

"Source : *La responsabilité secondaire : complicité et infractions inchoatives*, 61 pages, Commission de réforme du droit du Canada, 1985. Reproduit avec la permission du ministre des Travaux publics et Services gouvernementaux Canada, 2010."



Commission de réforme du droit
du Canada

Law Reform Commission
of Canada

DROIT PÉNAL

la responsabilité secondaire

Document de travail 45

Canada

Rapports et documents de travail de la Commission de réforme du droit du Canada

Rapports au Parlement

1. *La preuve* (19 déc. 1975)
2. *Principes directeurs -- Sentences et mesures non sentencielles dans le processus pénal** (6 fév. 1976)
3. *Notre droit pénal* (25 mars 1976)
4. *L'expropriation** (8 avril 1976)
5. *Le désordre mental dans le processus pénal** (13 avril 1976)
6. *Le droit de la famille** (4 mai 1976)
7. *L'observance du dimanche** (19 mai 1976)
8. *La saisie des rémunérations versées par la Couronne du chef du Canada** (19 déc. 1977)
9. *Procédure pénale -- Première partie : amendements divers** (23 fév. 1978)
10. *Les infractions sexuelles** (29 nov. 1978)
11. *Le chèque** (8 mars 1979)
12. *Le vol et la fraude** (16 mars 1979)
13. *Les commissions consultatives et les commissions d'enquête* (18 avril 1980)
14. *Le contrôle judiciaire et la Cour fédérale** (25 avril 1980)
15. *Les critères de détermination de la mort* (8 avril 1981)
16. *Le jury* (28 juill. 1982)
17. *L'outrage au tribunal** (18 août 1982)
18. *L'obtention de motifs avant la formation d'un recours judiciaire -- Commission d'appel de l'immigration* (16 déc. 1982)
19. *Le mandat de main-forte et le télémandat* (22 juill. 1983)
20. *Euthanasie, aide au suicide et interruption de traitement* (11 oct. 1983)
21. *Les méthodes d'investigation scientifiques : l'alcool, la drogue et la conduite des véhicules* (10 nov. 1983)
22. *La communication de la preuve par la poursuite* (15 juin 1984)
23. *L'interrogatoire des suspects* (19 nov. 1984)
24. *Les fouilles, les perquisitions et les saisies* (22 mars 1985)
25. *Les techniques d'investigation policière et les droits de la personne* (12 juin 1985)
26. *Les organismes administratifs autonomes -- Un cadre pour la prise de décisions* (23 oct. 1985)
27. *Le dédommagement et l'indemnisation** (1974)
28. *L'amende** (1974)
29. *La déjudiciarisation** (1975)
30. *Les biens des époux** (1975)
31. *Expropriation** (1975)
32. *Les confins du droit pénal : leur détermination à partir de l'obscénité** (1975)
33. *Emprisonnement -- Libération** (1975)
34. *Les divorcés et leur soutien** (1975)
35. *Le divorce** (1975)
36. *Processus pénal et désordre mental** (1975)
37. *Les poursuites pénales : responsabilité politique ou judiciaire** (1975)
38. *Responsabilité pénale et conduite collective** (1976)
39. *Les commissions d'enquête -- Une nouvelle loi** (1977)
40. *La Cour fédérale -- Contrôle judiciaire** (1977)
41. *Le vol et la fraude -- Les infractions* (1977)
42. *L'outrage au tribunal -- Infractions contre l'administration de la justice** (1977)
43. *Les paiements par virement de crédit* (1978)
44. *Infractions sexuelles** (1978)
45. *Les critères de détermination de la mort** (1979)
46. *La stérilisation et les personnes souffrant de handicaps mentaux* (1979)
47. *Les organismes administratifs autonomes* (1980)
48. *Le traitement médical et le droit criminel* (1980)
49. *Le jury en droit pénal** (1980)
50. *Euthanasie, aide au suicide et interruption de traitement* (1982)
51. *Partie générale : responsabilité et moyens de défense* (1982)
52. *Les pouvoirs de la police : les fouilles, les perquisitions et les saisies en droit pénal** (1983)
53. *Les dommages aux biens -- Le vandalisme* (1984)
54. *L'interrogatoire des suspects* (1984)
55. *L'homicide* (1984)
56. *Les méthodes d'investigation scientifiques* (1984)
57. *Le libelle diffamatoire* (1984)
58. *Les dommages aux biens -- Le crime d'incendie* (1984)
59. *La juridiction extra-territoriale* (1984)
60. *Les voies de fait* (1985)
61. *Les procédures postérieures à la saisie* (1985)
62. *Le statut juridique de l'Administration fédérale* (1985)
63. *L'arrestation* (1985)
64. *La bigamie* (1985)
65. *Les techniques de modification du comportement et le droit pénal* (1985)
66. *Les crimes contre l'environnement* (1985)

Documents de travail

1. *Le tribunal de la famille** (1974)
2. *La notion de blâme -- La responsabilité stricte** (1974)
3. *Les principes de la détermination de la peine et du prononcé de la sentence** (1974)
4. *La communication de la preuve** (1974)

La Commission a également publié au-delà de soixante-dix documents d'étude portant sur divers aspects du droit. Pour obtenir le catalogue des publications, écrire à : Commission de réforme du droit du Canada, 130 rue Albert, Ottawa (Ontario) K1A 0L6, ou Bureau 310, Place du Canada, Montréal (Québec) H3B 2N2.

* Ces documents sont épuisés mais ils peuvent être consultés dans de nombreuses bibliothèques.

LA RESPONSABILITÉ SECONDAIRE :
COMPLICITÉ
ET
INFRACTIONS INCHOATIVES

On peut obtenir ce document gratuitement en écrivant à :

Commission de réforme du droit du Canada
130, rue Albert, 7^e étage
Ottawa, Canada
K1A 0L6

ou

Bureau 310
Place du Canada
Montréal (Québec)
H3B 2N2

© Commission de réforme du droit du Canada 1985
N° de catalogue J32-1/45-1985
ISBN 0-662-53749-1

Commission de réforme
du droit du Canada

Document de travail 45

LA RESPONSABILITÉ SECONDAIRE :
COMPLICITÉ
ET
INFRACTIONS INCHOATIVES

1985

Avis

Ce document de travail présente l'opinion de la Commission à l'heure actuelle. Son opinion définitive sera exprimée dans le rapport qu'elle présentera au ministre de la Justice et au Parlement, après avoir pris connaissance des commentaires faits dans l'intervalle par le public.

Par conséquent, la Commission serait heureuse de recevoir tout commentaire à l'adresse suivante :

Secrétaire
Commission de réforme du droit du Canada
130, rue Albert, 7^e étage
Ottawa, Canada
K1A 0L6

La Commission

M. le juge Allen M. Linden, président
M^c Gilles Létourneau, vice-président*
M^c Louise Lemelin, c.r., commissaire
M^c Joseph Maingot, c.r., commissaire
M^c John Frecker, commissaire*

Secrétaire par intérim

Harold J. Levy, LL.B., LL.M.

Coordonnateur de la section de recherche sur les règles de fond du droit pénal

François Handfield, B.A., LL.L.

Conseiller principal

Patrick Fitzgerald, M.A. (Oxon.)

* N'était pas membre de la Commission lorsque le présent document a été approuvé.

Conseillers

Lynn Douglas, B.A., LL.B.
Oonagh Fitzgerald, B.F.A., LL.B.

Remerciements

Le professeur Jacques Fortin est décédé avant la publication du présent document de travail.

Il était vice-président de la Commission au moment où débutèrent les recherches sur la responsabilité secondaire et nous lui sommes redevables de son apport au présent document.

De nombreuses personnes ont contribué à la préparation de ce document de travail. La Commission tient à remercier en particulier Elizabeth Gilhooly, Holly Solomon et Gary Chayko. Elle remercie également le conseil consultatif sur le droit pénal, dont les commentaires et suggestions se sont avérés précieux et ont, dans bien des cas, été retenus.

Table des matières

INTRODUCTION	1
CHAPITRE UN : La notion de responsabilité secondaire, son fondement: les principales difficultés qu'elle soulève	5
I. La notion de responsabilité secondaire, son fondement	5
II. Les principales difficultés que soulève la notion de responsabilité secondaire	8
CHAPITRE DEUX : La responsabilité secondaire et le droit.....	9
I. Les origines historiques	9
II. Le droit actuel.....	15
A. La complicité	15
(1) Les dispositions générales	15
(2) Les dispositions particulières	16
(3) La jurisprudence	17
B. La tentative	17
(1) Les dispositions générales	17
(2) Les dispositions particulières	18
(3) La jurisprudence	18
C. Les conseils	19
(1) Les dispositions générales	19
(2) Les dispositions particulières	19
(3) La jurisprudence	19

CHAPITRE TROIS : Les lacunes du droit actuel.....	21
I. Le manque de généralité	21
II. L'agencement désordonné	22
III. Le manque d'exhaustivité.....	22
IV. L'objectivisme, le flou et l'incohérence.....	25
 CHAPITRE QUATRE : Une nouvelle approche	 27
I. La responsabilité secondaire : structure proposée.....	28
II. L'élément moral	32
A. Les principes en cause	32
(1) L'intention	32
(2) L'imprudence	32
(3) L'insouciance	33
B. Le dessein différent	35
C. Le cas de l'infraction impossible	36
(1) L'impossibilité de fait	37
(2) L'impossibilité de droit	37
D. Le désistement volontaire	38
E. Le cas où l'auteur principal bénéficie d'un moyen de défense	40
F. Conclusion	41
III. L'élément matériel.....	42
A. Les principes en cause	42
B. Les conseils et l'incitation	45
C. L'aide et l'encouragement	46
D. La tentative	47
E. Conclusion	48
IV. La double mise en accusation	48
V. Conclusion.....	48

CHAPITRE CINQ : Le complot	49
I. Les règles actuelles	49
A. La disposition générale.....	50
B. Les dispositions particulières.....	51
C. La jurisprudence	51
II. Les lacunes des règles actuelles	52
III. Les principes en cause	52
IV. La double mise en accusation	55
CHAPITRE SIX : Recommandations.....	57
ANNEXE : Les critères utilisés pour distinguer la tentative des actes préparatoires	59

Introduction

En principe, l'accomplissement d'une action définie comme une infraction par le droit pénal spécial constitue une condition nécessaire et suffisante de la responsabilité pénale. Il ne s'agit cependant pas là d'une règle absolue. D'une part, l'accomplissement de l'action s'avère parfois insuffisant, ce qui permet à l'auteur d'échapper à la répression. D'autre part, il n'est pas toujours indispensable : une personne peut dans certains cas se voir imputer légalement la responsabilité d'un fait qu'elle n'a pas commis.

C'est que les définitions quelque peu sommaires offertes par le droit pénal spécial sont complétées par certaines dispositions de la partie générale, qui viennent préciser la manière dont elles doivent être interprétées et appliquées.

Ce complément se présente sous deux formes opposées. En premier lieu, les règles du droit pénal général peuvent restreindre la portée et le champ d'application des dispositions du droit pénal spécial, en écartant la responsabilité pénale et en énonçant que malgré la commission d'un acte tenu pour une infraction, l'auteur ne peut être déclaré coupable. En second lieu, elles peuvent au contraire élargir la portée des textes de la partie spéciale en imputant à des personnes la responsabilité d'actes non commis par elles.

Les règles appartenant à la première catégorie (celles qui limitent la portée des infractions définies par le droit pénal spécial) font l'objet du document de travail 29¹. On y étudie : (1) les principes de la responsabilité pénale et (2) les moyens de défense d'application générale. Les deux questions sont intimement liées : elles sont toutes les deux fondées sur l'idée centrale qu'il ne peut exister de responsabilité sans faute, elles reposent sur des concepts qui dans une certaine mesure renvoient les uns aux autres (par exemple, l'automatisme et l'erreur par rapport à l'élément matériel et à l'élément moral) et en dernière analyse, elles sont liées à une conception tant normative que descriptive de l'élément moral.

Les principes de la responsabilité pénale y sont pour leur part traités d'une manière originale. En effet, tandis qu'actuellement ils ne s'expriment pas dans le *Code criminel* mais dans des règles de common law, ils figureraient dans la partie générale du nouveau code, par souci d'exhaustivité. Mais conformément à la conception exposée par le juge Stephen dans l'arrêt *Tolson*², nous recommandons qu'ils revêtent la forme de règles d'interprétation selon lesquelles, sauf disposition contraire, la constitution d'une infraction supposerait une conduite et une connaissance de la part du prévenu³.

1. Commission de réforme du droit du Canada, *La partie générale : Responsabilité et moyens de défense* [Document de travail 29], Ottawa, Ministère des Approvisionnements et Services, 1982.

2. *R. v. Tolson*, (1889) 23 Q.B.D. 168.

3. Voir Commission de réforme du droit, *op. cit. supra*, note 1.

La question des moyens de défense d'application générale est abordée de la même façon. À l'heure actuelle, en effet, certains d'entre eux, telles la nécessité et l'intoxication, font simplement l'objet de règles de common law. Or, toujours par souci d'exhaustivité, ils seraient tous énoncés dans la partie générale du nouveau code. En outre, une disposition préliminaire préciserait qu'aucune responsabilité n'est imputable à une personne pouvant bénéficier de l'un ou l'autre des moyens énumérés, et cela malgré l'existence de la conduite ou de la connaissance requises par la définition de l'infraction reprochée.

D'une manière analogue, les règles du droit pénal général dont le rôle consiste à élargir la portée de la partie spéciale se répartissent en deux catégories distinctes mais néanmoins connexes. Elles concernent la responsabilité sans commission effective d'une action incriminée; c'est ce que nous appelons la responsabilité «secondaire», et le présent document est consacré à l'étude de cette notion. La première catégorie de règles vise le cas où, à strictement parler, aucune infraction aux dispositions du droit pénal spécial n'a été commise, alors que la deuxième s'applique à des situations où une infraction a bel et bien été commise, mais par une personne autre que le prévenu en question.

Il va de soi que dans le premier cas, personne ne peut se voir imputer la responsabilité d'une infraction spécifique, puisque aucune n'a été commise. En revanche, la responsabilité «secondaire» des personnes qui ont fait un acte tendant à la consommation de l'infraction en cause (conseils, incitation ou tentative) peut être engagée. La responsabilité sera alors relative à une infraction de nature générale, normalement définie dans la partie générale comme une infraction inchoative.

Par ailleurs, la responsabilité d'une infraction spécifiquement définie par le droit pénal spécial et effectivement commise par une personne, peut en principe être imputée à une autre de trois manières différentes. On peut avoir fait un acte tendant à la consommation de l'infraction commise (incitation, aide apportée à l'auteur principal : c'est la complicité). On peut aussi avoir aidé le délinquant à échapper à la justice : il s'agit du cas du complice après le fait. Enfin, la responsabilité peut résulter de l'existence d'un lien avec l'auteur principal (par exemple, l'employeur vis-à-vis de son employé).

De ces trois façons dont on peut être responsable d'une infraction commise par un autre, seule la première, soit la complicité, ressortit véritablement à la responsabilité secondaire. Dans ce cas, en effet, le prévenu partage la responsabilité de l'infraction précise en cause. Le deuxième cas (recel de malfaiteur) constitue sans doute une infraction en soi, celle d'entrave à la justice. Enfin le troisième, celui de la responsabilité du fait d'autrui, n'est pas du domaine du droit pénal, comme nous l'expliquerons dans un autre document⁴ et comme l'a souligné la Cour suprême du Canada⁵.

4. Dans un document de travail distinct consacré à la responsabilité pénale des personnes morales.

5. Voir *R. c. Sauls Ste-Marie*, [1978] 2 R.C.S. 1299, (1978) 40 C.C.C. (2d) 353; *R. v. McNamara (No. 1)*, (1981) 56 C.C.C. (2d) 193.

Le présent document, consacré à la responsabilité secondaire, porte donc sur deux questions : (1) la complicité et (2) les infractions inchoatives. Comme il s'agit selon nous, dans les deux cas, d'actes tendant à la consommation d'une infraction, c'est sous cet angle que nous les étudions.

En effet, les règles régissant la complicité et les infractions inchoatives, tout comme celles qui s'appliquent à la responsabilité et aux moyens de défense, ont plusieurs points en commun. En premier lieu, elles sont fondées sur le principe que sont répréhensibles non seulement la commission d'une infraction, mais également les actions délibérées tendant à sa consommation. En deuxième lieu, elles reposent sur des concepts qui dans une certaine mesure correspondent les uns aux autres : ainsi la tentative et les conseils constituent respectivement des formes «inchoatives» de la perpétration et de la complicité. Enfin, elles suscitent les mêmes difficultés. Par exemple, quels sont les éléments constitutifs de la tentative, de la complicité? Quelle est la sanction appropriée? Quel est l'effet du désistement volontaire?

On constate donc que les règles du droit pénal général se caractérisent par une remarquable symétrie. D'une part, elles limitent la responsabilité de l'auteur principal tandis que de l'autre, elles étendent la responsabilité pénale aux complices et aux auteurs d'infractions inchoatives. Dans le premier cas, elles jouent un rôle restrictif : le prévenu, bien qu'il ait commis un acte visé par le droit pénal spécial, échappe à la responsabilité. Dans le second, elles énoncent que la responsabilité du prévenu est engagée non seulement s'il commet un acte prévu par le droit pénal spécial, mais aussi en cas de tentative, d'incitation, d'aide, et ainsi de suite.

La principale difficulté soulevée par les règles revêtant un caractère restrictif tient à ce que bon nombre d'entre elles, par exemple celles qui régissent les principes de la responsabilité et les moyens de défense d'intoxication volontaire et de nécessité, ne figurent pas dans le *Code* actuel. Aussi avons-nous tenté, dans le document de travail 29, de codifier les règles de common law avec les modifications jugées appropriées, en vue de leur insertion dans le nouveau code.

Les règles qui ont pour effet d'étendre le champ de la responsabilité pénale suscitent des difficultés d'un autre ordre. En effet, si elles sont pour la plupart exprimées dans le *Code* actuel, leur cohérence et leur agencement laissent à désirer et elles manquent parfois de clarté. Par ailleurs, leur interprétation est rendue difficile par suite de problèmes que le common law n'est jamais parvenu à résoudre d'une manière convenable.

