, in all the circumstances, to be afraid? The answer to that question involves an examination of *all the things that are known to her*, in addition to all the events that occurred » (J. CORNISH, K. MURRAY et P. COLLINS, préc., note 60, p. 103 ; nos italiques). Plus loin, ils indiquent que dans l'évaluation de la raisonnable de la crainte ressentie par le plaignant, « all apparent or actual psychiatric problems *that are known* to the complainant are relevant » (*id.*, p. 137 ; nos italiques).

she was fearful. It must have been reasonable for the complainant to be fearful in his or her particular circumstances.»¹³²

Malgré l'intérêt de s'attarder aux particularités individuelles de la personne harcelée, il importe de se méfier d'une approche focalisant uniquement sur la personnalité de la victime, sur ses faiblesses et ses défauts, oubliant les particularités du harceleur. Il faut garder à l'esprit qu'une situation harcelante témoigne des subtilités de la relation entre deux êtres humains, alors que l'attitude de l'un modifie l'attitude de l'autre. Il importe de considérer non seulement les caractéristiques individuelles de la victime, mais également celles du harceleur, afin de tracer un portrait véritable du harcèlement. À titre d'exemple, doivent être considérés un état d'intoxication à l'alcool ou aux drogues¹³³, le refus d'accepter que la relation amoureuse soit terminée¹³⁴, l'animosité et la colère contenues à l'égard de la plaignante depuis plusieurs années¹³⁵. Par ailleurs, les antécédents judiciaires du harceleur – particulièrement lorsque la victime était concernée – s'avèrent pertinents afin de déterminer si la victime s'est sentie harcelée et apeurée¹³⁶, de même que pour établir l'intentionnalité du harceleur¹³⁷. À cet effet, il convient de reproduire les propos du juge Boswell :

«A demonstrated *animus* towards the Complainant may assist the court in determining whether the requisite *mens rea* has been established. Evidence that the Defendant has committed similar acts in the past for which he has

¹³² *R. v. Hertz*, préc., note 18, par. 36 (nos italiques). Dans l'affaire *R. v. Biden*, [2000] S.J. No. 290, par. 57 (Q.B.) (QL/LN), la violence conjugale vécue par la plaignante aux mains de son ancien conjoint est considérée dans l'évaluation de la raisonnable de la crainte ressentie, dans la mesure où ce douloureux passé était connu de l'inculpé.

¹³³ Dans l'affaire *R. v. Szostak*, préc., note 32, par. 29, le juge Fairgrieve retient le fait que la plaignante est d'autant plus inquiète en raison de la consommation d'alcool de l'accusé et de son comportement imprévisible lorsqu'il est en état d'ébriété. Voir également : *R. v. Mohammed*, [1997] B.C.J. No. 2133, par. 13 (S.C.) (QL/LN) ; *R. c. Dessureault*, préc., note 3, par. 32.

¹³⁴ *R. v. Saloio*, préc., note 17, par. 65 ; *R. v. Diakow*, préc., note 62, par. 43 ; *R. c. Bruno*, préc., note 9, par. 48.

¹³⁵ *R. v. Pennell*, préc., note 42, par. 65 et 66.

¹³⁶ *R. v. Davis*, préc., note 65, par. 32. En outre, les condamnations antérieures s'avèrent pertinentes afin d'évaluer la raisonnable de la crainte ressentie par le plaignant : *R. v. Sanchez*, [2012] B.C.J. No. 2418, par. 77 (C.A.) (QL/LN) ; *R. v. Ohenhen*, préc., note 17, par. 6 ; *R. v. Meehan*, préc., note 48, par. 27 ; *R. v. Spencer*, préc., note 62, par. 3 ; *R. v. B.D.*, préc., note 52, par. 26 ; *R. v. Szostak*, préc., note 32, par. 29.

¹³⁷ *R. v. Hau*, préc., note 52, par. 45 ; *R. v. Tut*, préc., note 31, par. 45 ; *R. v. Cromwell*, préc., note 71, par. 22 et 27.

been charged and convicted may be probative of the fact that he knew or ought to have known that his similar conduct on the occasions in question would have been received in the same manner, i.e. as harassing or threatening. A pattern of threatening, harassing or abusive behaviour in the past may assist the court in ruling out that this was simply a case of miscommunication or misinterpretation.»¹³⁸