Aussi le présent document de travail est-il divisé en six chapitres. Dans le premier, on tente de jeter la lumière sur la notion, le fondement et les principes généraux de la responsabilité secondaire. Dans le deuxième, on étudie les dispositions actuelles en matière de complicité et d'infractions inchoatives. Les lacunes des règles existantes font l'objet du troisième. Dans le quatrième, on tente d'élaborer des principes directeurs dans ce domaine. Dans le cinquième, on traite du complot et enfin dans le sixième, on présente des recommandations concrètes en vue de l'élaboration du nouveau code pénal.

Certaines questions seront toutefois laissées de côté, qui touchent notamment l'application pratique, la procédure et la preuve. Mis à part les sanctions, qui sont indissociables de notre sujet, elles feront l'objet d'études consacrées à la procédure pénale.

Nous ne traiterons pas non plus ici certaines infractions spécifiques qui, bien que définies comme des infractions complètes en soi, présentent essentiellement un caractère inchoatif. L'incendie volontaire, par exemple, consiste à mettre le feu à un bien, c'est-à-dire non pas à le détruire par le feu, mais simplement à tenter de le faire; le vol consiste à prendre le bien d'autrui avec l'intention de l'en priver : il n'est pas nécessaire de l'en priver effectivement, la tentative suffit. De telles infractions débordent le cadre du présent document, consacré aux infractions inchoatives de caractère général.

Ne seront pas étudiées, enfin, les infractions qui, malgré les apparences, ne relèvent pas de la complicité. C'est le cas, par exemple, de l'aide au suicide; en effet, le suicide n'étant pas tenu pour un crime au Canada, il ne peut engendrer de responsabilité secondaire. De même, la participation à une émeute ne peut être tenue pour une infraction secondaire consistant à aider d'autres personnes à faire la grève; il s'agit en soi d'une infraction principale.

CHAPITRE UN

La notion de responsabilité secondaire, son fondement; les principales difficultés qu'elle soulève

I. La notion de responsabilité secondaire, son fondement

La question de la responsabilité secondaire pose un problème de nature générale que l'on retrouve fréquemment en droit pénal et dont il a déjà été fait état en matière de vol et de fraude. Il s'agit de l'écart entre les principes généraux, d'une part, et leur application, d'autre part. Sur le plan des principes, en effet, la responsabilité secondaire (soit la responsabilité pénale à l'égard de la complicité et des infractions inchoatives) est une notion simple, dont le bien-fondé paraît incontestable. Cependant, son application est souvent source de difficultés.

Cela tient à plusieurs raisons. Disons tout d'abord que si le droit est fondé sur le bon sens, il ne peut s'en tenir là. Par exemple, il est vrai que des concepts juridiques tels que la tentative, la complicité, la possession, la causalité et bien d'autres découlent du bon sens, mais celui-ci ne permettrait jamais à lui seul de résoudre les problèmes particuliers auxquels font face tous les jours les tribunaux et les avocats. En ce qui concerne la responsabilité secondaire, l'avocat doit de la même façon recourir au sens commun comme matière brute pour ensuite poursuivre sa réflexion, en tentant bien sûr de ne pas s'écarter de la logique.

Sur le plan des principes, répétons-le, la notion de responsabilité secondaire paraît simple et inattaquable. En effet, si un acte est répréhensible, le fait de tenter de l'accomplir est tout aussi répréhensible. Il ne viendrait à l'idée de quiconque de considérer comme responsables et blâmables uniquement ceux qui commettent effectivement l'acte en question. Le simple bon sens nous dit que la complicité d'un délit est condamnable, de même que la tentative, l'incitation, l'aide et l'assistance tendant à la consommation d'une infraction. Ce principe est également reconnu par le droit pénal.

Manifestement, donc, les notions de responsabilité principale et de responsabilité secondaire ont le même fondement : la première découle de la commission de faits interdits parce qu'ils sont répréhensibles, qu'ils portent gravement atteinte aux droits d'autrui et qu'ils violent des valeurs fondamentales de la société; la seconde est imputée pour les mêmes motifs à ceux qui tentent de commettre ces infractions, ou encore qui incitent ou aident autrui à les commettre.

Prenons le cas de la complicité. Lorsque le fait principal (le meurtre, par exemple) est condamnable, il devrait également être répréhensible d'amener autrui à le commettre, ou de l'y aider. En effet, si le meurtre est répréhensible parce qu'il cause un préjudice réel (savoir, la mort d'une personne), est de même condamnable le fait d'inciter autrui au meurtre ou de l'aider à le commettre, puisque cela accroît les risques de mort.

Le même argument peut être appliqué aux infractions inchoatives. Ici encore, si le fait principal (par exemple le meurtre) est condamnable, la société souhaitera que personne ne le commette. Elle souhaitera également que personne ne tente de le commettre, ne conseille à autrui de le faire ou ne l'y incite. Car si le fait principal crée en soi un préjudice concret, la tentative, l'incitation, les conseils entraînent également un risque. Ils augmentent en effet la probabilité que le préjudice en question soit causé. Aussi la société est-elle fondée à prendre certaines mesures face à de telles actions : elle les interdit et impose des sanctions en cas de contravention, elle permet aux autorités d'intervenir afin d'empêcher la matérialisation du préjudice.

La difficulté consiste cependant à délimiter le champ d'application souhaitable du droit pénal, tant en ce qui concerne la responsabilité secondaire que la responsabilité principale. Car lorsque, pour protéger des valeurs fondamentales, le législateur qualifie d'infractions certaines conduites, il porte forcément atteinte, du même coup, à d'autres valeurs. Pour parler comme certains économistes, par exemple, lorsqu'un acte cause un préjudice à la victime, le fait de l'interdire cause aussi un «préjudice» à ceux qui ne peuvent plus légitimement le commettre. On protège le bien-être des éventuelles victimes au prix d'une atteinte à la liberté des autres citoyens. Dans l'élaboration des textes répressifs, la société doit donc chercher à tenir la balance égale entre les deux côtés : elle doit éviter dans la mesure du possible d'empiéter sur les libertés individuelles en interdisant des actes que chacun devrait être autorisé à faire.

En common law, cet équilibre se manifeste de deux manières différentes. D'un côté, les infractions sont soigneusement définies par le droit pénal spécial, et bien des actions échappent ainsi à la répression. D'un autre côté, le droit pénal général fournit des critères bien établis en ce qui a trait à la conduite et à l'élément moral, ce qui a également pour effet d'exclure certaines actions du domaine de la responsabilité pénale. Dans les deux cas, on veut éviter de punir des comportements inoffensifs et innocents : comportements que l'on ne peut véritablement qualifier de conduites (ils ne constituent pas des actions), actions accomplies sans dessein répréhensible (c'est-à-dire qui ne s'accompagnent d'aucun élément moral), conduites qui ne sont d'aucune façon répréhensibles en soi (inexistence d'un élément matériel).

L'équilibre en question est tout particulièrement difficile à atteindre dans le contexte de la responsabilité secondaire. C'est qu'en matière de responsabilité principale, l'acte défini par le droit pénal spécial revêt normalement un caractère manifestement répréhensible et appelle sans équivoque la répression pénale. Dans le cas de la responsabilité secondaire, par contre, les conduites visées de façon indirecte et générale par les règles régissant la complicité et les infractions inchoatives ne sont pas aussi clairement répréhensibles et leur interdiction est moins certaine. Autrement dit, si le meurtre et les

voies de fait causant des lésions corporelles revêtent un caractère manifestement criminel, cela peut s'avérer beaucoup moins évident dans le cas de la simple tentative, ou dans celui de l'assistance apportée à l'auteur de telles infractions. Le meurtrier a toujours, cela va de soi, une intention criminelle, tandis que chez la personne qui tente de commettre un meurtre, cela peut ne pas être manifeste. Dans ce dernier cas, en effet, on ne pourra souvent conclure à l'existence d'une intention criminelle qu'à partir des actes du prévenu, ou encore de son aveu.

Une telle inférence est dangereuse pour deux raisons. Tout d'abord, on risque de conclure à tort à l'existence d'une intention de nuire : l'acte du prévenu peut avoir été parfaitement innocent. C'est pourquoi le ministère public est rigoureusement tenu, en droit pénal, d'établir hors de tout doute raisonnable l'intention de nuire. Ensuite, même lorsqu'une personne déclare qu'elle avait une telle intention, on pourra néanmoins estimer dans certains cas qu'elle aurait pu accomplir exactement la même action en toute innocence, sans intention coupable. Cela explique la réticence du common law à qualifier d'infraction la simple intention ou la «pensée criminelle», et son insistance sur le fait extérieur répréhensible, sur l'existence d'un élément matériel.

Ce double risque de pénaliser les conduites innocentes ou les simples «pensées criminelles» est encore accentué par la formulation de notre droit pénal. Prenons la notion d'élément matériel, par exemple. En ce qui a trait à la responsabilité principale, cet élément est habituellement défini d'une façon relativement précise dans les dispositions de la partie spéciale. Mais dans le cas de la responsabilité secondaire, l'élément matériel des infractions consistant dans les conseils, l'aide et la tentative n'est caractérisé que très vaguement par les dispositions de la partie générale. Quelles sont les conduites requises pour la constitution des infractions consistant dans les conseils, l'incitation, l'aide, la tentative? À quel moment l'aide, l'encouragement ou la tentative deviennent-ils commission? Vu la nature même de ces questions, il semble impossible de trouver des réponses précises dans la loi ou la jurisprudence.

Les mêmes remarques semblent s'appliquer également à l'élément moral. En matière de responsabilité principale, les dispositions pertinentes du droit pénal spécial décrivent souvent ce qui est requis à cet égard et lorsque tel n'est pas le cas, le principe général est applicable : l'intention ou la connaissance est nécessaire. Dans le domaine de la responsabilité secondaire, en revanche, on peut dire que ni les dispositions pertinentes du droit pénal général ni l'application des principes régissant l'élément moral ne se caractérisent par leur limpidité. L'instigateur doit-il avoir eu l'intention de provoquer l'infraction, ou doit-il simplement avoir su qu'il allait vraisemblablement la provoquer? La personne qui aide ou encourage l'auteur principal doit-elle avoir une intention quant à la commission de l'infraction, ou suffit-il qu'elle sache que la réalisation de celle-ci est probable? Ces questions n'ont jamais reçu de réponse complète en common law.

II. Les principales difficultés que soulève la notion de responsabilité secondaire

La notion de responsabilité secondaire suscite en outre certaines difficultés qui, d'une manière générale, ne se posent pas dans le domaine de la responsabilité principale. Elles ont trait au dessein différent, à l'impossibilité et au désistement volontaire.

En matière de responsabilité principale, le dessein différent n'est pertinent qu'à l'égard de la responsabilité imputée par déduction. Dans le domaine de la responsabilité secondaire, cependant, le problème se pose lorsque le fait commis par l'auteur principal diffère de celui dont le prévenu envisageait ou souhaitait la commission : P exhorte A à commettre le crime X et, à la suite de ces pressions, A commet le crime Y. Dans quelle mesure la responsabilité du crime Y devrait-elle être imputée à P?

L'impossibilité, dont il est habituellement question dans le contexte de la tentative, a également des conséquences en matière de conseils et d'incitation. P tente de commettre le crime X, incite A à le commettre ou conseille à B de le commettre. Or, il s'avère impossible de commettre le crime X. La responsabilité secondaire de P devrait-elle être considérée comme engagée et, le cas échéant, dans quelle mesure?

La question du désistement volontaire peut se poser tant dans le cas de la complicité que dans celui des infractions inchoatives. P entreprend de commettre le crime X, commence à inciter B à le commettre, ou à conseiller à C de le commettre, mais renonce à son projet. P commence à aider E à commettre le crime X, puis cesse de le faire. Jusqu'à quel point un tel désistement volontaire écarte-t-il ou limite-t-il la responsabilité secondaire de P?

Ces questions nous amènent à étudier le problème primordial de la peine. Les personnes à qui est imputée la responsabilité secondaire d'une infraction devraient-elles recevoir la même sanction que les auteurs principaux? Lorsqu'une infraction est commise, la responsabilité morale de toutes les personnes qui y ont pris part devrait-elle être la même? La participation effective de chacun devrait-elle avoir une incidence sur la peine qui lui est infligée? Et lorsque aucune infraction n'est commise, la tentative, les conseils ou l'incitation entraînent-ils la même responsabilité que si l'infraction avait véritablement été commise? L'objectif de dissuasion justifie-t-il l'imposition d'une peine moins sévère, ou au contraire plus sévère? Suivant le bon sens, la peine devrait-elle être moins sévère du fait qu'aucun préjudice concret n'a été causé?

Étant donné toutes les difficultés qui se posent au sujet de l'élément matériel et de l'élément moral, du dessein différent, de l'impossibilité et du désistement volontaire, il n'est pas étonnant que les règles actuelles régissant la responsabilité secondaire puissent sembler non satisfaisantes. Un bref rappel de leurs origines historiques et de leur formulation nous permettra cependant de montrer qu'essentiellement, elles sont bien fondées. Nous serons ensuite en mesure de préciser leurs lacunes et de proposer des améliorations qui respectent leur essence et leur fondement.

CHAPITRE DEUX

La responsabilité secondaire et le droit

La notion de responsabilité pénale secondaire existe depuis très longtemps dans les systèmes juridiques occidentaux. On la trouve dans chacun des systèmes de droit appartenant à la famille romano-germanique, de même que dans tous les systèmes de common law fondés sur le droit de l'Angleterre.

I. Les origines historiques

L'existence de la responsabilité secondaire est donc reconnue dans les deux grandes familles de droits du monde occidental. Mais si la responsabilité découlant d'une participation à l'infraction sans commission effective semble n'y faire l'objet d'aucun doute, on semble plus hésitant en ce qui concerne la responsabilité attachée aux infractions inchoatives, surtout en common law.

D'ailleurs, la doctrine classique enseigne que la notion d'infraction inchoative a connu une évolution bien différente dans les deux systèmes. En droit romain et dans les droits civils qui en sont dérivés, la responsabilité pénale à cet égard découlait directement du principe *voluntas reputatur pro facto*⁶. En common law, par contre, les choses se sont passées plus lentement puisque, comme le soulignent Pollock et Maitland, [TRADUCTION] «notre droit ancien était fondé sur le principe opposé : *factum reputatur pro voluntate*⁷». Lorsque c'est l'intention qui compte, la notion de responsabilité inchoative ne pose manifestement aucune difficulté; mais lorsque les règles sont fondées sur l'action, on ne peut envisager la responsabilité pénale sans la commission du fait incriminé.

Si intéressant que soit ce point de vue, il s'agit d'une simplification exagérée. En effet, il suffit de jeter un coup d'œil à l'histoire du droit pour constater que les choses se sont passées d'une façon bien plus compliquée. Le droit civil n'a d'aucune manière été l'esclave du principe *voluntas*, pas plus que le common law ne l'a été du principe inverse.

6. Voir R. Merle et A. Vitu, *Traité de droit criminel*, Paris, Cujas, 1975, vol. 1, p. 613.

7. F. Pollock et F. W. Maitland, *The History of English Law before the Time of Edward I*, 2^e éd., Cambridge, Cambridge University Press, 1898, vol. 2, p. 477, note 5.

La notion de responsabilité secondaire était manifestement admise en droit romain et dans les droits qui y ont succédé en Europe. Les juristes romains se sont en effet étendus longuement sur les modes de participation aux infractions, en distinguant les *auctores*, *co-auctores*, *auxillarii*, *participes*, *consilii*, etc.⁸ Ces distinctions n'avaient cependant pas beaucoup d'incidence sur la responsabilité ou la peine encourue. Pour ce qui est du résultat, il n'y avait donc pas tellement de différence entre les règles en vigueur dans les droits romano-germaniques et celles que le common law avait élaborées en ce qui a trait à la complicité de trahison et de *misdemeanor*.

Sur cette question de la peine attachée à la complicité, toutefois, les droits européens n'ont pas tous adopté la même solution. En France, par exemple, on a suivi le droit romain : complices et auteurs sont passibles de la même sanction⁹, tandis qu'en Allemagne la responsabilité secondaire entraîne une peine moins sévère que la commission effective¹⁰.

Quant à la notion d'infraction inchoative, son existence en droit romain est plus douteuse. Pour certains auteurs, tel Bynkersknoëk, le droit romain ne comportait même aucune règle générale en matière de tentative, mais seulement des infractions spécifiques à cet égard¹¹. D'autres juristes, cependant — en fait la majorité des auteurs du seizième siècle — affirment au contraire que la tentative (*conatus*) était considérée comme équivalant à la commission effective et justifiait la même sanction¹².

Le droit romain différait bien sûr des droits civils modernes sous un aspect important. Le vol et bien d'autres actes qualifiés de crimes aujourd'hui y étaient plutôt considérés comme des délits civils donnant lieu à réparation et supposant par le fait même un préjudice concret. Aussi les tentatives de vol, par exemple, n'entraînaient-elles aucune responsabilité.

D'autres règles seront cependant élaborées en matière d'atteintes aux droits de la collectivité. Car si, au début, le préjudice constituait là aussi une condition préalable de la responsabilité, les choses changeront lorsque se précisera la distinction entre les délits commis *casu*, par accident, et *dolus*, c'est-à-dire intentionnellement. Lorsque le *dolus* deviendra l'élément essentiel, les actes préparatoires, le commencement d'exécution, et ainsi de suite, qui en sont des manifestations extérieures, suffiront à entraîner la responsabilité pénale¹³.

8. Voir *op. cit. supra*, note 6.

9. *Code pénal* français de 1810, modifié, 79^e éd., 1981-1982, Paris, Jurisprudence Dalloz, 1981, art. 59.

10. *Das Deutsche Strafgesetzbuch*, 1975, à jour au mois de juin 1980, par. 27(2) et 49(1).

11. Bynkersknoëk, *Observ. jus rom.* III, 10, app. 1, p. 72; Feuerbach, *Lehrbuch des Gen. Peinl. Strafrechts*, Giessen, 1849, p. 48 et 39, note I; Ortolan, *Éléments de droit pénal*, 1^{re} éd., Paris, 1855, p. 122, note.

12. Voir, par exemple, *Cujas Observat* VIII 32; XV, 25; Matthaëus D'Utrecht, *de Criminibus*, *Comment. ad lib. pand.*, XLVII et XLVIII, Amst., 1644.