Par ailleurs, il convient d'exposer certaines variables circonstancielles pouvant contribuer à l'intensité de la peur ressentie¹³⁹. Un lieu réputé sûr ou à l'inverse, une rue peu fréquentée auront assurément une influence sur l'intensité de la crainte ressentie. À titre d'exemple, la Cour du Banc de la Reine de l'Alberta note que les événements sont survenus dans un endroit public – un centre commercial – et que des gardiens de sécurité sont à proximité¹⁴⁰. Dans l'affaire *Vrabie*, le juge Gregoire retient que la surveillance est brève et qu'elle survient dans un lieu public, possiblement la rue la plus achalandée de la ville, afin de conclure que la conduite reprochée est inoffensive¹⁴¹. Également, le moment spécifique durant lequel s'actualise la situation harcelante est pertinent, particulièrement lorsque la conduite réprouvée survient tard le soir ou durant la nuit¹⁴² de même que l'endroit où survient l'acte interdit.

2. La pertinence de l'historique relationnel

Afin d'aspirer à une juste évaluation de l'état d'esprit de la personne harcelée, il convient de se remémorer certains événements du passé de façon à déterminer s'il existe un véritable contexte harcelant lorsque l'acte interdit à l'article 264 (2) C.cr. est perpétré. L'historique relationnel, c'est-à-dire la nature de la relation qu'entretiennent les parties ainsi que leur attitude respective l'une envers l'autre, représente un élément crucial dans

¹³⁸ *R. v. Edwards*, [2009] O.J. No. 3724, par. 34 (S.C.J.) (QL/LN).

¹³⁹ Joel MILLER, « Impact of Situational Factors on Survey Measured Fear of Crime », (2008) 11 *International Journal of Social Research Methodology* 307; Mark WARR, « Dangerous Situations: Social Context and Fear of Victimization », (1990) 68 *Social Forces* 891.

¹⁴⁰ *R. v. Yannonie*, préc., note 55, par. 27. Dans l'affaire *R. v. Beals*, préc., note 73, par. 21, la Cour provinciale de la Nouvelle-Écosse retient que le plaignant « was not alone. He was with several co-workers in a public place ».

¹⁴¹ *R. v. Vrabie*, préc., note 30, par. 28.

¹⁴² *R. c. Pelletier*, préc., note 9, par. 25; *R. c. Dessureault*, préc., note 3, par. 32; *R. v. Colquhoun*, [2007] O.J. No. 4178, par. 104 et 107 (Ct. of J.) (QL/LN).

l'interprétation de la situation harcelante¹⁴³. Il s'agit d'examiner la conduite des parties antérieurement aux événements reprochés¹⁴⁴. L'intérêt d'une telle analyse est précisé dans l'arrêt *Ryback*:

« The appellant's state of mind would, of necessity, depend in large part on his past association with, and conduct towards, the complainant. His knowledge that the complainant was harassed, or his recklessness as to whether she was harassed, could be realistically decided only by looking back to what had gone before. Similarly, pre-charge conduct which tended to show an innocent state of mind on the appellant's part would also be admissible. If the pre-charge evidence tended to show that there had previously been a friendly relationship between the two, or that the complainant had encouraged the appellant in his advances so that the appellant believed his attentions were welcomed, it would be difficult to conceive a sound reason for excluding the evidence. It would clearly be relevant to showing an innocent state of mind and the absence of *mens rea*. If evidence of pre-charge events might be led to exculpate the appellant, then equally it would be admissible to inculpate him. »¹⁴⁵

Par ailleurs, les expériences affectives marquantes ou traumatisantes peuvent laisser des traces et incidemment influencer sur les perceptions de l'individu. La dynamique relationnelle en milieu conjugal ressort le plus fréquemment des décisions rendues en vertu de l'article 264 C.cr. Elle renseigne sur la façon dont les parties interagissent entre elles, alors qu'un

¹⁴³ Une étude canadienne révèle que la relation entre la victime et le harceleur a une incidence sur l'intensité de la crainte éprouvée. Une plus forte proportion d'hommes et de femmes harcelés par un ancien conjoint ont affirmé avoir craint pour leur vie, comparativement aux victimes traquées par une autre personne. Kathy AuCOIN, « Harcèlement criminel », dans STATISTIQUE CANADA, *La violence familiale au Canada: un profil statistique 2005*, Ottawa, Centre canadien de la statistique juridique, 2005, p. 35, à la page 42, en ligne: <<http://www.statcan.gc.ca/pub/85-224-x/85-224-x2005000-fra.pdf>> (consulté le 5 mai 2013).