13. Voir Pline, *Historia* 18. 3. Le parricide de Festus V.

Quoi qu'il en soit, la simple intention (*nuda cogitatio*) n'a jamais revêtu un caractère criminel en droit romain, tout comme dans les droits modernes. En effet, le terme *voluntas*, dans la maxime *voluntas reputatur pro facto*, désignait l'intention manifestée par un acte concret¹⁴.

C'est pourquoi il n'était en réalité pas nécessaire, en droit romain, de recourir de manière spécifique à la notion de tentative pour les infractions supposant le *dolus*. On utilisait plutôt la notion d'acte tendant à la consommation d'une infraction, sans établir de distinction entre les actes préparatoires et l'exécution. La *lex Cornelia de sicariis*, par exemple, mettait sur le même pied le meurtre, la tentative de meurtre et les divers actes commis en vue du meurtre, et rendait leur auteur passible de la même peine. La même règle s'appliquait aux *crimina ordinaria*, les crimes graves.

C'est sur ces règles que sera fondée la théorie de la responsabilité pénale élaborée par les auteurs de traités européens¹⁵. On y distinguait la tentative, les actes préparatoires, les faits psychologiques internes, et ainsi de suite; et ces distinctions revêtiront une importance particulière lorsque s'imposera le principe de la légalité, suivant lequel toute infraction doit être précisément définie par un texte. D'où la difficile recherche de la certitude dans la définition de la tentative et des infractions inchoatives. L'héritage du droit romain est toutefois plus évident en matière de tentative que dans le domaine des conseils et du complot. Il semble en effet que ce soit une particularité du droit anglais que d'en être venu à considérer les conseils et le complot comme des infractions spécifiques (alors que d'une manière générale, le droit européen y voit une forme de tentative).

Pendant ce temps, le common law se serait élaboré sur le principe inverse. On disait que la responsabilité découlait des actions, et non des intentions. Pour reprendre l'expression de Pollock et de Maitland, [TRADUCTION] «c'est une règle générale de l'ancien droit que ne sont pas punissables ceux qui ont tenté de commettre une infraction, sans la commettre effectivement¹⁶».

Il était facile d'expliquer la raison d'être de cette supposée règle générale. Les actions relèvent du domaine public, elles sont un élément du monde extérieur et tous peuvent en être témoins, tandis que les pensées ont un caractère privé, elles font partie de la vie intérieure de chacun et les autres les ignorent. Comme le faisait observer le juge en chef Brian dès 1477, [TRADUCTION] «on ne peut juger les intentions d'un homme, car même le diable ne les connaît pas¹⁷». La solution retenue, selon l'opinion générale, par le common law ancien pouvait donc très bien se justifier.

14. «Cogitationibus poenam nemo patitur»: Aulus Gellius Digest XLVIII, 29.

15. Il convient cependant de souligner que la doctrine classique, et en particulier le droit français, ont ramené la théorie à quatre concepts: l'auteur, les coauteurs, les complices et les *recelevis*. Voir Merle et Vitu, *op. cit. supra*, note 6, p. 613; Dalloz, *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale*, Paris, Jurisprudence générale Dalloz, 1977, vol. 2, p. 1.

16. *Op. cit. supra*, note 7, p. 477, note 5.

17. (1477) 17 Edw. IV 2 (Cour de l'Échiquier).

Par ailleurs, les conséquences de la règle allaient de soi. L'action constituerait la condition à la fois nécessaire et suffisante de la responsabilité pénale. Elle justifierait par elle-même le châtement, l'intention criminelle pouvant sans doute en être inférée. La simple intention sans élément matériel complet, comme dans le cas de la complicité, de la tentative et des conseils, ne serait pas punissable.

Et dans une certaine mesure, ces conséquences se sont matérialisées. Sans aucun doute, en effet, la notion de *deodand* confirme que l'élément matériel est suffisant pour entraîner la responsabilité pénale, de même que le principe voulant que chacun soit tenu d'assumer les conséquences de ses actes¹⁸. Il est certain aussi que la nécessité de l'élément matériel se manifeste par l'hésitation du droit à imputer la responsabilité sans élément matériel complet; on n'a qu'à penser à la réticence du common law à condamner le complice avant que l'auteur principal ne l'ait été¹⁹, ou au fait qu'avant l'établissement de la Chambre étoilée au seizième siècle, les auteurs de tentative ou d'incitation demeuraient impunis²⁰.

L'existence d'un élément matériel n'était cependant pas indispensable dans tous les cas. Car en ce qui concerne la trahison, notamment — et cette règle remonte au moins au *Statute of Treasons* de 1351 (25 Ed. III, chap. 2) — étaient punissables certains faits relevant purement de l'intention, le complot contre la vie du roi, par exemple; et il est permis de croire que si (aux termes du *Statute of Treasons*) l'accusé devait [TRADUCTION] «pouvoir être déclaré coupable d'un acte manifeste», cela ne concernait que la preuve et non l'essence même de l'infraction²¹. Chose plus importante pour nous, par ailleurs, certaines décisions anciennes de common law montrent qu'il était possible d'engager sa responsabilité pénale à titre de complice d'une infraction, que celle-ci ait effectivement été commise ou non. C'est ainsi qu'un prévenu qui avait comploté en vue d'un meurtre mais avait échoué dans sa tentative sera déclaré coupable de *felony*, tout comme s'il avait bel et bien commis le meurtre²².

18. L'origine de la notion de *deodand* réside dans l'antique croyance que la culpabilité pèse non seulement sur l'agent, mais également sur l'objet inanimé par lequel il a commis son forfait. Par exemple, si une épée est employée pour la commission d'un meurtre, non seulement l'auteur est coupable, mais aussi l'épée qui est confisquée par la Couronne à titre de *deodand* (et cela même lorsqu'elle appartient à un tiers innocent). Voir Sir William Holdsworth, *A History of English Law*, 7^e éd., Londres, Sweet and Maxwell, 1956, vol. 3, p. 47.

19. Voir Holdsworth, *op. cit. supra*, note 18, vol. 3, p. 308.

20. Selon Stephen, la doctrine relative à la tentative tire son origine de la Cour de la Chambre étoilée. Voir J. Stephen, *A History of the Criminal Law of England*, 1883, réimpression, New York, Burt Franklin, 1964, vol. 2, p. 223-224. Souscrivent notamment à ce point de vue C. Kenny dans J. W. Cecil Turner, éd., *Kenny's Outlines of Criminal Law*, 19^e éd., Cambridge, Cambridge University Press, 1966, p. 101 et F. B. Sayre dans son article intitulé «Criminal Attempt», (1928) 41 *Harvard L. Rev.* 821.

21. Voir Sir Matthew Hale, *The History of the Pleas of the Crown*, 1736, réimpression, Londres, Professional Books, 1971, vol. 1, p. 108 :

[TRADUCTION]

Le complot contre la vie du roi constitue un acte de haute trahison, même s'il n'est pas mis à exécution; mais comme le complot ne constitue qu'un fait de l'esprit, et ne peut par lui-même être condamné sans un acte manifeste qui en constitue la preuve, l'existence d'un tel acte manifeste est nécessaire pour faire du complot ou de la pensée, un acte de haute trahison.

22. Dans une affaire jugée en 1322 (15 Edw. II 463), le juge Spigurrel parle d'une affaire où une femme et son amant avaient comploté la mort du mari de la femme et l'avaient attaqué, en croyant avoir causé sa mort. Mais le mari avait survécu, et pourtant les amants ont été arrêtés et condamnés. L'homme a été pendu et la femme, envoyée au bûcher.

Avant même la création de la Chambre étoilée, certains faits militaient contre la théorie traditionnelle touchant l'importance primordiale de l'élément matériel en common law. En premier lieu, l'élément moral en viendra peu à peu à être considéré comme indispensable pour la condamnation²³. En deuxième lieu, la tentative deviendra punissable au même titre que les infractions pleinement consommées²⁴. En troisième lieu, une forme de complot, soit le fait de conspirer pour faire porter de fausses accusations, était déjà considérée comme une infraction avant le *Case of Duels* (1615) à la Chambre étoilée²⁵. Enfin, la complicité et les infractions inchoatives n'étaient pas tenues pour essentiellement différentes : on y voyait deux aspects d'une même notion²⁶.

C'est à juste titre, on ne peut le nier, que la doctrine classique insiste sur le rôle joué par la Chambre étoilée, en particulier dans le domaine du complot. Soucieux d'affermir le pouvoir royal et de centraliser le recours légitime à la force, ce tribunal cherchera inévitablement à empêcher les duels. À cette fin, il étendra la responsabilité des complices aux témoins et autres personnes participant à la préparation du combat, que celui-ci ait lieu ou non; on considérerait donc comme des complices ceux qui aujourd'hui seraient plutôt regardés comme des auteurs de tentative, d'incitation ou de complot²⁷.

23. Voir J. W. Cecil Turner, *Russell on Crime*, 12^e éd., Londres, Stevens, 1964, p. 18-26.
24. Cela a été reconnu très tôt par les auteurs. Voir, par exemple, E. Coke, *The Third Part of the Institutes of the Laws of England*, 1644, p. 69; W. Hawkins, *A Treatise of the Pleas of the Crown*, 8^e éd., 1824, p. 113; Stephen, *op. cit. supra*, note 20, p. 222.
25. Du reste, l'histoire du complot est très intéressante. Il n'existe apparemment aucune preuve qu'une infraction spécifique de complot ait existé en common law avant l'adoption des dispositions comprises dans l'*Ordinance of Conspirators* de 1305. La notion de complot tire son origine d'un texte de loi, qui avait été adopté pour résoudre un problème bien précis, à savoir les accusations abusives. Cette infraction avait un lien plus étroit avec les atteintes à l'administration de la justice qu'avec toute autre action. En outre, ce n'était pas l'acte de complot qui constituait l'essence de l'infraction, mais plutôt le préjudice subi par le demandeur en raison des accusations portées à tort contre lui. À l'origine, le complot était une infraction véritable, pleinement consommée, qui n'avait absolument rien d'inchoatif.
26. Les tribunaux, semble-t-il, punissaient l'intention plutôt que la conduite, et l'intention avait un caractère tout aussi répréhensible si l'infraction n'était pas consommée. La conduite servait tout simplement à établir l'intention condamnable. Ce point de vue est repris dans la jurisprudence postérieure. Voir, par exemple, *R. v. Scofield*, (1784) Cald. Mag. Rep. 397, p. 403, propos de lord Mansfield :
 [TRADUCTION]
 Tant qu'une action demeure au stade de l'intention, elle n'est pas punissable par nos lois; mais dès lors qu'une action est commise, le droit juge non seulement celle-ci, mais également l'intention qui l'accompagne; et si elle est assortie d'une intention illégale et malicieuse, l'action elle-même eût-elle autrement été innocente, elle devient criminelle et punissable vu le caractère criminel de l'intention.
- Voir également *R. v. Higgins*, (1801) 2 East 5, 102 E.R. 269, p. 275 (le juge Grose) :
 [TRADUCTION]
 Si un vol qualifié avait effectivement été commis, l'incitateur serait coupable de *felony*. L'incitation, cependant, constitue l'infraction, même si elle n'a pas les mêmes conséquences, selon que l'infraction qui en fait l'objet (s'il s'agit d'une *felony*) est commise ou non. La culpabilité du complice est bien souvent tout aussi grande que celle de l'auteur principal; et même parfois, elle justifie un châtiment plus sévère.
27. C'est la solution qui a été retenue dans le célèbre *Case of Duels*, (1615) 2 St. Tr. 1033, où la Cour a décidé ceci :
 [TRADUCTION]
 Et à l'unanimité, le tribunal a exprimé son opinion : Qu'en vertu du droit ancien de ce pays, tout préparatif et combinaison visant à l'exécution d'actes illégaux, même si ceux-ci ne sont pas exécutés, ne sont pas punissables par la peine de mort, sauf dans le cas de trahison, et certains autres cas particuliers prévus par des textes de loi, mais ils sont tout de même punissables en tant que *misdemeanors* et *contempts*; et que les infractions de cette nature relèvent de la compétence du présent tribunal.

Pour ce faire, on se fondait, semble-t-il, sur le droit antérieur, mais en mettant l'accent, du moins pour ce qui a trait au complot, sur la notion de *confederating* (complot à plusieurs)²⁸.

Après l'abolition de la Chambre étoilée, ce sont les tribunaux ordinaires qui prennent la relève sur le plan de l'évolution du droit. Désormais, les règles sur la complicité et les infractions inchoatives emprunteront des voies différentes. Les deux notions seront en effet considérées comme bien distinctes, la première concernant les modes de participation à une infraction consommée, la seconde visant des infractions complètes en soi²⁹. Aussi au dix-neuvième siècle, dans l'affaire *Gregory*³⁰, décidera-t-on qu'un texte de loi portant sur la complicité ne pouvait s'appliquer dans le cas d'une incitation n'ayant pas donné lieu à une infraction. Le lien entre la complicité et les infractions inchoatives, soit la participation à une infraction par des actions tendant à sa consommation, avait donc disparu.

L'existence de ce lien avait manifestement été perçue tant par Macaulay³¹ que par Wright³², mais non par Stephen³³, semble-t-il. Rejetant les règles complexes du common law en matière de complicité, les deux juristes auront recours à un concept plus général, celui de l'*abetment* (encouragement). Macaulay désignait par ce terme l'instigation, le complot et l'aide intentionnelle³⁴ et Wright, l'aide, l'assistance, l'instigation, les conseils et l'incitation³⁵, peu importe que le fait principal soit commis ou non. En plus d'instituer une infraction distincte de tentative, ils rangeaient dans la catégorie générale d'*abetment* tous les types de complicité (y compris le recel de malfaiteur), sans égard à la commission effective du fait principal.

Pour sa part, Stephen s'en tiendra à ce qui était devenu la solution traditionnelle. Tant dans le *Digest*³⁶ que dans l'*English Draft Code*³⁷, il considérera comme deux

28. Le tribunal s'est fondé sur le droit antérieur, en prétendant qu'il ne faisait qu'interpréter les lois relatives au complot déjà en vigueur. Voir, par exemple, *The Poulterers' Case*, (1610) 9 Co. Rep. 55.
29. Après la suppression de la Chambre étoilée, les tribunaux de common law ne semblent pas avoir accordé beaucoup de crédit à cet organisme pour ce qui est de l'invention du concept de responsabilité pour tentative et incitation. Ils ont plutôt tenu compte de la «doctrine ancienne», qui assimilait la volonté à l'action, et soutenait qu'une intention répréhensible manifestée par un acte concret était punissable. Au début, ils ne modifièrent la doctrine que dans la mesure où la personne qui tentait de commettre une *felony* n'était pas responsable de l'infraction consommée de *felony*, mais plutôt de *high misdemeanor*. Voir *Mr. Bacon's Case*, (1664) 1 Lev. 146; Mich. 16 Car II dans B.R. 341; *R. v. Scofield*, *supra*, note 26, et *R. v. Higgins*, *supra*, note 26, p. 269.
30. *R. v. Gregory*, (1867) 1 L.R. 77.
31. En 1837, T. B. Macaulay rédige un projet de code criminel qui deviendra par la suite le *Indian Penal Code*, Acte XLV de 1860.
32. R. S. Wright, *Drafts of a Criminal Code and a Code of Criminal Procedure for the Island of Jamaica*, Londres, HMSO, 1877.
33. J. Stephen, *English Draft Code*, Report of the Royal Commission Appointed to Consider the Law Relating to Indictable Offences with an Appendix Containing a Draft Code Embodying the Suggestions of the Commissioners, Londres, HMSO, 1879.
34. *Indian Penal Code*, Acte XLV de 1860, chap. V (notamment l'article 107).
35. Wright, *op. cit. supra*, note 32, en particulier les chapitres IV et V.
36. J. Stephen, *A Digest of the Criminal Law*, Londres, Macmillan, 1877, Chapitre IV (sur la complicité de crimes consommés) et Chapitre V (sur la responsabilité pour les infractions inchoatives).
37. Stephen, *op. cit. supra*, note 33, réimpression dans 6 Parl. Pap., articles 71, 72 et 73 sur la complicité d'infractions consommées, et articles 74, 419 à 424 sur la responsabilité pour les infractions inchoatives.

choses bien distinctes la complicité et les infractions inchoatives. Il ne fera donc que codifier, dans une large mesure, les règles de common law existantes en matière de complicité, de tentative, d'incitation et de complot.

C'est cette codification que reprendront les rédacteurs de notre *Code criminel* de 1892³⁸, dont les dispositions, sauf quelques modifications mineures, sont demeurées en vigueur jusqu'à ce jour³⁹.

II. Le droit actuel

Les règles actuelles sont toutefois énoncées à divers endroits. En ce qui concerne tant la complicité que les infractions inchoatives, on les trouve en partie dans les dispositions générales du *Code criminel* actuel, en partie dans de nombreuses dispositions particulières et en partie dans la jurisprudence.

A. La complicité

(1) Les dispositions générales

Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 21, 22 et 23 :

21. (1) [Parties à une infraction] Est partie à une infraction quiconque

a) la commet réellement,

38. *Le Code criminel du Dominion du Canada (1892)*, articles 61, 62, 63 (sur la complicité d'infractions consommées) et l'article 64 (sur la responsabilité pour des infractions inchoatives). Soulignons que les tribunaux ont conclu à l'existence d'une infraction d'incitation (au sujet de laquelle aucune disposition distincte n'existait dans le *Code* de 1892) en interprétant l'alinéa 61*d*), et ont ainsi établi le lien entre les deux types de responsabilité secondaire pour les conseils et l'incitation. Voir, par exemple, *Brousseau v. The King*, [1918] 56 S.C.R. 22, 29 C.C.C. 207, 39 D.L.R. 114; cet arrêt a été suivi dans *R. v. Gordon and Gordon*, [1937] 2 W.W.R. 455, 79 C.C.C. 315 (C.A. Sask.).