¹⁴⁴ Cet aspect est spécifiquement considéré dans de nombreuses décisions, notamment: *R. v. Gilmar*, préc., note 13, par. 10; *R. c. J.C.*, préc., note 9, par. 58 et 91; *R. v. Pennell*, préc., note 42, par. 67; *R. v. Wittekin*, préc., note 48, par. 45; *R. v. Davis*, préc., note 65, par. 32; *R. v. Ryback*, préc., note 19, par. 32; *R. v. Benjamin*, préc., note 72, par. 15; *R. v. Kosikar*, préc., note 13, par. 27; *R. v. Lafreniere*, préc., note 50, par. 23; *R. v. Riossi*, préc., note 8, par. 33; *R. v. Porsnuk*, préc., note 58, par. 5; *R. v. Biden*, préc., note 132, par. 6; *R. v. Wisniewska*, préc., note 47, par. 37 et 38; *R. v. Theysen*, préc., note 18, par. 37; *R. v. Rosato*, préc., note 68, par. 22; *R. c. Moyse*, préc., note 108, par. 83.

¹⁴⁵ *R. v. Ryback*, préc., note 19, par. 34. Repris avec approbation dans *R. v. Pennell*, préc., note 73, par. 51.

climat de violence teinte parfois la relation entre les conjoints¹⁴⁶. Tel que l'explique le juge Hill :

« [i]n a relational context, evidence of prior aggressive conduct, including assaultive behaviour attributable to the accused, may assist in identifying an animus of the accused toward the complainant and hence the state of mind of the accused at the time of the alleged offence(s). »¹⁴⁷

Ce faisant, la violence préexistante, qu'elle soit physique ou psychologique, accroît habituellement l'aspect harcelant et apeurant de la conduite réprouvée et doit donc être retenue¹⁴⁸. Dans l'affaire *Saloio*, la Cour de justice de l'Ontario conclut que la plaignante s'est sentie harcelée, retenant qu'au cours des cinq dernières années de vie conjugale, l'inculpé est devenu de plus en plus contrôlant, notamment en poursuivant la plaignante et en se présentant sans avertissement aux endroits fréquentés par cette dernière¹⁴⁹.

L'historique de violence est d'autant plus pertinent afin d'établir la *mens rea* de l'inculpé. Dans l'affaire *Baszczynski*¹⁵⁰, la plaignante met un terme à la brève relation amoureuse avec l'inculpé. Ce dernier tente de la reconquérir par divers moyens : envoi de lettres, fleurs, appels téléphoniques, visite à son lieu de travail. Bien que les communications puissent être légitimes, alors que les parties doivent régler certaines formalités en raison de leur séparation, la Cour de justice de l'Ontario acquitte l'accusé en raison d'un doute quant à la *mens rea* requise. L'absence d'un contexte de violence ou d'une interdiction formelle de la Cour interdisant à l'inculpé de communiquer avec la plaignante peut ainsi soulever un doute

¹⁴⁶ *R. c. Reyes*, [2009] J.Q. No. 5103, par. 26 (C.Q.) (QL/LN) ; *R. v. Szostak*, préc., note 32, par. 29 ; *R. v. Ducey*, préc., note 30, par. 19.

¹⁴⁷ *R. v. S.B.*, [1996] O.J. No. 1187, par. 45 (Ct. of J.) (QL/LN).

¹⁴⁸ *R. v. Hau*, préc., note 52, par. 32 ; *R. v. Di Pucchio*, préc., note 74, par. 21 ; *R. v. Iannantuono*, préc., note 74, par. 42 ; *R. v. Honeyman*, préc., note 17, par. 4 ; *R. v. Briscoe*, [2000] B.C.J. No. 802, par. 39 (Prov. Ct.) (QL/LN).

¹⁴⁹ *R. v. Saloio*, préc., note 17, par. 56-57.

¹⁵⁰ *R. v. Baszczynski*, préc., note 62. L'influence d'un contexte violent est illustrée dans l'affaire *R. v. Beals*, préc., note 73, par. 21. Le juge Williams explique que : « Here, there was no evidence of prior negative relationships between the parties. There was no evidence of prior violence or threats of violence or any disregard of any prior warnings and that the accused manifested unwillingness or an inability to exercise restraint or self-control and that he was unpredictable or volatile. In the absence of these factors, in my opinion, it cannot be said without reasonable doubt, that [the accused] knew that [the plaintiff] was harassed or that he was reckless or was wilfully blind as to whether [the plaintiff] was harassed. »

quant au fait qu'il savait ou ne s'est pas soucié que cette dernière se sentait harcelée¹⁵¹.

Bien que la majorité des cas visés par cette disposition soit celle entre deux actuels ou anciens partenaires de vie, le droit pénal ne saurait écarter la situation visée où les parties sont de purs étrangers, dans la mesure où les conduites posées par un inconnu peuvent influencer significativement la peur¹⁵². Ainsi, c'est à juste titre que les tribunaux ont considéré le fait que les parties se connaissent peu¹⁵³ ou soient de purs étrangers¹⁵⁴.

3. L'intérêt de la résistance déployée face au harcèlement

Au-delà de l'intérêt incontestable de la nature du lien entre les parties, les réactions de la personne harcelée au moment où est perpétré le harcèlement s'avèrent éminemment pertinentes. La jurisprudence pénale en offre de multiples exemples : déménagement et refus de fournir sa nouvelle adresse¹⁵⁵, incapacité de rester seule à la maison¹⁵⁶, reprise de ses effets personnels dans la résidence familiale en présence d'agents de police¹⁵⁷, modification de son numéro de téléphone¹⁵⁸, relocalisation temporaire dans une résidence pour femmes violentées¹⁵⁹, installation d'une imitation de caméra et embauche de gardes du corps¹⁶⁰. Dans l'affaire *Weavers*, afin de conclure que la plaignante – une chanteuse – a craint pour sa sécurité face aux agissements d'un admirateur, la Cour de justice de l'Ontario retient

¹⁵¹ Malgré l'intérêt indéniable dont témoigne la présence d'un contexte violent, il ne saurait s'agir d'un élément essentiel : « If that type of evidence was required, the evidence of a person being stalked by an unknown person could never result in a conviction because they would not be able to say what the person was capable of doing, had done or had threatened to do in the past. » (*R. v. Wisniewska*, préc., note 47, par. 56).

¹⁵² Ross MACMILLAN, Annette NIEROBISZ et Sandy WELCH, « Experiencing the Streets: Harassment and Perceptions of Safety among Women », (2000) 37 *Journal of Research in Crime and Delinquency* 306.

¹⁵³ *R. v. Frank*, [2013] A.J. No. 115, par. 26 (Prov. Ct.) (QL/LN); *R. v. Hertz*, préc., note 18, par. 36.

¹⁵⁴ *R. v. Kohl*, [2009] O.J. No. 372, par. 23 (C.A.) (QL/LN); *R. c. Garmaise*, [2011] J.Q. No. 4859 (C.Q.) (QL/LN); *R. v. Arango*, préc., note 14.

¹⁵⁵ *R. v. Shearer*, préc., note 62, par. 14.

¹⁵⁶ *R. v. Meehan*, préc., note 48, par. 27.

¹⁵⁷ *R. v. Saloio*, préc., note 17, par. 64.

¹⁵⁸ *R. v. Lauzon*, préc., note 66, par. 16; *R. v. Shearer*, préc., note 62, par. 14.

¹⁵⁹ *R. v. Szostak*, préc., note 32, par. 29.

¹⁶⁰ *R. v. Vandoodewaard*, préc., note 9, par. 67.

notamment que cette dernière engage un enquêteur privé, qu'elle change les serrures de la porte de sa maison et de son bureau, qu'elle évite de se retrouver seule la nuit et qu'elle porte constamment sur elle une bombonne de poivre de Cayenne¹⁶¹. Dans l'arrêt *Davis*, la Cour d'appel du Manitoba considère notamment le fait que la plaignante installe un système de sécurité dans sa maison, qu'elle ne marche plus seule dans les rues et qu'elle consulte un psychologue¹⁶².

Au-delà des actions concrètes prises par la personne harcelée, l'indifférence démontrée face aux attentions et demandes de l'inculpé est révélatrice, traduisant généralement un inconfort et le souhait que cessent de telles conduites. À titre d'exemple, la Cour d'appel du Manitoba conclut que la plaignante se sentait harcelée, alors que cette dernière ne donne pas suite aux messages laissés sur son répondeur téléphonique, qu'elle s'abstient d'immobiliser son véhicule à la demande de l'accusé et qu'elle refuse de l'accueillir dans sa résidence, alors qu'il se présente sans invitation¹⁶³. La crainte ressentie par la victime est également facilitée par la preuve de l'indifférence de la personne harcelée. La Cour de justice de l'Ontario l'explique ainsi : « Persistence over such a long period of time in the face of obvious indifference (if not hostility) can also be a sign to the unstable nature of the defendant and find that she was fearful for her safety and such fears were objectively reasonable »¹⁶⁴.