39. Le *Code criminel*, S.C. 1953-1954, chap. 51, modifiait le *Code* de 1892 de la manière suivante : retrait de l'infraction consistant à «conseiller à quelqu'un de commettre une infraction ou la lui faire commettre» de la disposition générale sur la participation (à l'origine, l'article 61); dispositions à ce sujet dans un article distinct (le nouvel article 22); et adjonction du nouvel article 407 traitant de l'incitation demeurée sans résultat. Par ces modifications, le législateur a complètement rompu le lien entre les deux types de responsabilité secondaire. En outre, l'expression «est fauteur et coupable d'infraction ...» figurant à l'article 61 du *Code* de 1892, a été modifiée, devenant «est partie à une infraction quiconque ...» à l'article 21 du *Code* de 1955, ce qui rendait obscure la conséquence découlant d'une participation à un crime.

Lors de la modification du *Code* en 1974-1975-1976, le législateur a abrogé le paragraphe 23(3), qui rendait excusable la complicité après le fait pour les femmes mariées, si elles donnaient l'aide en question en présence et sur l'autorité de leur mari. Depuis leur adoption en 1892, les dispositions régissant la tentative n'ont subi aucune modification d'importance.

b) accomplit ou omet d'accomplir quelque chose en vue d'aider quelqu'un à la commettre, ou

c) encourage quelqu'un à la commettre.

(2) **[Intention commune]** Quand deux ou plusieurs personnes forment ensemble le projet de poursuivre une fin illégale et de s'y entraider et que l'une d'entre elles commet une infraction en réalisant cette fin commune, chacune d'elles qui savait ou devait savoir que la réalisation de l'intention commune aurait pour conséquence probable la perpétration de l'infraction, est partie à cette infraction.

22. (1) [Personne qui conseille à une autre de commettre une infraction] Lorsqu'une personne conseille à quelque autre personne d'être partie à une infraction ou l'y incite et que cette dernière y devient subséquemment partie, la personne qui a conseillé ou incité est partie à cette infraction, même si l'infraction a été commise d'une manière différente de celle qui avait été conseillée ou incitée.

(2) **[Idem]** Quiconque conseille à une autre personne d'être partie à une infraction ou l'y incite est partie à chaque infraction que l'autre commet en conséquence du conseil ou de l'incitation et qui, d'après ce que savait ou aurait dû savoir celui qui a conseillé ou incité, était susceptible d'être commise en conséquence du conseil ou de l'incitation.

23. (1) [Complice après le fait] Un complice après le fait d'une infraction est celui qui, sachant qu'une personne a été partie à l'infraction, la reçoit, l'aide ou assiste en vue de lui permettre de s'échapper.

(2) **[Quand le mari ou la femme n'est pas complice après le fait]** Nulle personne mariée dont le conjoint a été partie à une infraction n'est un complice après le fait de cette infraction, parce qu'elle reçoit, aide ou assiste le conjoint en vue de lui permettre de s'échapper.

(2) Les dispositions particulières

Étant donné leur formulation, les articles 21 et 22 sembleraient devoir s'appliquer à toutes les dispositions de la partie spéciale du *Code*. En réalité cependant, leur caractère universel se trouve amoindri par de nombreuses dispositions particulières qui, un peu au hasard, imposent de manière spécifique la responsabilité pénale à ceux qui aident, encouragent, provoquent ou incitent autrui à commettre certains actes. Citons, par exemple, l'alinéa 72*b*) — provoquer une personne à se battre en duel; l'alinéa 76*d*) — conseiller à une personne de commettre des actes de piraterie ou l'y inciter; l'article 402 — aider une personne à commettre certains actes de cruauté envers les animaux.

(3) La jurisprudence

En dépit des dispositions générales et particulières figurant dans le *Code criminel*, les règles sur la complicité n'y sont pas toutes comprises. C'est en effet en consultant la jurisprudence que l'on saura en quoi consiste l'aide et l'encouragement criminels⁴⁰, quel est l'élément moral constitutif de l'encouragement⁴¹, quels sont les effets de la contrainte⁴² et du désistement volontaire⁴³.

B. La tentative

(1) Les dispositions générales

Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 24, 421 et 587 :

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

(2) **[Question de droit]** Est une question de droit la question de savoir si un acte ou une omission par une personne qui a l'intention de commettre une infraction est ou n'est pas une simple préparation à la perpétration de l'infraction, et trop lointaine pour constituer une tentative de commettre l'infraction.

421. **[Punition de la tentative et de la complicité]** Sauf dans les cas où la loi y pourvoit expressément de façon différente, les dispositions suivantes s'appliquent à l'égard des personnes qui tentent de commettre des infractions ou sont complices, après le fait, de la perpétration d'infractions, savoir:

a) Quiconque tente de commettre un acte criminel pour lequel, sur déclaration de culpabilité, un accusé est passible d'une condamnation à mort ou de l'emprisonnement à perpétuité, ou est complice, après le fait, de la perpétration d'un tel acte criminel, est coupable d'un acte criminel et passible d'un emprisonnement de quatorze ans;

40. Voir *Dunlop et Sylvester c. La Reine*, [1979] 2 R.C.S. 881, (1979) 8 C.R. (3d) 349; *R. v. Meston*, (1975) 34 C.R.N.S. 323, 28 C.C.C. (2d) 497 (C.A. Ont.).

41. Voir *R. v. Curran*, (1978) 38 C.C.C. (2d) 151 (C.A. Alb.), autorisation d'en appeler à la Cour suprême du Canada refusée. [1978] 1 R.C.S. xi, 38 C.C.C. (2d) 151, note en bas de page; *R. v. Barr*, (1975) 23 C.C.C. (2d) 116 (C.A. Ont.).

42. Voir *Paquette c. La Reine*, [1977] 2 R.C.S. 189, 30 C.C.C. (2d) 417, 39 C.R.N.S. 257.

43. Voir *Miller et Cockriell c. La Reine*, [1977] 2 R.C.S. 680, 38 C.R.N.S. 139, 31 C.C.C. (2d) 177.

b) Quiconque tente de commettre un acte criminel pour lequel, sur déclaration de culpabilité, un accusé est passible d'un emprisonnement de quatorze ans ou moins, ou est complice, après le fait, de la perpétration d'un tel acte criminel, est coupable d'un acte criminel et passible d'un emprisonnement égal à la moitié de la durée du plus long emprisonnement encouru par une personne coupable dudit acte; et

c) Quiconque tente de commettre une infraction punissable sur déclaration sommaire de culpabilité ou est complice, après le fait, de la perpétration d'une telle infraction, est coupable d'une infraction punissable sur déclaration sommaire de culpabilité.

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

(2) Les dispositions particulières

Outre les dispositions générales, il existe plusieurs dispositions particulières touchant la tentative. Mentionnons, par exemple, l'article 72 — tentative de provocation en matière de duel; le paragraphe 108(1) — tentative de corruption de fonctionnaires judiciaires; le paragraphe 112(2) — tentative d'influencer un fonctionnaire municipal; l'article 127 — tentative d'entrave à la justice; l'article 222 — tentative de meurtre; et enfin le paragraphe 326(1) — tentative d'emploi d'un document contrefait.

(3) La jurisprudence

Sur la question de l'élément matériel, les tribunaux ont utilisé divers critères : acte non équivoque, dans l'affaire *Olhauser*⁴⁴, critère de l'arrêt *Cheeseman* dans l'affaire *Quinton*⁴⁵ et critère du «dernier acte» dans l'affaire *Courtemanche and Bazinet*⁴⁶. Quant à l'élément moral, il en est question dans l'arrêt *Ancio*⁴⁷ et la question de l'impossibilité est traitée dans l'arrêt *Burgess*⁴⁸.

44. *R. v. Olhauser*, (1970) 11 C.R.N.S. 334 (C.A. Alb.). Selon ce critère, on dépasse le stade des actes préparatoires et l'on commet une tentative lorsque ces actes visent sans équivoque à une fin criminelle.

45. *R. v. Quinton*, [1947] S.C.R. 234. Le critère *Cheeseman* tire son origine de l'affaire *R. v. Cheeseman*, (1862) Le & Ca 140, et a été approuvé par Stephen, *op. cit. supra*, note 36, article 47. Selon ce critère, il faut [TRADUCTION] «un acte ... s'inscrivant dans une série d'actes, qui constituerait la ... commission véritable [d'un crime] s'il n'était pas interrompu».

46. *R. v. Courtemanche and Bazinet*, [1970] 3 C.C.C. 139, 9 C.R.N.S. 265. Dans ce cas, l'on considère que le prévenu est coupable de tentative s'il a accompli tout ce qu'il lui était nécessaire de faire en vue de la consommation d'un crime.

47. *R. c. Ancio*, [1984] 1 R.C.S. 225, 6 D.L.R. (4th) 577.

48. *R. v. Burgess*, [1976] 33 C.C.C. (2d) 126 (C.A. C.-B.).

C. Les conseils

(1) Les dispositions générales

Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 422 :

422. [Conseiller, etc., une infraction qui n'est pas commise] Sauf dans les cas où la loi y pourvoit expressément de façon différente, les dispositions suivantes s'appliquent à l'égard des personnes qui conseillent à d'autres personnes de commettre des infractions, ou les y amènent ou incitent, savoir :

a) Quiconque conseille à une autre personne de commettre un acte criminel, ou l'y amène ou incite, est, si l'infraction n'est pas commise, coupable d'un acte criminel et encourt la même peine que celui qui tente de commettre cette infraction; et

b) Quiconque conseille à une autre personne de commettre une infraction punissable sur déclaration sommaire de culpabilité, ou l'y amène ou incite, est, si l'infraction n'est pas commise, coupable d'une infraction punissable sur déclaration sommaire de culpabilité.

(2) Les dispositions particulières

Tout comme dans le cas de la complicité, le *Code* comporte de nombreuses dispositions particulières suivant lesquelles la responsabilité pénale peut découler de l'incitation restée sans résultat. Citons simplement l'article 76 — incitation à des actes de piraterie, l'article 81 — recommander un combat concerté, et l'article 134 — faciliter une évasion⁴⁹.

(3) La jurisprudence

Les dispositions du *Code* ne sont pas explicites sur les éléments moral et matériel requis pour la constitution des infractions consistant dans les conseils et l'incitation, ni sur l'effet du désistement volontaire, du dessein différent et de l'impossibilité. La rare jurisprudence existante apporte certains éclaircissements sur ces questions⁵⁰.

49. En tout, il existe plus de vingt-cinq dispositions particulières sur l'incitation dans le *Code*.

50. Voir, par exemple, *R. v. McLeod*, (1970) 12 C.R.N.S. 193, 1 C.C.C. (2d) 5 (C.A. C.-B.) où l'on étudie la signification du terme «conseiller». Voir aussi *R. v. Walia (No. 1)*, (1975) 9 C.R. (3d) 293 (C.A. C.-B.); *R. v. Glubisz (No. 2)*, (1979) 9 C.R. (3d) 300 (C.A. C.-B.); et *Attorney-General's Reference (No. 1 of 1975)*, [1975] 2 All E.R. 684 (C.A.), qui portent sur la signification du terme anglais «procure».

CHAPITRE TROIS

Les lacunes du droit actuel

Le document de travail 29, intitulé *Partie générale : Responsabilité et moyens de défense*, est consacré aux règles générales qui limitent la portée des dispositions du droit pénal spécial. La Commission y soutenait que la partie générale assume un triple rôle : (1) elle organise le droit pénal en édictant des règles générales, ce qui évite les répétitions; (2) elle en assure la cohésion en donnant à ces règles un ordre logique et rationnel, ce qui les rend plus faciles à appliquer; (3) elle le clarifie en énonçant des principes directeurs qui mettent en lumière son esprit et son objet. Selon nous, ce triple rôle concerne également les règles de la partie générale qui étendent la portée des dispositions du droit pénal spécial; il s'applique non seulement à la responsabilité et aux moyens de défense, mais également à la complicité et aux infractions inchoatives.

À la lecture des dispositions reproduites ci-dessus, on constatera cependant qu'elles ne remplissent parfaitement aucun des trois rôles qui leur sont attribués. De toute évidence, le législateur n'a pu éviter les répétitions. Il n'a pu non plus donner aux règles en question un ordre suffisamment logique et rationnel, ce qui porte à croire que leur application est de ce fait plus difficile. Il est aussi permis de penser que les principes directeurs des règles, leur esprit et leur objet demeurent empreints de confusion.

Ces déficiences relèvent pour la plupart davantage de la forme que du fond. Dans le premier cas, elles concernent le manque de généralité des dispositions en cause, dans le deuxième, leur agencement désordonné et dans le troisième, leur manque d'exhaustivité, de même que l'objectivisme, le flou et l'incohérence qui les caractérisent.

I. Le manque de généralité

Les règles en vigueur dans ce domaine du droit ne revêtent pas un caractère suffisamment général; on y relève en effet un excès de détails, de nombreuses répétitions ainsi que des chevauchements. Les dispositions générales sont complétées par de nombreuses dispositions particulières qui, au regard d'infractions spécifiques (notamment le meurtre), régissent la complicité, la tentative ou les conseils. Cela peut être justifié par la nécessité d'imposer des peines plus sévères dans certains cas, mais il serait préférable de le faire de manière plus directe par le moyen de dispositions générales relatives à la sentence. Les textes d'incrimination spécifiques risquent en effet de donner lieu à des chevauchements et de s'avérer incompatibles avec les dispositions générales.

II. L'agencement désordonné

Le manque de cohésion se manifeste à deux égards. En matière de tentative, tout d'abord, on trouve des dispositions de caractère général à deux endroits différents : la définition figure à l'article 24, sous le titre *Parties aux infractions*, tandis que la sanction est décrite dans une tout autre partie du *Code*, soit à l'article 421. Ensuite, en ce qui a trait aux conseils, les dispositions générales ont sans doute été regroupées (il s'agit des articles 422 et 423) mais vu l'endroit où elles se trouvent, le lien n'est que partiellement établi entre cette infraction inchoative et celle de la tentative et l'on ne voit aucunement le rapport qui peut exister entre les conseils ayant donné lieu à une infraction et les conseils demeurés sans résultat.

III. Le manque d'exhaustivité

Les dispositions du *Code criminel* sont incomplètes, certaines de leurs lacunes étant toutefois comblées par les règles de common law. S'il ne s'agit pas dans tous les cas de lacunes liées à des questions importantes, il n'en demeure pas moins impossible, pour cette raison, de trouver dans le *Code* un tableau complet de la situation.

Ce manque d'exhaustivité découle en bonne partie d'oublis et de maladroites sur le plan de la rédaction. Prenons le cas des dispositions sur la participation aux infractions. À ce sujet, le *Code*, conformément à la tradition du common law, adopte la classification suivante : commission, aide, encouragement, entraide avec une intention commune (paragraphe 21(2)) et conseils. Nulle part, cependant, le législateur ne parle de la responsabilité des complices. De façon systématique, le *Code* n'impute expressément la responsabilité pénale qu'à celui qui commet effectivement l'infraction, tandis que ceux qui aident ou encouragent l'auteur principal ne se la voient imputer qu'implicitement⁵¹. En outre, le législateur n'apporte aucune précision sur la nature de la commission : on n'y trouve pas un mot sur la commission par un agent innocent, ni aucune disposition générale sur les coauteurs (le paragraphe 21(2) vise certainement un cas très spécial). Troisième exemple : à l'article 22, relatif à la complicité, le législateur utilise les termes «conseille» et «incite» alors qu'à l'article 422, en matière d'infractions inchoatives, il emploie «conseille», «amène» et «incite». Faut-il en conclure, par application du principe d'interprétation *expressio unius est exclusio alterius*⁵², qu'il existe un mode additionnel de provocation dans le cas des infractions non consommées?

51. Il convient de souligner que l'article 61 du *Code canadien initial*, soit le *Code criminel, 1892*, précisait quel était l'effet de la complicité d'une infraction : «Est fauteur *et coupable* d'infraction celui qui ...»; les mots en italique ont été supprimés lors de la modification de 1953-1954, d'où l'incertitude actuelle.

52. La mention de l'un implique l'exclusion de l'autre. H. Broom, *A Selection of Legal Maxims*, 10^e éd., Londres, Sweet and Maxwell, 1973, p. 443.

Le manque d'exhaustivité se fait également sentir au regard de l'élément matériel. Bien sûr, les difficultés qui se posent à cet égard tiennent dans une certaine mesure à la grande diversité des formes sous lesquelles l'aide, la tentative, etc., peuvent se présenter. Il n'en demeure pas moins que certaines règles, qui pourraient et devraient être énoncées dans le *Code*, ne le sont pas. Par exemple, les expressions «accomplir ou omet d'accomplir quelque chose en vue d'aider ...» (alinéa 21(1)b)⁵³ et «... fait ou omet de faire quelque chose pour arriver à son but ...» (article 24) n'ont de sens qu'à la lumière des principes généraux du common law régissant les omissions. Et le terme anglais *abet* (encouragement), qui ne fait manifestement pas partie du langage courant, n'est défini nulle part. Les dispositions portant sur l'aide et les conseils ne comportent aucune définition, et elles ne précisent pas non plus s'il est nécessaire que l'aide⁵⁴ ou les conseils⁵⁵ s'avèrent efficaces. Celles qui régissent la tentative, enfin, n'apportent aucun éclaircissement sur une question controversée : où se situe la ligne de démarcation entre les actes préparatoires et le commencement d'exécution⁵⁶?

Les dispositions générales du *Code* se révèlent également incomplètes en ce qui a trait à l'élément moral. Dans le cas de l'aide, par exemple, l'alinéa 21(1)b) du *Code* énonce qu'il consiste dans le dessein d'aider l'auteur principal, mais les tribunaux ont élargi la portée de ce critère : il suffit de prévoir que sa conduite aidera l'auteur principal; c'est ainsi que l'insouciance est punissable en cette matière⁵⁷. En ce qui concerne l'encouragement, par ailleurs, l'élément moral n'est aucunement précisé⁵⁸, et dans le cas des conseils, on ne sait pas de façon certaine si l'intention est requise ou si l'insouciance suffit⁵⁹. Pour ce qui est de la tentative, enfin, les dispositions du *Code* sont rédigées de telle façon qu'à l'égard de certaines infractions, le meurtre par exemple,

53. Voir *infra*, note 66.

54. Les auteurs ne s'entendent pas sur cette question. Pour certains, l'inutilité de l'aide n'a aucune pertinence. Voir J. Fortin et L. Viau, *Traité de droit pénal général*, Montréal, Thémis, 1982, p. 354, et D. R. Stuart, *Canadian Criminal Law: A Treatise*, Toronto, Carswell, 1982, p. 495. Par contre, voir V. Gordon Rose, *Parties to an Offence*, Toronto, Carswell, 1982, p. 17, ainsi que J. C. Smith et B. Hogan, *Criminal Law*, 4^e éd., Londres, Butterworths, 1978, p. 116.

55. Cependant, les tribunaux ont jugé qu'une personne ne peut être déclarée coupable en tant que complice en vertu de l'article 22 si l'incitation demeure sans résultat : *R. v. Deutsch*, (1983) 5 C.C.C. (3d) 41 (C.A. Ont.). Il n'est pas certain, cependant, que dans le cas d'une accusation portée en vertu de l'article 22, le ministère public soit tenu de prouver qu'une infraction a été commise par suite de l'incitation. Voir Rose, *op. cit. supra*, note 54; *R. v. Soloway*, (1975) 28 C.C.C. (2d) 212 (C.A. Alb.).

56. C'est pourquoi les tribunaux se sont rarement fondés sur l'article 24 pour répondre à la question. Ils ont plutôt eu recours aux critères élaborés au Canada et à l'étranger. Voir *supra*, notes 44 à 46.

57. Voir, par exemple, *R. v. Halmo*, (1941) 76 C.C.C. 116 (C.A. Ont.); *R. v. Kulbacki*, [1966] 1 C.C.C. 167 (C.A. Man.); *R. v. Farduto*, (1912) 21 C.C.C. 144 (C.A. Qué.).

58. Le terme «encouragement» semble signifier une contribution morale à la perpétration d'une infraction, qu'il s'agisse d'inciter autrui à la commettre, ou de l'y amener. Aussi les tribunaux ont-ils considéré comme nécessaire l'existence d'une intention. Voir, par exemple, *R. v. Curran*, (1977) 38 C.C.C. (2d) 151 (C.A. Alb.); *R. v. Jupiter*, (1983) 35 C.R. (3d) 286 (C.A. Ont.).

59. Les tribunaux ont été forcés d'étudier cette question. Voir, par exemple, *R. c. Kyling*, [1970] R.C.S. 953; *R. v. McLeod*, *supra*, note 50; *David v. R.*, [1974] C.A. 97, (1979) 9 C.R. (3d) 189 (C.A. Qué.); *R. v. Gonzague*, (1983) 9 W.C.B. 344 (C.A. Ont.).

deux interprétations différentes sont possibles au regard de l'élément moral : (1) intention de provoquer le résultat visé par le texte d'incrimination — *Ancio*⁶⁰; et (2) intention d'accomplir un acte pouvant vraisemblablement provoquer ce résultat — *Lajoie*⁶¹.

Les moyens de défense, notamment ceux qui revêtent un caractère général, suscitent également certains problèmes. D'après le common law, ils profitent tant aux complices qu'à l'auteur principal. Mais lorsqu'il s'agit de moyens de défense visés par la codification, comme celui de la contrainte⁶², les complices doivent-ils invoquer le moyen de défense de common law, ou celui prévu au *Code*? Cette question n'est réglée par aucune disposition de celui-ci. D'autres difficultés se posent au sujet de certains moyens de défense spécifiques, tels le désistement volontaire et l'impossibilité, dont il n'est nullement question dans les dispositions sur la complicité ou les conseils⁶³. Et même dans le cas des dispositions sur la tentative, qui excluent l'impossibilité comme moyen de défense, des incertitudes demeurent. Les actions accomplies en vue de commettre une infraction qu'il était impossible de commettre ne pourraient-elles pas être visées dans les dispositions du paragraphe 24(2), et partant être «trop lointaines pour constituer une tentative»⁶⁴? Et qu'en est-il des actions accomplies en vue de commettre ce que le prévenu tient pour une infraction, mais qui en réalité n'en est pas une?

60. *Supra*, note 47.

61. *Lajoie c. La Reine*, [1974] R.C.S. 399, (1973) 10 C.C.C. (2d) 313. Voir *infra*, l'analyse de cette décision.

62. Il n'est pas certain que le moyen de défense de contrainte morale puisse être invoqué à l'égard d'une accusation portée en vertu du paragraphe 21(1). Dans l'arrêt *Paquette c. La Reine*, *supra*, note 42, la Cour suprême du Canada semble avoir approuvé la décision anglaise *Director of Public Prosecutions for Northern Ireland v. Lynch*, [1975] A.C. 653 (H.L.), où une personne accusée d'avoir aidé et encouragé une autre à commettre une infraction, a pu invoquer avec succès le moyen de défense de la contrainte morale.

63. En outre, la jurisprudence ne nous apporte pas grand-chose sur ces moyens de défense. En ce qui concerne la tentative, par exemple, il semble que ce soit dans l'affaire *R. v. Carey*, [1957] S.C.R. 266, que la Cour suprême du Canada a étudié le plus attentivement cette question; elle semble y avoir implicitement reconnu la possibilité d'invoquer le désistement volontaire. Cependant, comme la majorité des juges ont conclu dans cette espèce qu'il n'y avait aucune preuve d'un tel désistement volontaire, leur opinion sur la validité de ce moyen de défense n'est qu'un *obiter dictum*.

64. On peut aussi se demander si les tribunaux incluraient l'impossibilité de droit dans les dispositions de l'article 24, c'est-à-dire, s'ils l'excluraient également à titre de moyen de défense. À notre connaissance, aucun tribunal canadien n'a eu à trancher cette question. De nombreux auteurs estiment toutefois que les tribunaux, en dépit des dispositions du paragraphe 24(1), se conformeraient à la règle de common law, qui interdit la condamnation pour une tentative visant une infraction impossible en droit. Voir par exemple A. D. Gold, «To Dream the Impossible Dream: A Problem in Criminal Attempts (and Conspiracy) Revisited», (1979) 21 *C.L.Q.* 218; et G. Williams, «Attempting the Impossible — A Reply», (1979) 22 *C.L.Q.* 49.

IV. L'objectivisme, le flou et l'incohérence

Finalement, les règles actuelles laissent à désirer par suite de l'objectivisme, du flou et de l'incohérence qui les caractérisent. L'objectivisme transparait dans les dispositions du paragraphe 21(2) :

Quand deux ou plusieurs personnes forment ensemble le projet de poursuivre une fin illégale et de s'y entr'aider et que l'une d'entre elles commet une infraction en réalisant cette fin commune, chacune d'elles qui savait ou *devait savoir* que la réalisation de l'intention commune aurait pour conséquence probable la perpétration de l'infraction, est partie à cette infraction. [C'est nous qui soulignons]

Cette disposition déroge aux principes généraux régissant l'élément moral, selon lesquels la négligence est écartée⁶⁵. Par ailleurs, comme la loi ne définit pas en quoi doivent consister l'aide, l'encouragement et les conseils, en définitive toute action autre que la simple présence sur les lieux du crime pourrait être visée⁶⁶; force est donc de conclure qu'à cet égard, les règles actuelles sont floues et risquent de donner lieu à une répression exagérée. Quant à l'incohérence, on la relève à deux égards : (1) les complices sont passibles des mêmes peines que les auteurs véritables, mais dans le cas de la tentative, etc., la peine est variable (peine entière pour les infractions punissables sur déclaration sommaire de culpabilité, moitié de la peine pour la plupart des actes criminels, mais quatorze ans d'emprisonnement dans le cas du meurtre); et (2) tandis que la commission et la complicité ont un équivalent inchoatif, soit la tentative et les conseils, l'aide et l'encouragement n'ont pas de semblable pendant. Il s'agit là d'une dissymétrie qu'auraient certainement relevée Macaulay et Wright⁶⁷.

65. La gravité de cette dérogation aux principes régissant la faute n'est nulle part plus apparente que dans les décisions portant sur le meurtre par interprétation, prévu aux articles 213 et 214. Voir, par exemple, *R. c. Trinneer*, [1970] R.C.S. 638; *R. v. Riezbos*, (1975) 26 C.C.C. (2d) 1 (C.A. Ont.); *R. v. McLean*, (1976) 31 C.C.C. (2d) 140 (C.A. Ont.); *R. v. Gamble and Nichols*, (1978) 40 C.C.C. (2d) 415 (C.A. Alb.); *Stuart*, *op. cit. supra*, note 54, p. 502.

66. Aux termes des alinéas 21(1)b) et c), toute conduite, notamment de simples paroles ou gestes, peut être suffisante si elle encourage l'auteur à commettre l'infraction. Voir *Dunlop et Sylvester c. La Reine*, *supra*, note 40, p. 891.

Pour être pénalement responsable d'aide et d'encouragement, le prévenu doit normalement avoir accompli une action, mais lorsqu'il est en mesure de maîtriser l'auteur et qu'il assiste à la perpétration du crime, on a même jugé qu'un simple acquiescement peut être suffisant. Voir *National Coal Board v. Gamble*, [1959] 1 Q.B. 11, p. 25, décision approuvée dans *Tuck v. Robson*, [1970] 1 W.L.R. 741. L'application de ce principe a, dans le cas des infractions relatives à la conduite des véhicules, subi une telle extension que la capacité de maîtriser l'auteur peut être inférée du simple fait de la propriété du véhicule. Voir *R. v. Halmo* et *R. v. Kutbacki*, *supra*, note 57. La simple présence sur les lieux du crime peut établir l'aide et l'encouragement, si elle s'accompagne d'autres éléments. Voir, par exemple, *R. v. Black*, (1970) 10 C.R.N.S. 17 (C.A. C.-B.), et *Re A.C.S.*, (1969) 7 C.R.N.S. 42 (C.S. Qué.). Cependant, la jurisprudence n'est pas uniforme. Voir, par exemple, *R. v. Salajko*, (1970) 9 C.R.N.S. 145 (C.A. Ont.); *R. v. Clow*, (1975) 25 C.C.C. (2d) 97 (C.S. Î.-P.-É.); *R. v. Cruise*, (1970) 9 C.R.N.S. 225 (C. prov. Man.).

67. *Op. cit. supra*, notes 31 et 32.

CHAPITRE QUATRE

Une nouvelle approche

Il est donc possible de conclure que les règles actuelles en matière de responsabilité secondaire sont d'une manière générale bien fondées, mais présentent des défauts. On pourra remédier à ceux-ci, dans le nouveau code pénal, à quatre conditions. Premièrement, toutes les règles pertinentes, sans exception, devront être rassemblées dans un même chapitre consacré à la responsabilité secondaire. Deuxièmement, ces règles devront être cohérentes, dépourvues de toute contradiction et fondées sur des principes harmonieux. Troisièmement, elles devront se caractériser par la modération : il faudra éviter l'incrimination d'actes essentiellement innocents et légitimes. Enfin, toutes ces dispositions devront être rédigées sans détours, dans un style clair, de sorte qu'elles soient facilement compréhensibles et aisées à appliquer.

On pourra parvenir à l'exhaustivité par trois correctifs : (1) regroupement de toutes les règles au même endroit du *Code*, sans aucun recours à des dispositions particulières ou aux règles de common law; (2) énonciation expresse — et non implicite — de la responsabilité pénale de *toutes* les personnes ayant participé à une infraction (et non seulement des auteurs véritables); et (3) définition claire des trois modes de perpétration possibles : seul, avec une autre personne, par l'intermédiaire d'un agent innocent.

Pour assurer la cohérence, trois mesures pourraient être prises : (1) expliquer dans le chapitre pertinent de la partie générale comment la complicité et les infractions inchoatives sont liées à la même notion, à savoir les actions tendant à la consommation d'une infraction; (2) restreindre la responsabilité pénale secondaire aux actions (tentative, etc.) tendant à l'exécution d'infractions criminelles (et non d'infractions réglementaires ou prévues dans les lois provinciales); (3) organiser de façon rationnelle les peines auxquelles donne lieu la responsabilité secondaire.

On pourra enfin éviter l'incrimination outrancière en cherchant à atteindre la clarté maximale et en situant dans des limites raisonnables les éléments matériel et moral constitutifs de la responsabilité secondaire.

I. La responsabilité secondaire : structure proposée

En matière de commission, de complicité et d'infractions inchoatives, on peut établir deux distinctions. On peut en premier lieu distinguer les personnes qui participent à une infraction pleinement consommée et celles qui participent à une infraction qui ne l'est pas : c'est en fait la distinction entre les infractions consommées et les infractions inchoatives. En second lieu, on peut opposer les personnes qui commettent des infractions spécifiques à celles qui commettent d'autres actes tendant à la consommation de telles infractions : il s'agit de la distinction entre responsabilité principale et responsabilité secondaire.

L'élaboration d'un nouveau régime dans ce domaine pourrait être fondée sur l'une ou l'autre de ces distinctions. Par exemple, on pourrait poser tout d'abord que la responsabilité pénale d'une personne peut être engagée de deux façons : (1) commission d'une infraction et (2) action tendant à la consommation d'une infraction. On préciserait ensuite qu'une infraction ou un acte tendant à la consommation d'une infraction peut être commis individuellement, conjointement ou par l'intermédiaire d'un agent innocent. Enfin, en ce qui concerne les actes tendant à la consommation d'une infraction, on pourrait préciser qu'ils peuvent être accomplis aussi bien avant que pendant la perpétration de l'infraction principale, et aussi bien sur les lieux où celle-ci est commise qu'ailleurs.

Dans cette hypothèse, la complicité et les infractions inchoatives seraient remplacées par une seule infraction, consistant à accomplir une action tendant à la consommation d'une infraction. L'intérêt de cette solution tient à ce qu'elle ferait ressortir le fondement commun de ces notions, qui à l'heure actuelle n'est pas apparent étant donné que la responsabilité des complices est considérée comme indirecte et celle des auteurs d'infractions inchoatives, comme principale. Les délinquants seraient responsables des actes qu'ils commettent eux-mêmes et non (comme actuellement les complices) des actes commis par une autre personne et, comme il se doit, le fait que l'auteur principal commette ou non l'infraction en cause n'aurait aucune incidence sur la responsabilité des personnes qui accomplissent une action tendant à la consommation de celle-ci.

Cette dernière caractéristique est irréprochable au point de vue de la logique. En premier lieu, le complice et l'auteur d'une tentative demeurée sans résultat sont sans doute aussi à blâmer, sur le plan moral, que l'auteur principal et que la personne qui a réussi à commettre l'infraction projetée; dans le cas de la tentative, le résultat n'est qu'une question de hasard, si l'on se met dans la peau de l'auteur. En deuxième lieu, il peut arriver que le complice, et non l'auteur principal, soit la véritable «âme dirigeante» de l'affaire. En troisième lieu, celui qui accomplit une action tendant à la consommation d'un crime est parfois tout aussi dangereux que l'auteur principal : la maladresse de celui qui échoue dans sa tentative peut être compensée par son éventuel désir de revenir à la charge.

Le droit, cependant, ne repose pas sur la logique, mais plutôt sur l'expérience. Intuitivement — bien que cela pêche peut-être contre la logique — on se dit que l'auteur d'un crime mérite davantage le blâme social que le complice, ou que l'auteur d'une tentative avortée. On tend en outre à déterminer la peine non seulement suivant le résultat envisagé par le délinquant, mais également suivant le résultat effectif. Il semble aller de soi, par exemple, que la tentative de meurtre justifie une peine moins sévère que le meurtre lui-même. Enfin, il est permis de croire qu'en prévoyant une peine moindre pour les crimes imparfaits, la loi encouragerait le désistement volontaire.

Pour ces raisons, nous croyons que le nouveau régime, tout en ayant recours au concept unificateur de l'action tendant à la consommation d'une infraction, devrait maintenir la distinction traditionnelle entre les infractions parfaites et les infractions inchoatives. Il conviendrait donc en premier lieu d'établir deux classifications parallèles. En matière d'infractions parfaites, tout d'abord, la responsabilité pénale pourrait découler de trois types de participation :

- (1) perpétration;
- (2) aide;
- (3) incitation.

En matière d'infractions non parfaites, ensuite, elle pourrait de la même façon découler de trois types d'actions :

- (1) tentative de perpétration;
- (2) aide demeurée sans résultat (lorsque la personne qui bénéficie de l'aide ne commet pas le crime en question);
- (3) incitation demeurée sans résultat (lorsque la personne incitée à commettre le crime ne le commet pas effectivement).

En deuxième lieu, trois modes de perpétration devraient être énoncés dans ce nouveau régime, comme ce serait le cas dans l'autre régime envisageable. Premièrement, on peut agir seul, c'est-à-dire individuellement. Deuxièmement, la perpétration peut avoir lieu par l'intermédiaire d'un agent innocent — on amène un tiers, qui n'est pas coupable, à accomplir l'action prohibée. Troisièmement, la perpétration peut être conjointe — on accomplit l'action avec d'autres personnes. Cette classification est applicable tant en matière d'infractions parfaites que d'infractions non parfaites.

Il importe d'établir avec soin la distinction entre aide et perpétration conjointe. La perpétration conjointe suppose le partage du crime : une personne en commet une partie, une autre en commet une autre partie. Parfois, comme le soulignait Williams, leur contribution est impossible à différencier : [TRADUCTION] «Si deux voyous frappent à coups répétés un homme à la tête et que celui-ci en meure, les deux sont coupables

de meurtre⁶⁸». Il peut aussi arriver que le crime comporte deux éléments et que chacun des auteurs en commette un : [TRADUCTION] «Dans le cas du vol qualifié, qui est formé de deux éléments, soit le vol et la violence, une personne peut commettre le vol pendant que son comparse profère les menaces de violence, et les deux sont coauteurs⁶⁹». En revanche, celui qui ne fait qu'aider l'auteur principal ne participe pas à l'acte criminel lui-même : [TRADUCTION] «Supposons que X poignarde un homme pendant que son compagnon Y immobilise le bras de la victime de façon à l'empêcher de se défendre ... Y est [simplement] complice⁷⁰».

Il conviendrait enfin, dans le nouveau régime, d'organiser les peines de façon rationnelle. Premièrement, pour les raisons données ci-dessus, la sanction devrait être moins sévère à l'égard des crimes imparfaits qu'à l'égard des crimes pleinement consommés; nous proposons une peine réduite de moitié, ce qui est conforme aux règles actuelles. Deuxièmement, la peine devrait être la même pour tous les types de participation aux crimes imparfaits. Troisièmement, elle devrait également être la même pour tous les types de participation aux crimes pleinement consommés; l'auteur de l'aide et de l'incitation devrait être exposé au même châtement que l'auteur du fait principal, car dans certains cas il est autant, voire même davantage, coupable que ce dernier.