À l'inverse, un rapport consensuel ou initié par la victime dresse souvent un obstacle à une condamnation, dans la mesure où le caractère volontaire des contacts risque d'appuyer la prétention de l'inculpé voulant qu'il ne savait pas qu'elle se sentait harcelée ou qu'il n'a pas été insouciant à cet égard¹⁶⁵. De surcroît, cet élément risque de soulever un doute quant à la preuve de l'état d'esprit de la victime, à savoir qu'elle s'est réellement sentie

¹⁶¹ *R. v. Weavers*, [2009] O.J. No. 3872, par. 62 et 63 (Ct. of J.) (QL/LN).

¹⁶² *R. v. Davis*, préc., note 65, par. 56.

¹⁶³ *Id.*, par. 52-53. De surcroît, l'ignorance de la victime s'avère pertinente afin de jauger l'intensité de peur ressentie. Dans l'affaire *R. v. Shearer*, préc., note 62, par. 14, ont été considérés le fait que la plaignante ne répond pas aux lettres et cartes de l'accusé et qu'elle refuse de discuter lorsqu'il téléphone à son bureau.

¹⁶⁴ *R. v. Iannantuono*, préc., note 74, par. 44. Voir également : *R. v. Wisniewska*, préc., note 47, par. 37.

¹⁶⁵ J. CORNISH, K. MURRAY et P. COLLINS, préc., note 60, p. 138; M. MANNING, A. M. MEWETT et P. SANKOFF, préc., note 53, p. 845.

harcelée et apeurée¹⁶⁶. Dans l'affaire *Moyse*¹⁶⁷, le juge Harapiak estime que le fait de laisser miroiter une éventuelle relation amicale avec l'inculpé, malgré leur rupture, s'avère être en contradiction avec la prétention selon laquelle la plaignante puisse s'être sentie harcelée. Dans l'affaire *Distaulo*, le juge Wright retient que la plaignante téléphone à l'inculpé et qu'elle initie elle-même deux rencontres, soulevant incidemment un doute dans l'esprit du magistrat :

« If the complainant felt that she was being harassed, she need not have replied to the defendant. The complainant could have reported the matter to her parents, her boyfriend, the police or some other friend or family member. She did none of these things. She telephoned the defendant. I do not for a moment criticize or find fault in the complainant's decision to contact the defendant. But her decision to call the defendant is a factor that I must consider in the context of whether such conduct is consistent with the conduct of a person who is being harassed and who is fearful. »¹⁶⁸

Néanmoins, il importe de préciser que des contacts initiés par la victime ne sauraient à tout coup conduire à un acquittement¹⁶⁹. Tout doute raisonnable à l'égard de l'un des éléments constitutifs de cette infraction doit néanmoins profiter à l'inculpé.

¹⁶⁶ *R. v. Chancellor*, [2012] B.C.J. No. 2799, par. 83 (S.C.) (QL/LN); *R. c. Babin*, [1997] J.Q. No. 5395 (C.S.) (QL/LN).

¹⁶⁷ *R. v. Moyse*, préc., note 108, par. 78.

¹⁶⁸ *R. v. Distaulo*, [2003] O.J. No. 6004, par. 34 (Ct. of J.) (QL/LN). Dans l'affaire *R. v. Monahan*, préc., note 74, par. 77, la Cour provinciale de la Saskatchewan conclut que la plaignante n'a pas craint pour sa sécurité, considérant qu'elle a elle-même suivi l'accusé.

¹⁶⁹ Dans l'affaire *R. v. Saloio*, préc., note 17, par. 57, le juge Zisman se montre compréhensif face aux rencontres initiées par la plaignante : « The fact that she had some contact with the defendant after the separation is not fatal to the charge. After 20 years of a relationship she still felt some love and affection and felt sorry for the defendant. The fact that she chose to move back to the home to care for him for several days when he was ill or met with him to try to discuss an amicable settlement of their marital affairs, he did not give the defendant the right to follow her or threaten her. » Dans un même ordre d'idées, le juge Giesbrecht explique : « While there was some ambivalence on the part of the complainant, and I say that only because she continued to contact the accused and speak to him, (she explained that she didn't want to be a mean person) the cases point out that a complainant need not be forceful in her rejections of an accused individual before it can be said that it has been made clear that the relationship is over. » (*R. v. Diakow*, préc., note 62, par. 43).