Il ne faudrait cependant pas renoncer pour autant, dans le nouveau régime, au concept d'action tendant à la consommation d'une infraction. Pour tous les types de participation autres que la perpétration d'une infraction pleinement consommée, on devra définir cette participation comme une action — tentative, aide, incitation — tendant concrètement à la consommation du crime spécifique en cause. L'élément moral serait formé d'une intention en ce sens, et l'élément matériel d'une action tendant concrètement à la consommation. Dans tous les cas, le juge des faits serait tenu de répondre à la même question : le prévenu a-t-il accompli une action tendant concrètement à la consommation d'un crime, et avait-il une intention en ce sens?

On aura remarqué une innovation dans le régime proposé : l'aide demeurée sans résultat. Contrairement à l'incitation, l'aide n'est source de responsabilité pénale, selon les règles actuelles, que s'il y a commission du fait principal. Or, suivant le nouveau régime, celle-ci n'aurait plus aucune incidence sur la responsabilité.

Cette solution est sans aucun doute la bonne. Les règles actuelles présentent en effet une lacune d'importance. Une personne engage sa responsabilité pénale si elle entreprend de commettre un crime, que celui-ci soit pleinement consommé ou non. Elle l'engage aussi lorsqu'elle incite autrui à commettre un crime, même si l'incitation demeure sans résultat. Par contre, lorsqu'elle aide autrui à commettre un crime, sa responsabilité n'est engagée que si cette autre personne le commet effectivement.

68. G. Williams, *Textbook of Criminal Law*, 2^e éd., Londres, Stevens, 1983, p. 330.

69. *Ibid.*

70. *Ibid.*

Comment justifier cela? En matière d'actions tendant à la consommation d'un crime, devrait-on établir une distinction selon que le fait principal est commis ou non? Sans doute est-il possible de soutenir que lorsque le crime n'est pas commis, l'aide est trop anodine, trop éloignée pour que le châtement soit justifié. Par contre, la personne qui accomplit délibérément une action tendant à la consommation d'un crime, en incitant ou en aidant autrui à le commettre, n'est pas moins blâmable ou moins dangereuse si le crime en question n'est pas commis. Sa conduite est en effet répréhensible en soi, puisqu'elle vise à la consommation d'un crime, et le caractère criminel de cette conduite ne devrait pas dépendre de la commission de l'infraction principale.

Finalement, la règle établie par l'actuel paragraphe 21(2) serait abolie. À cet égard, une distinction s'impose. Il y a en premier lieu la question de savoir si la personne qui forme avec une autre le projet de commettre un crime devrait être pénalement responsable à cet égard; ce problème sera étudié plus loin. Il faut en second lieu se demander si l'on devrait considérer cette personne comme complice d'un crime commis par l'autre personne pour concrétiser le projet commun, ce qui est une tout autre question. La règle actuelle prête le flanc à la critique en ce qu'elle considère cette personne comme complice d'un crime, si elle *devait* savoir que la réalisation de l'intention commune aurait pour conséquence probable la perpétration de celui-ci, alors qu'en principe la responsabilité pénale suppose l'intention ou l'insouciance. Aux termes du paragraphe 21(2), en outre, la personne qui n'a accompli aucune action tendant concrètement à la consommation d'un crime peut être déclarée complice; or celui qui ne fait que s'entendre avec d'autres pour accomplir une telle action, tout comme la personne qui décide seule de le faire, ne contribue pas véritablement à la perpétration du crime. Pour ces raisons, nous croyons que la règle instituée au paragraphe 21(2) devrait être abrogée purement et simplement.

L'un des plus importants objectifs du nouveau régime consiste dans la détermination des éléments moral et matériel de la responsabilité secondaire. Normalement, on s'attache tout d'abord à l'étude de l'élément matériel, puisque dans la commission d'un crime, c'est ce qui importe le plus (le fait d'infliger des lésions corporelles, par exemple, qui revêt manifestement un caractère criminel). Ce n'est qu'ensuite que l'on s'intéresse à l'élément moral, qui est souvent inféré du fait matériel (habituellement, on n'inflige pas de blessures à autrui sans en avoir l'intention). Mais lorsqu'il s'agit de la responsabilité secondaire, on adopte l'ordre inverse parce qu'une action peut souvent paraître légitime à première vue, et n'être condamnable qu'en raison de l'intention révélée par d'autres indices. C'est pourquoi, tandis que dans le cas des crimes pleinement consommés l'élément matériel peut permettre de conclure à l'existence d'un élément moral, c'est souvent l'inverse qui se passe dans le domaine de la responsabilité secondaire : on connaît l'élément moral, et il faut chercher l'élément matériel. Aussi étudierons-nous d'abord l'élément moral.

II. L'élément moral

A. Les principes en cause

Quel devrait être l'élément moral constitutif des infractions relevant de la responsabilité secondaire? Disons tout d'abord que la responsabilité pénale découlant d'actions tendant à la consommation d'une infraction pénale est semblable à celle qu'entraînent le meurtre, l'incendie volontaire et le vandalisme. L'action tendant à la consommation d'une infraction est en effet assimilable à cet égard aux crimes caractérisés par un résultat.

Dans le cas de ces crimes, rappelons que divers types d'élément moral sont possibles⁷¹. Ils peuvent être commis intentionnellement : dans le cas du meurtre, par exemple, l'auteur a l'intention de tuer quelqu'un. Ils peuvent être commis sans intention directe, mais néanmoins sciemment, avec une intention «oblique»; citons l'exemple du saboteur qui, bien que ne voulant pas causer la mort des passagers d'un avion, considère que leur mort est nécessaire à la réalisation de son dessein, celui-ci consistant dans la destruction de l'appareil. On peut aussi commettre ces crimes par insouciance, comme lorsqu'une personne continue de tirer sur une cible tout en sachant qu'elle risque d'atteindre la personne qui se trouve tout près. Ils peuvent enfin être commis par imprudence (le prévenu n'était pas conscient du risque, mais aurait dû l'être).

(1) L'intention

Parmi ces quatre formes d'élément moral, lesquelles conviendrait-il de retenir en matière de responsabilité secondaire? En ce qui concerne l'intention, aucun doute possible : si les crimes constituent des atteintes à des valeurs fondamentales, tel le caractère sacré de la vie, les actions accomplies en vue de leur consommation doivent certainement être considérées comme répréhensibles en soi. Le même raisonnement s'applique en matière de connaissance ou d'intention oblique : les atteintes portées à des valeurs sociales fondamentales conservent leur caractère répréhensible même lorsqu'elles ne sont que des moyens indispensables à la réalisation de l'objectif poursuivi, ou lorsqu'elles sont une conséquence indirecte et inévitable de celui-ci.

(2) L'imprudence

L'imprudence, en revanche, ne devrait pas engager la responsabilité secondaire. Dans ce cas, la personne qui accomplit une action tendant à la consommation d'une infraction le fait d'une manière non intentionnelle, et ne sait pas que son action risque

71. Voir Commission de réforme du droit du Canada, *L'homicide* [Document de travail 33], Ottawa, Ministère des Approvisionnements et Services, 1984, p. 43-53.

de favoriser la commission du crime en question. Sa faute consiste dans le manque d'attention : elle *aurait* dû se rendre compte que sa conduite accroîtrait la probabilité que l'infraction soit perpétrée. En soi, ce manque d'attention ne porte pas atteinte à des valeurs fondamentales ni ne les menace; il ne justifie donc pas l'intervention du droit pénal. Cela est du reste conforme à la doctrine traditionnelle, qui ne considère l'imprudence comme susceptible d'engager la responsabilité pénale que dans des cas exceptionnels.

(3) L'insouciance

Entre l'intention et l'imprudence se situe le cas de l'insouciance (*recklessness*, en anglais). La personne qui accomplit une action qu'elle sait être de nature à tendre à la consommation d'une infraction (sans avoir de certitude à cet égard, ce qui constituerait plutôt une intention oblique, comme nous l'avons vu ci-dessus) devrait-elle être tenue pour pénalement responsable? P tente d'administrer un narcotique à X en étant conscient que cela risque de le tuer, tient à Y des propos qu'il sait être de nature à pousser ce dernier à tuer X, ou encore prête sa voiture à Z tout en sachant que ce dernier risque de l'utiliser pour aller tuer X. Si X n'est pas tué, la responsabilité pénale de P devrait-elle être engagée pour des actions tendant à la consommation de l'homicide? Et si l'homicide est effectivement commis, P devrait-il être tenu pour complice? Sa responsabilité est-elle engagée du fait de son insouciance?

Pour répondre à ces questions, il convient sans doute de rappeler tout d'abord la définition du terme anglais *recklessness*. Dans le langage courant, le sens de ce mot est relativement vague et *reckless* est souvent synonyme de «très imprudent». En droit pénal, cependant, *reckless* a un sens bien précis et signifie [TRADUCTION] «prendre délibérément un risque grave et injustifiable⁷²».

Dans cette définition, le mot clef est «injustifiable». Comment peut-on déterminer, dans chaque cas, si le risque peut être justifié? En matière civile, les règles régissant l'imprudence et la négligence permettent de dégager trois critères : la gravité du préjudice risquant d'être provoqué, sa probabilité, et l'obligation pour l'agent d'adopter une autre conduite — dans quelle mesure devrait-il lui être interdit d'accomplir des actions légitimes en soi, voire susceptibles de présenter une très grande utilité sociale⁷³?

Dans le contexte de la responsabilité secondaire, la personne accomplit une action qu'elle sait être de nature à accroître la probabilité qu'un crime soit commis, une action qui tend à la consommation de ce crime. Par analogie avec les règles du droit civil relatives à la négligence et à l'imprudence, nous pourrions soutenir que plus grave est le crime, et plus grande la probabilité qu'il soit commis, plus il convient d'imputer la responsabilité pénale à la personne qui accomplit une action tendant à sa consommation.

72. Voir, par exemple, *R. v. Caldwell*, [1981] 1 All E.R. 961 et *R. v. Lawrence*, [1981] 1 All E.R. 974.

73. Voir, par exemple, A. Linden, *Canadian Negligence Law*, Toronto, Butterworths, 1972 et Sir. J. W. Salmond, *Law of Torts*, Londres, Sweet and Maxwell, 1977.

Un autre élément doit cependant être pris en considération. En ce qui concerne les crimes ordinaires caractérisés par un résultat, il existe un lien de causalité direct entre l'action et le préjudice qui en découle. Dans le cas des actions tendant à la consommation d'une infraction, en revanche, qu'il s'agisse d'aide ou de conseils apportés à autrui (mais non de tentative, il faut le noter), le lien de causalité est indirect, car il s'exerce par l'intermédiaire d'une personne dotée de la volonté. Plus grande est la responsabilité de cette dernière, plus restreinte est manifestement celle de l'instigateur⁷⁴.

Il faut aussi tenir compte de l'obligation de l'agent initial. Dans quelle mesure peut-on exiger de lui qu'il cesse une action entreprise dès qu'il s'aperçoit qu'elle risque d'amener une autre personne à commettre un crime? Dans les exemples donnés ci-dessus, faut-il conclure que P n'est plus libre de dire le fond de sa pensée à Y, ou de prêter sa voiture à Z, à cause des actes que ceux-ci risquent de faire par la suite? Et si ce que P veut dire est la vérité? Faut-il taire celle-ci? Ou encore, s'il exploite une entreprise de location de voitures, doit-il s'abstenir de conclure la transaction?

Devant ces arguments, une conclusion semble pouvoir être tirée : en matière d'actions tendant à la consommation d'une infraction, l'élément moral devrait consister exclusivement dans l'intention (directe ou indirecte). La responsabilité pénale devrait être imputée seulement aux personnes qui accomplissent des actions en vue de la consommation d'un crime, ou en sachant que leurs actions auront nécessairement cette conséquence. Elle ne devrait pas découler d'actions qui ne sont que fortement susceptibles de donner lieu à la commission du fait principal.

S'agit-il là d'un critère exagérément restrictif? Supposons que P prête à X son pistolet bien qu'il sache que ce dernier s'en servira probablement pour tuer Y. Cette insouciance ne devrait-elle pas engager sa responsabilité pénale? Chose certaine, le caractère répréhensible de l'aide est fonction de la gravité de l'infraction qui risque d'être commise.

On peut répondre de diverses façons à cet argument. Premièrement, plus l'infraction qui risque d'être commise est grave, moins il est probable que la personne qui fournit de l'aide à l'auteur principal le fasse sans intention coupable; habituellement, celui qui prête une arme à feu à une personne qu'il sait avoir des dispositions au meurtre ne le fait pas innocemment.

Deuxièmement, en limitant la responsabilité secondaire, à l'égard des actes qu'autrui risque d'accomplir, aux cas où l'agent a l'intention de favoriser la consommation d'une infraction, on ne s'écarte pas des règles de common law en vigueur au sujet de cette question de la causalité. Dans l'affaire *Beatty v. Gillbanks*⁷⁵, par exemple, des membres de l'Armée du Salut avaient manifesté dans une rue où ils prévoyaient un affrontement violent avec des casseurs connus sous le nom de «Skeleton Army»; or,

74. Voir H. Hart et A. Honoré, *Causation in the Law*, 1959, réimpression, Oxford, Clarendon Press, 1967, p. 336 et s., pour une intéressante étude de toute cette question.

75. *Beatty v. Gillbanks*, (1882) 9 Q.B.D. 308.

on a jugé qu'ils ne s'étaient pas rendus coupables d'assemblée illégale, parce qu'un acte parfaitement légitime ne devient pas criminel pour la seule raison qu'il peut amener d'autres personnes à se livrer à des agissements illégaux. Dans un autre cas, par contre, soit la décision *Wise v. Dunning*⁷⁶, un orateur avait organisé des assemblées publiques où, par son langage et ses gestes, il ridiculisait fortement la foi d'un grand nombre des personnes de l'endroit, les poussant ainsi à troubler l'ordre public; il fut relaxé sous condition qu'il ne viole pas la paix et qu'il se conduise bien. Sa responsabilité était engagée, selon Smith et Hogan⁷⁷, parce qu'il avait enflammé son auditoire, qui avait alors perdu son libre arbitre, tandis que dans l'autre affaire, les membres de la «Skeleton Army» ne pouvaient prétendre imputer à autrui leur comportement violent.

Troisièmement, il faut tenir compte du sens courant des termes «tentative», «conseils» et «incitation». Ils supposent l'intention que l'infraction principale soit commise : la tentative implique le dessein de faire ce que l'on tente de faire, et celui qui incite autrui à commettre une infraction ne le fait pas sans raison, il espère que son incitation ne demeurera pas sans résultat.

En droit, certains termes peuvent bien sûr prendre un sens particulier. Il peut s'avérer commode de donner un sens restreint à un mot qui, dans la langue courante, a une signification plus large. Le terme «nuit», par exemple, a été défini en common law et ensuite à l'article 2 du *Code criminel* comme «la période comprise entre neuf heures du soir et six heures du matin le lendemain».

Cependant, le terme «incitation» et les autres termes apparentés n'ont pas acquis pareil sens technique. En langage juridique comme en langage courant, l'incitation suppose l'intention d'amener autrui à commettre l'infraction en question, et la tentative suppose l'intention de consommer le crime qui en fait l'objet⁷⁸.

B. Le dessein différent

Supposons que P conseille à X de commettre un crime, ou l'aide à le commettre. Il prévoit que X va exécuter le crime A, mais en réalité c'est le crime B qui est perpétré. P devrait-il être pénalement responsable d'avoir accompli une action tendant à la consommation du crime B?

Dans certains cas, il faut manifestement répondre par l'affirmative. Par exemple, X demande à P de lui prêter son pistolet pour tirer sur V et le blesser; P accepte et X, comme il en avait l'intention depuis le début, tue V d'un coup de pistolet. On verrait mal P tenter de se disculper en prétendant qu'il ne pensait pas que X voulait tuer V. Il devrait certainement être déclaré complice d'homicide, voire de meurtre.

76. *Wise v. Dunning*, [1902] 1 K.B. 167, [1900-3] All E.R. 727.

77. *Op. cit. supra*, note 54, p. 754.

78. Voir *R. v. Whybrow*, (1951) 35 G. App. R. 141, et *Ancio*, *supra*, note 47.

Cela n'est toutefois pas vrai dans tous les cas. Supposons que X demande à P de lui prêter son pistolet en disant qu'il veut le cacher sur V pour faire accuser celui-ci de vol; P prête son pistolet à X, qui s'en sert pour tuer V. Ici, P serait sans doute fondé, s'il est accusé de meurtre, à alléguer qu'il n'a prêté le pistolet que dans le dessein d'aider X à incriminer V.

Le principe applicable est sans doute le suivant. D'une manière générale, la responsabilité pénale d'une personne ne devrait pas être engagée à l'égard d'une infraction qu'elle aide ou encourage une autre personne à commettre, si cette dernière commet une infraction différente de celle projetée. Ce principe devrait toutefois être inapplicable quand la différence ne tient qu'à l'identité de la victime ou à la gravité de l'infraction. Donc, si P prête son pistolet à X pour que ce dernier tue Y, mais qu'en réalité X s'en sert pour tuer Z, P pourrait être déclaré complice : il voulait aider X à commettre un meurtre. S'il prête son pistolet à X pour que ce dernier inflige des blessures graves à Y, et que les blessures causent la mort de Y, la responsabilité de P serait également engagée, car personne n'était en mesure de savoir avec certitude que les blessures ne seraient pas suffisamment graves pour provoquer la mort de Y. Si P prête son pistolet à X pour que ce dernier s'en serve à titre de menace pendant un vol de banque, et que X tue un commis en l'utilisant, la responsabilité de P pour complicité de meurtre devrait être déterminée au regard de ce critère : la différence entre l'utilisation du pistolet envisagée (menaces) et l'utilisation véritable (meurtre) est-elle une différence de degré ou une différence de nature? À notre avis, il s'agit là d'une question qui devrait dans tous les cas être tranchée par le juge des faits à la lumière de l'ensemble de la preuve.