4. La prépondérance de l'avertissement adressé au harceleur

Une conduite harcelante survient fréquemment dans le cadre d'une séparation conjugale. La question se pose de savoir si le désir de reconquérir l'être aimé est de nature à démentir l'attitude intellectuelle exigée à l'article 264 (1) C.cr. Une telle volonté de renouer s'avère d'autant plus problématique lorsque des tentatives ont été fructueuses par le passé, ayant conduit à une réconciliation. S'il est certes légitime d'espérer une réconciliation, cette tentative ne doit pas dépasser les bornes de l'acceptable. Dans un tel contexte, un avertissement clairement exprimé peut offrir une garantie suffisante afin de conclure que l'accusé sait que son comportement a pour effet de harceler ou qu'il est insouciant à cet égard¹⁷⁰. En outre, une telle demande non équivoque afin de rompre tout contact avec l'inculpé est révélatrice de l'état d'esprit de la personne harcelée¹⁷¹.

À l'inverse, l'absence d'une mise en garde formulée par la victime risque de soulever un doute quant à la possibilité qu'elle puisse s'être sentie harcelée. Dans l'affaire *Carrey*, l'accusé envoie des cartes, des lettres et des cadeaux à la plaignante et à leur enfant. En aucun temps cette dernière n'informe l'inculpé que de telles attentions lui déplaisent. La Cour de justice de l'Ontario prononce un acquittement : peu d'indices dans la conduite de la plaignante laissent croire qu'elle se sentait harcelée¹⁷². De surcroît, l'absence d'avertissement quant au caractère indésirable des gestes de l'inculpé soulève généralement un doute dans l'esprit du magistrat au regard de la *mens rea* de ce crime¹⁷³. Il importe toutefois de rappeler l'importance

¹⁷⁰ Isabel Grant, Natasha Bone et Kathy opinent en ce sens : « [J]udges should not place the onus on the complainant to communicate to the accused that the conduct is unwanted. However, where these rebukes do exist, such communications should be considered strong evidence of knowledge/intent. » : I. GRANT, N. BONE et K. GRANT, préc., note 67, n° 116. À titre d'exemple, voir : *R. v. Ryback*, préc., note 19, par. 40 ; *R. c. Vandoodewaard*, préc., note 9, par. 69-71 ; *R. v. Hertz*, préc., note 18, par. 36 ; *R. v. Porsnuk*, préc., note 58, par. 29.

¹⁷¹ *R. v. Kordrostami*, préc., note 85, par. 14 ; *R. v. Davis*, préc., note 65, par. 52-53 ; *R. v. Lincoln*, préc., note 46, par. 22.

¹⁷² *R. v. Carey*, préc., note 64, par. 17. Dans l'arrêt *R. c. Lamontagne*, préc., note 76 la Cour d'appel du Québec retient le silence de la plaignante quant à son état d'esprit afin de conclure que cette dernière ne s'est pas sentie harcelée.

¹⁷³ Voir à titre d'exemple : *R. v. Doyle*, préc., note 120, par. 30, où un acquittement est prononcé puisque le plaignant « never advised him or indicated in any way that his advances were not welcome ». Dans l'affaire *R. c. Wease*, [2008] O.J. No. 1938, par. 22 (S.C.J.) (QL/LN), la Cour supérieure de l'Ontario conclut que la *mens rea* n'est pas

de considérer l'ensemble des circonstances, dans la mesure où les tribunaux s'abstiennent de prononcer un acquittement de façon systématique en l'absence d'une mise en garde formelle¹⁷⁴. Le droit pénal se veut compréhensif face à l'inaction du plaignant. Si l'avertissement formulé par le plaignant s'avère un bon indicateur, les tribunaux ne sauraient exiger qu'il rebute fermement l'accusé :

« Where an accused is connected to the complainant, particularly by children, the issue is more complex. Complainants who know the accused may have equally compelling reasons for not giving a forceful rebuke. The complainant's attempts to leave the relationship, lack of response to or encouragement of the accused's approaches, or steps to stop or avoid his conduct should all be adequate to indicate to him that his conduct is not wanted. A complainant should not have the onus of delivering a strong rebuke. »¹⁷⁵

Outre l'avertissement formulé par le plaignant¹⁷⁶, une telle requête peut être valablement formulée par une tierce personne, tels un ami ou un membre de la famille¹⁷⁷. Elle s'avère d'autant plus percutante lorsqu'elle provient d'une personne en position d'autorité, telle qu'un agent de police¹⁷⁸. Cette demande est d'autant plus décisive lorsque l'accusé fait fi de la res-

établie puisque l'accusé « received no warning that his conduct was considered harassment by the complainant; nor was this communicated to the [accused] through the complainant's lawyer or through the police. There was no outstanding restraining order ». Voir également : *R. v. Seaton*, [2012] O.J. No. 5122, par. 86-89 (S.C.J.) (QL/LN).

¹⁷⁴ Dans *R. v. Ryback*, préc., note 19, par. 41, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique explique : « The complainant should not be faulted for not being more forceful in her rebuff of the appellant. She made her feelings plain. It was doubtless frightening for her as a woman to be pursued single-mindedly by a man, in the face of her refusal and conspicuous absence of encouragement. It is also understandable that she would not wish to provoke such a man by confronting him directly. » Ce passage est repris avec approbation dans l'affaire *R. v. Hau*, préc., note 52, par. 58 où Le juge Edwards indique que « the burden on the complainant to reject the attention by the accused must be quite low ».

¹⁷⁵ I. GRANT, N. BONE et K. GRANT, préc., note 67, n° 114.

¹⁷⁶ *R. v. Honeyman*, préc., note 17, par. 5 ; *R. v. Vandoodewaard*, préc., note 9, par. 72 ; *R. v. Bell*, [2009] O.J. No. 2820, par. 53 (Ct. of J.) (QL/LN) ; *R. v. Szostak*, préc., note 32, par. 29 ; *R. v. Kordrostami*, préc., note 85, par. 17.

¹⁷⁷ *R. v. Birsely*, [2009] O.J. No. 3983, par. 39 (Ct. of J.) (QL/LN).

¹⁷⁸ *R. v. Malkoske*, préc., note 113, par. 48 ; *R. v. Menkarios*, [2010] O.J. No. 4213, par. 64 (S.C.J.) (QL/LN) ; *R. v. Vandoodewaard*, préc., note 9, par. 71-72 ; *R. v. Pennell*, préc., note 42, par. 52 ; *R. v. Pringle*, préc., note 24, par. 17 ; *R. v. Hertz*, préc., note 18, par. 36 ; *R. v. Ryback*, préc., note 19, par. 40 ; *R. v. Smysniuk*, [2007] S.J. No. 715, par. 26 (Q.B.) (QL/LN) ; *R. v. Szostak*, préc., note 32, par. 29 ; *R. v. Hau*, préc., note 52, par. 46.

pecter¹⁷⁹. Il semble que la désobéissance de l'inculpé face à la mise en garde d'une figure d'autorité contribue à générer un état de peur suffisant afin que l'inculpé soit condamné. Tel que l'expliquent Cornish, Murray et Collins, « the fear associated with contact subsequent to police warning is obvious. Unsuccessful attempts to have the accused stop his behaviour often lead to a sense of helplessness »¹⁸⁰.

À plus forte raison, l'intervention du tribunal afin d'interdire tout contact entre les parties constitue un repère prépondérant afin d'établir l'ensemble des éléments constitutifs du harcèlement criminel. Le fait que les contacts persistent en dépit d'un tel ordre de la cour s'avère d'autant plus décisif afin d'établir l'intention du harceleur¹⁸¹ ainsi que l'état d'esprit de la victime voulant qu'elle se soit sentie harcelée¹⁸² et qu'elle a raisonnablement

¹⁷⁹ Dans l'affaire *R. c. Dessureault*, préc., note 3, par. 32, la Cour du Québec retient que malgré l'avertissement des policiers et son expulsion du restaurant, l'accusé se présente à nouveau au lieu de travail de son ex-conjointe afin d'entrer en contact avec cette dernière. L'individu est reconnu coupable. Voir également : *R. v. Wronko*, [2013] A.J. No. 318, par. 9 (C.A.) (QL/LN) ; *R. v. Wisniewska*, préc., note 47, par. 37 ; *R. v. Shearer*, préc., note 62, par. 14.

¹⁸⁰ J. CORNISH, K. MURRAY et P. COLLINS, préc., note 60, p. 135. Le passage suivant de l'arrêt *R. v. Hyra*, [2007] M.J. No. 208, par. 24-25 (C.A.) (QL/LN) en est un exemple patent : « In this case, the evidence shows that [...] despite being warned on two different occasions by the police to leave her alone and even though he was charged and cautioned with criminal harassment after the second complaint [...], the accused continued to initiate, prior to the threat, 26 unwanted communications toward the complainant, 12 of which occurred after the warning. The accused's conduct over a long period manifested unpredictability and an unwillingness or inability to exercise restraint or self-control, as shown by his disregard for police cautions and the charge. In all the circumstances, the fear the complainant felt was reasonable ».