C. Le cas de l'infraction impossible

Supposons que P tente de commettre le crime X, qu'il incite E ou aide F à le commettre, et que le crime en question s'avère impossible. Sa responsabilité pénale est-elle engagée à l'égard du crime X?

Habituellement, la question de l'infraction impossible est étudiée dans le contexte de la tentative et, pour simplifier les choses, c'est également ce que nous ferons ici. Soulignons cependant que notre analyse s'applique à toutes les actions tendant à la consommation d'une infraction, qu'il s'agisse d'incitation, d'encouragement, d'aide, et ainsi de suite.

Rappelons pour commencer que l'impossibilité peut se présenter sous différentes formes. En premier lieu, il existe deux types d'impossibilité de fait. L'impossibilité peut tenir aux circonstances : par exemple, il n'y a pas d'argent dans la poche où le pickpocket plonge la main. Elle peut aussi revêtir un caractère général; ainsi, on ne peut sans doute pas tuer par le moyen du vaudou. En second lieu, l'impossibilité de droit peut également se présenter de deux façons. Elle peut découler des circonstances;

par exemple, les biens ne peuvent faire l'objet d'un vol, puisqu'ils appartiennent à P à son insu. L'infraction peut également être impossible en raison du droit en vigueur, lorsque le «crime» envisagé, le suicide, par exemple, ne constitue plus une infraction.

(1) L'impossibilité de fait

En matière d'impossibilité de fait, le common law propose les solutions suivantes⁷⁹. Lorsque l'impossibilité découle d'une circonstance inconnue de l'agent, la responsabilité de celui-ci ne devrait pas être réduite. Par exemple, le fait que la poche où le pickpocket plonge la main soit vide ne restreint aucunement la culpabilité de celui-ci, ne le rend pas moins dangereux. Mais lorsqu'il s'agit d'une impossibilité qui tient à la nature même des choses, aucune responsabilité ne devrait être imputée à l'agent, puisque le tueur potentiel ne présente jamais un danger véritable. Le fait de tenter de commettre un meurtre par le vaudou, par exemple, bien qu'il ne soit pas moins répréhensible que les tentatives exercées par d'autres moyens, est en soi relativement inoffensif⁸⁰.

Le premier cas ne présente donc aucune difficulté. Lorsque le pickpocket plonge la main dans la poche vide d'un passant, c'est simplement le fait du hasard si le vol s'avère impossible. En général, les gens ont de l'argent dans leur poche, de sorte que le geste du pickpocket provoque de l'inquiétude même lorsque ce dernier s'attaque à une poche vide. Normalement, un tel acte entraîne, pour la victime, la perte d'un bien et l'on n'hésite pas à dire qu'il s'agit d'une tentative de vol. Rien ne s'oppose, ni sur le plan des principes ni sur celui de la logique, à ce que l'on tienne le même raisonnement en droit pénal⁸¹.

Le deuxième cas ne pose pas beaucoup de problèmes lui non plus. On considère en général qu'il est impossible de tuer quelqu'un en utilisant le vaudou; si, par conséquent, une personne recourt à ce moyen pour tenter de commettre un meurtre, on n'y verra aucune menace pour la vie humaine. Par contre, quiconque tente de commettre un meurtre avec une arme à feu qu'il croit à tort être chargée, constitue manifestement un danger. Dans les cas où l'impossibilité est absolue, on devrait donc hésiter à faire intervenir le droit pénal⁸².

(2) L'impossibilité de droit

L'impossibilité de droit peut d'abord découler des circonstances. Si une personne tente de «voler» ce qui lui appartient, pourquoi ne devrait-elle pas être responsable de tentative de vol? Tout comme le pickpocket dont la tentative est infructueuse, elle a

79. Voir *R. v. Smith (Roger)* (C.A.), [1975] A.C. 476 (C. des L.).

80. Dans l'affaire *R. v. Osborn*, (1920) 84 J.P. 63, par exemple, le prévenu avait été acquitté de tentative d'avortement, parce qu'en dépit de son intention, il n'avait prescrit qu'une substance inoffensive en vue de procurer l'avortement.

81. C'est d'ailleurs ce qui est prévu par le droit actuel. Voir, par exemple, *Detering c. La Reine*, [1982] 2 R.C.S. 583, 31 C.R. (3d) 354; *R. v. Scott*, [1964] 2 C.C.C. 257 (C.A. Alb.).

82. C'est d'ailleurs ce que font les tribunaux à l'heure actuelle. Voir *Osborn. supra.* note 80.

l'intention de nuire et accomplit une action pour concrétiser cette intention. En revanche, tandis que le pickpocket a le dessein de commettre une infraction spécifique, notre «voleur», lui, n'a qu'une intention de nuire abstraite (le vol). Dans le premier cas, l'infraction peut être commise, alors que dans le second, elle ne peut absolument pas l'être. Bien sûr, on pourrait blâmer le «voleur» du fait qu'il était disposé à prendre le bien en question (peu importe à qui il appartenait) et donc, d'une manière générale, à violer la loi, mais d'après le droit en vigueur, il ne s'agit pas là d'une infraction. À moins que notre façon d'aborder le droit pénal ne change du tout au tout, sa responsabilité pénale ne sera jamais engagée.

Reste enfin à considérer l'impossibilité de droit qui revêt un caractère essentiel. Notre droit ne réprime que les conduites prohibées par un texte de loi. Celles dont l'auteur croit à tort qu'elles sont interdites ne sont pas davantage punissables que ne sont excusables celles dont l'auteur pense qu'elles sont permises. Ce n'est pas le citoyen qui fait la loi, c'est le législateur, et l'ignorance de la loi ne constitue ni un moyen de défense ni une infraction : elle n'a aucune incidence sur le caractère punissable des conduites, ni dans un sens ni dans l'autre. La personne qui tente de se suicider, par exemple, en pensant à tort qu'il s'agit d'un crime, n'est pas coupable de tentative. En effet, son acte ne fait l'objet d'aucune incrimination spécifique, et il n'existe aucune infraction qui consisterait dans le fait de tenter de violer la loi d'une manière générale.

Sur la question de l'infraction impossible, le nouveau régime adopte donc la solution suivante. Aucune responsabilité pénale ne devrait être imputée à l'auteur d'actions tendant à la consommation d'une infraction qu'il est, par la nature des choses, impossible de commettre par les moyens employés. Aucune responsabilité ne devrait non plus être retenue contre la personne qui accomplit une action tendant à l'exécution d'un fait qui, pour quelque raison que ce soit, n'est pas qualifié d'infraction. Dans tous les autres cas, la nature impossible de l'infraction principale ne devrait aucunement influencer sur la responsabilité pénale découlant des actions tendant à sa consommation.

D. Le désistement volontaire

Supposons que P tente de commettre le crime X mais renonce à son projet, qu'il incite E à le commettre puis cesse toute incitation, ou encore qu'après avoir commencé à aider F à le commettre, il met fin à son aide. Dans l'hypothèse où le désistement traduit véritablement un changement d'attitude psychologique et ne découle pas d'un fait extérieur à l'agent (par exemple l'approche d'un policier) et en tenant pour acquis qu'il précède la consommation du fait principal et ne constitue pas tout simplement une tentative infructueuse, quelle est la responsabilité de P?

Selon les pays, on a donné diverses réponses à cette question. En France⁸³ et en Allemagne⁸⁴, le désistement volontaire peut être invoqué à titre de moyen de défense, et c'est également la solution proposée par le *Model Penal Code*, qui parle de [TRADUCTION] «l'abandon d'un dessein criminel⁸⁵». Dans la plupart des pays de common law, par exemple l'Angleterre⁸⁶, l'Australie⁸⁷ et sans doute le Canada⁸⁸, malgré le silence du *Code criminel*, c'est la solution contraire qui a été retenue.

Trois arguments militent en faveur de la première solution. La personne qui renonce à un projet criminel est moins à blâmer que celle qui va jusqu'au bout, et la stigmatisation s'avère moins nécessaire dans son cas⁸⁹. Elle constitue un risque moins grand pour la société et l'intervention de la police est moins nécessaire à son égard. En outre,

83. *Code pénal français de 1810*, modifié, 79^e édition, Paris, Dalloz, 1981-1982, article 2 :
Toute tentative de crime qui aura été manifestée par un commencement d'exécution, si elle n'a été suspendue ou si elle n'a manqué son effet que par des circonstances indépendantes de la volonté de son auteur, est considérée comme le crime même.
84. *Code pénal allemand de 1871*, 2^e édition mise à jour au 1^{er} février 1955, Baden-Baden, Wervereis, 1955, p. 27.
Article 46. La tentative n'est pas punissable :
1) si l'auteur a abandonné l'exécution de son projet sans en avoir été empêché par des circonstances indépendantes de sa volonté;
2) si, à une époque où l'action n'est pas encore découverte, l'auteur a, de son propre fait, empêché les effets nécessaires à la consommation du crime ou du délit.
Ce moyen de défense a été retenu à l'article 28 du *German Draft Penal Code E 1962* (traduction anglaise), *The American Series of Foreign Penal Codes*, Londres, Sweet and Maxwell, 1966, vol. II, p. 33, et a reçu la caution des rédacteurs du *Alternative Draft of a Penal Code for the Federal Republic of Germany* (traduction anglaise), article 26, *The American Series of Foreign Penal Codes*, Londres, Sweet and Maxwell, 1977, vol. 21, p. 24.
85. *Model Penal Code* (10 U.L.A.), par. 5.01(4), p. 499-500 :
[TRADUCTION]
Lorsque la conduite de l'agent constituerait autrement une tentative aux termes de l'alinéa 1)b) ou 1)c) du présent article, il peut invoquer à titre de moyen de défense nouveau, le fait qu'il a renoncé à sa tentative de commettre le crime ou a d'une autre manière empêché sa commission, dans des circonstances qui traduisent un désistement volontaire et complet. L'établissement de ce moyen de défense n'a cependant aucune incidence sur la responsabilité du complice qui n'a pas pris part à ce désistement ou à cette prévention.
Au sens du présent article, le désistement n'est pas volontaire s'il est motivé, en tout ou en partie, par des circonstances qui n'étaient pas présentes ou apparentes au début de la conduite de l'agent, qui augmentent le risque de décèlement ou les craintes de l'agent, ou qui rendent plus difficile l'exécution du dessein criminel. Le désistement n'est pas complet s'il est motivé par la décision de retarder la conduite criminelle jusqu'à ce que les circonstances soient plus propices ou de faire porter la tentative criminelle sur une victime ou sur un objectif différent, mais semblable.
86. Voir English Law Commission, *Criminal Law: Attempt, and Impossibility in Relation to Attempt, Conspiracy and Incitement*, Law Com. No. 102, Londres, HMSO, 1980, p. 68.
87. Voir E. Meehan, *The Law of Criminal Attempt*, Toronto, Carswell, 1984, p. 219-220.
88. Voir *R. v. Goodman*, (1873) 22 U.C.C.P. 338; *R. v. Rump*, (1929) 51 C.C.C. 236 (C.A. C.-B.); *R. v. Kosh*, (1964) 44 C.R. 185 (C.A. Sask.).
89. Comme le soutient G. Williams dans *Criminal Law: The General Part*, 2^e éd., Londres, Stevens, 1961, p. 620 :
[TRADUCTION]
[L]orsque le prévenu a changé d'idée, il ne serait que juste, si c'est possible, de considérer que son intention initiale n'était qu'à demi formée ou provisoire, et de la tenir pour insuffisante au titre de l'élément moral. Lorsque cela n'est pas possible, l'atténuation de la peine serait justifiée, car elle pourrait inciter les autres délinquants à se repentir à temps.

la reconnaissance juridique du désistement volontaire peut l'inciter à abandonner son dessein; elle sera en effet moins tentée de se dire : «puisque la tentative est punie tout comme l'infraction pleinement consommée, je n'ai rien à perdre».

Ces arguments ne sont pas irréfutables, cependant. Car s'il est vrai que le désistement volontaire rend l'agent moins coupable, ce dernier n'en demeure pas moins davantage à blâmer que la personne qui n'a rien entrepris du tout; il ne peut faire comme si rien ne s'était passé. Et si, étant donné la sincérité de son repentir, il constitue un risque moindre pour la société, il peut quand même être considéré comme plus dangereux que s'il n'avait rien fait. Enfin, le désistement peut très bien être encouragé par une certaine souplesse dans la détermination de la peine⁹⁰.

Selon nous, le désistement volontaire ne devrait par conséquent pouvoir entraîner que l'atténuation de la peine. L'acquiescement semble en effet illogique lorsque, dans le cas d'actions tendant à la consommation d'une infraction, l'élément moral et l'élément matériel sont réunis. La solution proposée permet cependant de prendre en considération le désistement volontaire du prévenu.

E. Le cas où l'auteur principal bénéficie d'un moyen de défense

Prenons la situation suivante : P aide ou encourage E à commettre le crime X; E le commet, mais il invoque un moyen de défense valable et est acquitté. Dans quelle mesure la responsabilité pénale de P devrait-elle être engagée à l'égard de ses actions tendant à la consommation du crime X?

À ce sujet, les règles actuellement en vigueur ne sont pas parfaitement claires. Suivant l'article 21 du *Code criminel*, l'aide et l'encouragement ne constituent des actes de complicité qu'à l'égard des infractions que *commet* l'auteur principal. Or, il n'est pas certain que le terme «commet» vise dans ce contexte les cas où l'auteur principal bénéficie d'un moyen de défense⁹¹. Voici les règles que nous proposons à ce chapitre. Lorsque le moyen de défense consiste dans un fait justificatif qui rend parfaitement légitime l'action de l'auteur principal, aucune responsabilité ne devrait être imputée à la personne qui a accompli une action tendant à l'exécution du fait principal. Lorsqu'il consiste dans une excuse, et que le fait principal demeure par conséquent illégal, toute action tendant à la consommation de celui-ci engagerait pleinement la responsabilité de

90. En outre, Fletcher, qui se lance dans une étude approfondie du moyen de défense du désistement volontaire, écarte la thèse selon laquelle la garantie d'immunité encourage les auteurs de tentatives à renoncer à leur projet criminel, et cite l'expérience de la République fédérale allemande, où la loi prévoit le moyen de défense du désistement volontaire, pour montrer la naïveté de l'argument. G. Fletcher, *Rethinking Criminal Law*, Boston, Little, Brown and Co., 1978, p. 187-188.

91. Voir *R. v. Cogan; R. v. Leak*, [1976] Q.B. 217. Voir cependant *Kemp*, [1964] 2 Q.B. 341, et Williams, *op. cit. supra*, note 68, p. 321.

son auteur; l'aide ou l'incitation serait alors considérée comme de la complicité à l'égard d'une infraction consommée. Enfin, si l'auteur principal peut invoquer une exemption (telle la minorité) ou encore l'absence d'élément matériel (par exemple, les cas d'automatisme) ou d'élément moral (par exemple, l'erreur de fait), mais que ce moyen de défense soit inapplicable à la personne qui accomplit l'action tendant à la consommation de l'infraction (par exemple, parce qu'elle était majeure et a agi volontairement en pleine connaissance de cause), cette dernière serait responsable d'aide ou d'incitation à l'égard d'une infraction non consommée et serait par conséquent passible de la moitié de la peine prévue pour l'infraction spécifique. Il s'agit là d'une solution intermédiaire par laquelle on évite d'une part d'imputer à cette personne la responsabilité d'une infraction qui n'est pas véritablement commise, et d'autre part de l'acquitter purement et simplement lorsqu'elle a effectivement accompli une action tendant à la consommation d'une infraction spécifique.

F. Conclusion

Voici donc les principes qui, selon nous, régissent l'élément moral en matière de responsabilité secondaire :

- (1) Nul ne devrait être tenu pour pénalement responsable d'une action tendant à la consommation d'une infraction à moins d'avoir eu l'intention que celle-ci soit perpétrée.
- (2) Lorsque l'infraction commise diffère de celle qui avait été projetée, la responsabilité pénale est inexistante à moins que la différence tienne uniquement à l'identité de la victime ou à la gravité du préjudice causé.
- (3) Aucune responsabilité pénale ne devrait être imputée pour des actions tendant à la consommation d'une infraction qu'il est impossible de commettre, ou d'actes qui ne sont pas qualifiés d'infraction par le droit pénal.
- (4) Le désistement volontaire ne devrait pas exclure la responsabilité pénale, mais plutôt donner lieu à l'atténuation de la peine.
- (5) La responsabilité de l'auteur du fait principal devrait influencer de la manière suivante sur la responsabilité de la personne ayant accompli une action tendant à sa consommation :
 - a) lorsque l'auteur principal échappe à la responsabilité pénale en raison d'un fait justificatif, aucune responsabilité secondaire ne devrait pouvoir être imputée à quiconque;

b) lorsqu'il a commis une infraction mais qu'il bénéficie d'une excuse, l'entière responsabilité secondaire devrait être imputée à l'égard d'actions tendant à la consommation d'une infraction pleinement consommée;

c) lorsqu'il n'a pas commis d'infraction en raison d'une exemption, ou encore de l'absence de l'élément moral ou de l'élément matériel requis, la responsabilité secondaire devrait être imputée à l'égard d'actions tendant à la consommation d'une infraction non parfaite.

III. L'élément matériel

A. Les principes en cause

À supposer qu'une personne ait l'intention requise, dans quels cas engage-t-elle sa responsabilité pénale pour des actions tendant à la consommation d'une infraction? En quoi devrait consister l'élément matériel de l'incitation, de l'aide et de la tentative?

Il est particulièrement difficile de répondre à cette question lorsqu'il s'agit de responsabilité secondaire. En effet, si l'on peut décrire de façon précise, dans les dispositions du droit pénal spécial, l'élément matériel constitutif des infractions spécifiques, cela s'avère évidemment impossible en matière de tentative, etc., où l'on ne peut faire autrement que de donner des définitions très vagues. Il est plus facile d'énoncer en quoi consiste la commission d'une infraction que de définir ce qu'est une action tendant à sa consommation.

Cela tient en partie à ce que la responsabilité principale est normalement imputée à l'égard d'actes qui causent un véritable préjudice, alors que la responsabilité secondaire découle d'actes qui ne sont que virtuellement préjudiciables, ou qui ne font que contribuer au préjudice occasionné. Les infractions pleinement consommées entraînent habituellement certaines conséquences : décès, lésions corporelles, destruction ou détérioration de biens. Au contraire, les actions qui tendent à la consommation d'une infraction rendent simplement ces conséquences plus probables. Or, tandis qu'il est normalement aisé de savoir si les conséquences en question se sont produites, il peut s'avérer plus difficile de déterminer si l'aide, l'incitation ou la tentative reprochées visaient effectivement à ce que ces conséquences se produisent.