¹⁸¹ *R. v. Wittekind*, préc., note 48, par. 44 ; *R. v. Hau*, préc., note 52, par. 57 ; *R. v. Doyle*, préc., note 120, par. 30 ; *R. v. Porsnuk*, préc., note 58, par. 29 ; *R. v. Iannantuono*, préc., note 74, par. 46.

¹⁸² À ce sujet, Grant, Bone et Grant estiment que « [w]here an accused contravenes such an order, he is likely to be seen as being at least reckless as to whether the conduct is harassing » (I. GRANT, N. BONE et K. GRANT, préc., note 67, n° 110). Dans l'affaire *R. v. Hau*, le juge Edwards indique que « anytime a peace bond has been issued, the rejection is clear » (préc., note 52, par. 58). Voir également : *R. v. O'Connor*, [2008] O.J. No. 1125, par. 5 (C.A.) (QL/LN) ; *R. v. Davis*, préc., note 65, par. 32 ; *R. v. Iannantuono*, préc., note 74, par. 40 ; *R. v. Lauzon*, préc., note 66, par. 16 ; *R. v. Porsnuk*, préc., note 58, par. 29.

craint pour sa sécurité ou celle d'autrui¹⁸³. Les propos tenus par Cornish, Murray et Collins en témoignent :

« Obviously, a complainant who has taken the step of having an accused placed on a recognizance (either of bail or a peace bond) or an order under the matrimonial laws will be afraid of the accused if he breached those orders. The reasoning in this regard is parallel to that which applies to continued harassment after police warning. The inference of reasonable fear is arguably even stronger in situations where the accused continues his conduct in the face of a court order. Here the citizen has turned to the system that is put in place to protect the law-abiding members of society, and the accused shows that he will not be bound by the law. »¹⁸⁴

*
* * *

Au terme de cette étude, force est de constater que le harcèlement criminel est inconstamment en proie à une véritable instabilité jurisprudentielle, au regard de sa dimension aussi bien temporelle, qu'émotionnelle et intentionnelle. Le désordre juridique dans lequel est plongée cette infraction commande certains ajustements interprétatifs. La présente étude fut l'occasion de tracer les pourtours de la répression de ce crime et d'établir certains critères destinés à donner une portée mesurée à l'action du droit pénal. Trois éléments ressortent de la présente étude et méritent d'être réitérés afin de garantir une meilleure répression juridique en matière de harcèlement criminel.

- D'abord, certains ajustements doivent être apportés dans l'interprétation des éléments constitutifs du harcèlement criminel afin d'assurer une juste application de ce texte de loi. Trois éléments sont essentiels : (1) un état de harcèlement *préexistant* ressenti par le plaignant ; (2) un état d'esprit malveillant de l'inculpé, en ce sens où il pose un acte interdit à l'article 264 (2) C.cr. tout en sachant ou sans se soucier que le plaignant soit harcelé ; (3) une crainte raisonnable qui résulte d'un acte interdit perpétré, alors que le plaignant se sent harcelé.

¹⁸³ R. v. *Wisniewska*, préc., note 47, par. 52 ; R. v. *Davis*, préc., note 65, par. 32 ; R. v. *Shearer*, préc., note 62, par. 14 ; R. v. *Biden*, préc., note 132, par. 57.

¹⁸⁴ J. CORNISH, K. MURRAY et P. COLLINS, préc., note 60, p. 136 et 137.

- Ensuite, afin de guider les tribunaux dans l'interprétation des éléments constitutifs de ce crime, trois tendances se dégagent de la présente étude : la preuve est facilitée lorsqu'il existe un contexte de violence précédant les événements reprochés ; (2) lorsque l'inculpé persiste dans sa conduite malgré une demande formelle à l'effet contraire, particulièrement lorsqu'elle provient d'une figure d'autorité ; (3) lorsqu'une ordonnance d'un tribunal prohibe tout contact entre les parties.
- Finalement, doit être privilégiée l'instauration d'un critère de connaissance dans la détermination des variables individuelles à considérer par le magistrat. Les particularités physiques et psychologiques doivent être considérées dans la mesure où elles sont connues des antagonistes.

Au demeurant, une telle façon d'aborder le harcèlement criminel respecte, à notre avis, l'intention du législateur et assure la condamnation du comportement réellement harcelante. Mérite la réprobation du droit pénal celui qui, sachant qu'une personne se sent harcelée ou ne s'en soucie pas, persiste malgré tout et pose un acte interdit à son égard, ayant incidemment pour conséquence de l'apeurer. Il s'agit de condamner celui qui alimente l'insécurité d'autrui.