Le problème découle aussi de ce qu'en common law, tout le domaine de la responsabilité secondaire a fait l'objet d'une compartimentation, les divers aspects tels que la tentative, les conseils, l'aide, etc., prenant en outre un sens très précis afin que les cas limites puissent être prévus par la loi. Pourtant, les difficultés que posent certains cas particuliers ne tiennent pas à la signification des termes utilisés, mais plutôt à l'application des règles énoncées. On connaît le sens des termes «tentative», «aide», etc. ou

de tout autre mot utilisé afin de les expliciter; ce que l'on ne sait pas, c'est comment doivent s'appliquer ces notions dans les cas limites. La simple présence peut-elle être considérée comme de l'aide? Où se situe la ligne de démarcation entre la tentative et les actes préparatoires? De telles questions relèvent du juge des faits.

Aussi convient-il, selon nous, d'aborder l'élément matériel dans ce domaine en recourant à des principes généraux. Essentiellement, aucune responsabilité pénale ne peut découler de la simple intention. Cette intention doit en effet s'accompagner d'une action : tentative, aide, incitation. Sous réserve de certains cas particuliers dont il sera question dans un prochain document de travail portant sur l'omission, l'imprudence et la mise en danger, l'inaction ne peut être source de responsabilité ni secondaire ni principale⁹².

Une fois posé que la responsabilité secondaire, comme les autres types de responsabilité pénale, suppose un élément matériel quelconque, il reste à se demander en quoi doit consister cet élément. Les règles régissant la tentative peuvent nous être d'une certaine utilité à cet égard. L'une des deux approches possibles consiste dans la conception objective⁹³: la tentative criminelle est alors considérée comme une conduite qui est en soi suffisamment dangereuse pour justifier la sanction. Selon cette conception, l'élément matériel de la tentative doit consister dans un acte précis, distinct et manifestant l'intention criminelle de son auteur; l'intention seule ne peut faire d'un acte par ailleurs innocent une tentative criminelle. En raisonnant par généralisation, nous pourrions alors soutenir que la responsabilité secondaire suppose des actions distinctes qui, tendant à la consommation d'une infraction, sont dangereuses en soi et traduisent une intention criminelle.

L'autre approche, de nature subjective, est focalisée sur l'agent plutôt que sur l'action⁹⁴. La tentative est alors considérée comme une action accomplie avec une intention criminelle par une personne manifestement dangereuse qui, partant, mérite d'être punie. Ce qui est perçu comme un danger, ici, c'est simplement que l'agent ait commencé à poursuivre son objectif; le critère ne réside pas dans la nature des actions accomplies à cette fin. L'intention de nuire donne un caractère criminel à une conduite qui sans cela serait tout à fait irrépréhensible. Encore par généralisation, nous pourrions dire que toute action tendant dans l'esprit de son auteur à la consommation d'une infraction est punissable, fût-elle anodine, innocente en soi ou très éloignée de l'infraction en question.

En revanche, il convient de ne recourir au droit pénal qu'avec modération, et de réserver son application aux délits graves. La responsabilité secondaire ne devrait donc pas pouvoir être imputée pour des actions anodines, innocentes et susceptibles d'être

92. Il existe essentiellement trois exceptions : 1) lorsque l'omission constitue un crime spécifique; 2) lorsque des obligations légales découlent de certaines relations; et 3) lorsque le fait d'omettre de faire quelque chose pourrait tout aussi bien être décrit comme une action.

93. Voir *R. v. Robinson*, [1915] 2 K.B. 342 (C.C.A.) pour un exemple de l'application de l'approche objective.

94. Voir *R. v. Godfrey*, [1974] 4 W.W.R., 18 C.C.C. (2d) 90 (C.S. Alb.) pour un exemple de l'application de l'approche subjective.

accomplies en toutes circonstances. Par exemple, le voleur de banque entreprend sa journée en se levant et en s'habillant, mais ces gestes ne devraient sûrement pas être considérés comme des actions tendant à la consommation du hold-up qu'il effectuera au cours de la matinée. De même, l'incendiaire doit nécessairement se munir d'allumettes, mais ce simple achat pourrait difficilement être tenu pour une action tendant à la consommation de l'incendie volontaire. Se lever, s'habiller, acheter une boîte d'allumettes, ce sont des gestes courants, qui peuvent bien sûr être faits sans aucune intention criminelle. Cela reviendrait donc en réalité à punir la simple intention coupable que d'y voir des actions tendant à la consommation d'une infraction.

En matière de responsabilité secondaire, l'élément matériel devrait par conséquent consister dans une conduite qui tend manifestement et concrètement à la consommation d'une infraction. Il n'est pas facile d'exprimer cette idée de façon précise dans un texte de loi, car on ne peut par une simple définition cerner les notions désignées par les termes «manifestement» et «concrètement». La responsabilité dépendra en grande partie des circonstances, ce qui confère un rôle très important au juge des faits. Le législateur peut seulement énoncer que la responsabilité secondaire suppose une action tendant *concrètement* à la consommation d'une infraction, que toute autre action n'est pas suffisante. Il est en effet impossible de faire mieux que de formuler une définition de nature générale, semblable à celle qui figure dans le *Code criminel* actuel.

Le législateur pourrait-il aller un peu plus loin et donner certains critères sous la forme de modèles d'actions tendant concrètement à la consommation d'une infraction? C'est la solution retenue dans le *Model Penal Code* en matière de tentative. Cependant, les infractions criminelles sont tellement nombreuses, tellement diversifiées qu'il est illusoire de vouloir élaborer des modèles susceptibles d'embrasser tous les cas envisageables, sans procéder à des généralisations dénuées de toute signification ou sans aboutir à des dispositions d'une très grande complexité.

Exiger l'accomplissement d'une action tendant concrètement à la consommation d'une infraction, ne serait-ce pas risquer de perdre de vue le rôle préventif des nouvelles dispositions? Pour prévenir efficacement le crime, la police ne devrait-elle pas intervenir le plus tôt possible, plutôt que d'attendre qu'une action correspondant à cette définition soit accomplie? Bien sûr, mais dans de telles situations, l'intervention de la police ne doit pas obligatoirement être fondée sur la perpétration d'une infraction relevant de la responsabilité secondaire, pas plus que ce n'est le cas dans le domaine de l'arrestation préventive. Il s'agit là de deux choses entièrement différentes.

C'est pourquoi l'élément matériel, en matière de responsabilité secondaire, devrait consister dans une action tendant concrètement à la consommation d'une infraction. Cela dit, en quoi devrait-il consister de manière plus spécifique en ce qui concerne l'aide, les conseils, la tentative, et ainsi de suite?

B. Les conseils et l'incitation

Supposons que X souhaite que Y commette un crime. Quels gestes doit-il faire pour engager sa responsabilité pénale en raison de conseils ou d'incitation? Premièrement, doit-il persuader concrètement X de le commettre, ou suffit-il qu'il s'abstienne de l'en dissuader? Deuxièmement, est-il suffisant qu'il fasse quelque chose dans le dessein d'inciter Y à perpétrer l'infraction, peu importe que cette incitation ait un effet ou non?

En ce qui concerne la première question, il serait imprudent de considérer qu'une personne engage sa responsabilité pénale si elle s'abstient de dissuader autrui de commettre une infraction. Une telle abstention, en tant qu'omission, ne devrait pouvoir donner lieu à la responsabilité secondaire que si la personne qui s'abstient de la sorte a une obligation juridique envers l'éventuelle victime. [TRADUCTION] «Ce n'est qu'exceptionnellement, toutefois», soulignait le juge Dickson dans l'affaire *Smith v. Leurs*, «que la loi impose l'obligation d'empêcher autrui de faire des gestes susceptibles de causer un préjudice à des étrangers. Normalement, nul n'est tenu de surveiller autrui pour l'empêcher de porter préjudice à un tiers⁹⁵».

L'autre question («l'incitation doit-elle avoir eu un effet?») est plus délicate. Selon les règles actuelles, il existe deux types d'incitation. Dans le premier cas, il s'agit d'une infraction inchoative, consistant à tenter de persuader autrui de commettre un crime. Dans le second, l'incitation constitue une forme de complicité d'une infraction consommée, et consiste à persuader effectivement autrui de commettre celle-ci.

Cette distinction est abolie dans le régime proposé. Il ne faut plus répondre qu'à une seule question : le prévenu a-t-il accompli délibérément une action visant concrètement à inciter autrui à commettre un crime? Le fait que l'incitation demeure sans résultat n'a aucune importance. La responsabilité dépend donc uniquement des actions de l'«incitateur» : il n'est pas nécessaire que la personne qui fait l'objet de l'incitation ait entendu les paroles ou lu le texte en cause.

Et lorsque les conseils ou l'incitation empruntent la voie des médias? Si P, à la télévision, exhorte des citoyens à commettre un crime, il accomplit manifestement une action tendant concrètement à la consommation de celui-ci et, par conséquent, il engage sa responsabilité pénale. Mais si, à des fins scientifiques, artistiques ou simplement pour le divertissement du public, P fait un film décrivant le meurtre parfait, ou encore rédige un article de magazine où il explique comment se cultive la marijuana? Dans ce cas, sa responsabilité secondaire est engagée seulement s'il est tellement manifeste qu'il prévoyait les conséquences de son incitation, que l'on doit forcément conclure qu'il avait l'intention d'inciter autrui à la commission d'une infraction. Faute d'une telle intention, l'imputation d'une responsabilité pénale dans un tel cas constituerait une restriction abusive de la liberté d'expression.

95. *Smith v. Leurs*, (1945) 70 C.L.R. 256, p. 261-262.

C. L'aide et l'encouragement

Supposons que P entende aider ou encourager (aide psychologique) E à commettre un crime. À quelles conditions P engage-t-il sa responsabilité? La simple présence en tant que spectateur est-elle suffisante? Et si l'aide apportée s'avère inutile ou que E n'en bénéficie pas? Ou encore, si P participe simplement à une transaction dont seul l'un des éléments (par exemple, la vente) est interdit? L'achat devrait-il alors être considéré comme de l'aide et de l'encouragement par rapport à la vente illégale?

Le principe demeure le même : l'inaction ne constitue pas une infraction. Le simple spectateur, qu'il soit témoin ou victime, demeure en réalité inactif; on ne peut lui reprocher rien de plus grave que de n'avoir pas empêché la perpétration du crime, ou d'être resté sur les lieux. Or, pourquoi lui imposerait-on l'obligation de prévenir la commission du crime au péril de sa vie, ou de quitter les lieux alors qu'il a parfaitement le droit de se trouver là, simplement parce qu'une autre personne y commet un délit? De toute évidence, la personne qui ne contribue effectivement d'aucune manière à la perpétration du crime ne devrait pas être considérée comme ayant engagé sa responsabilité secondaire.

Parfois, bien sûr, on peut dire que les spectateurs concourent concrètement à l'infraction. Leurs applaudissements peuvent constituer un encouragement, l'attroupement est susceptible d'entraver le travail des policiers; et même, leur simple présence en qualité de spectateurs peut susciter des spectacles illégaux qui autrement n'auraient aucune raison d'être. Dans de tels cas, on serait fondé à tenir les spectateurs pour responsables d'actions tendant concrètement à la consommation d'une infraction, pourvu qu'ils aient eu l'intention d'aider ou d'encourager les auteurs du fait principal.

Il peut aussi arriver que l'aide soit inutile, ou que l'auteur principal n'en bénéficie pas. Dans le nouveau régime, rappelons-le, aucune distinction n'est faite entre les cas où l'infraction principale est consommée et ceux où elle ne l'est pas. Par conséquent, l'efficacité de l'aide et le fait qu'elle parvienne ou non au destinataire n'ont de pertinence que dans la mesure où ils sont liés à la question centrale : P a-t-il délibérément accompli une action tendant concrètement à aider E à commettre le crime?

Reste enfin le cas de la simple participation indispensable à la constitution de l'infraction; en matière de vente illégale, par exemple, la victime ou l'acheteur engagé-ils leur responsabilité pénale? Leur présence et leur complicité devraient-elles être tenues pour des actions tendant concrètement à la consommation d'une infraction?

En réalité, leur conduite constitue plutôt l'inverse de l'acte de l'auteur principal. Abstraction faite de l'intention, une victime n'est normalement pas considérée comme ayant aidé son agresseur pour la seule raison qu'elle n'a pas offert de résistance à ce dernier, tout comme l'acheteur n'est pas réputé être complice du vendeur du simple fait de son achat. Du reste, la signification même des termes «aide» et «assistance» implique une participation revêtant un caractère plus concret.

L'étude de la politique criminelle nous amène à la même conclusion. En effet, les textes qui n'interdisent que l'un des deux aspects d'une transaction (par exemple, ceux qui prohibent la vente mais non l'achat de stupéfiants) sous-entendent deux choses : (1) le législateur a délibérément décidé de ne pas incriminer l'autre aspect et (2) l'interdiction en question visait à protéger ceux qui se trouvent de l'autre côté de la transaction. Partant, les tribunaux ne seraient pas fondés à conclure que le législateur avait l'intention d'imputer la responsabilité pénale à ceux qui échappent expressément au blâme et dont il voulait sans doute assurer la protection. C'est pourquoi la personne qui ne fait rien d'autre que de participer à une transaction dont un aspect est illégal — son intervention fût-elle indispensable à la consommation de l'infraction — ne devrait pas automatiquement être considérée comme complice.

D. La tentative

Il n'existe pas un domaine où l'élément matériel suscite davantage de problèmes que celui de la tentative. En matière de conseils, d'incitation, d'aide et d'encouragement, la question consiste à savoir dans quelle mesure le prévenu doit avoir accompli un acte concret tendant à la consommation du crime. Mais lorsqu'il s'agit de tentative, le problème se pose plutôt dans les termes suivants : dans quelle mesure le prévenu doit-il avoir dépassé le stade des simples actes préparatoires? Ces derniers, en effet, n'ont jamais été considérés comme une infraction en common law; seule la tentative est punissable⁹⁶. Toutefois, comme le montre la jurisprudence, il n'est pas facile de situer la ligne de démarcation entre les deux notions et les tribunaux ont eu recours, à cette fin, à divers critères qui laissent tous à désirer⁹⁷.

L'approche traditionnelle du common law, sinon le recours aux critères eux-mêmes, est parfaitement justifiable. Car, en premier lieu, on distingue dans la vie courante les projets et les préparatifs, d'une part, et le fait de se lancer dans une entreprise, d'autre part. En second lieu, l'incrimination des simples actes préparatoires risquerait de donner lieu à la répression de conduites absolument irrépréhensibles.

Les dispositions figurant dans le nouveau régime rendraient cependant inutile cette distinction. Au lieu de chercher dans chaque affaire à savoir s'il s'agit d'une tentative

96. Voir Meehan, *op. cit. supra*, note 87, p. 79.

97. Les principaux critères qui ont été utilisés, de même que de nombreux autres, sont énumérés en annexe. Cette prolifération de critères a incité certains auteurs et certains juges à conclure qu'il n'existe tout simplement pas de critère satisfaisant ou universel. Voir, par exemple, Stuart, *op. cit. supra*, note 54, p. 536; *R. v. Cline*, (1956) 115 C.C.C. 18 (C.A. Ont.); *Henderson v. The King*, [1948] S.C.R. 226. En revanche, G. Williams semble préconiser le recours au critère du dernier acte. Le *Model Penal Code* américain recommande l'emploi du critère du dernier acte tendant concrètement à la perpétration de l'infraction. Selon ce critère, il y a tentative lorsqu'un prévenu accomplit un acte tendant à la commission d'une infraction, qui laisse fortement présumer son intention criminelle. L'English Law Commission, *op. cit. supra*, note 86, p. 27, par. 2.49, recommandait le recours à un critère fondé sur la proximité et proposait de définir l'élément matériel comme [TRADUCTION] « toute action qui tend si bien à la perpétration de l'infraction tentée qu'elle constitue davantage qu'un simple acte préparatoire. » Le Code pénal français énonce que la tentative est considérée comme le crime même, si elle est manifestée par un commencement d'exécution.

ou d'actes préparatoires, les tribunaux seraient tenus de se demander si une action a été accomplie, qui tendait concrètement à la consommation de l'infraction en cause. La plupart des actes préparatoires échapperaient à l'application de ce critère. Certains d'entre eux, cependant, pourraient correspondre à la définition, et c'est à juste titre qu'ils détermineraient alors la responsabilité pénale de leur auteur.

E. Conclusion

Dans tous les cas relevant de la responsabilité secondaire, l'élément matériel devrait donc consister dans une action tendant concrètement à la consommation d'une infraction, que celle-ci soit effectivement consommée (aide ou incitation) ou qu'elle ne le soit pas (aide ou incitation demeurées sans résultat, tentative).

IV. La double mise en accusation

D'après les principes régissant la double mise en accusation, nul ne devrait être exposé à une déclaration de culpabilité à la fois pour une infraction consommée et pour aide, incitation ou tentative à l'égard de la même infraction. Par conséquent, et conformément aux règles partielles déjà en vigueur à ce sujet (*Code criminel*, articles 587 à 589), il devrait être énoncé dans le *Code* que lorsqu'un type de participation est imputé mais qu'un autre est établi, seule une déclaration de culpabilité pour cette dernière infraction devrait pouvoir être prononcée.

V. Conclusion

Pour toutes les raisons données dans les pages qui précèdent, nous arrivons donc à la conclusion que dans le domaine de la responsabilité secondaire (soit la responsabilité pénale des personnes autres que l'auteur véritable d'une infraction), il serait plus simple et plus logique de fonder les règles régissant la complicité et les infractions inchoatives sur une même notion : l'action tendant à la consommation d'une infraction. Dans les deux cas, c'est-à-dire que l'infraction soit consommée ou non, l'élément matériel, pour tous les types de participation sauf la commission véritable, consisterait dans une action tendant *concrètement* à la consommation de l'infraction et l'élément moral serait constitué par une *intention* dans ce sens. L'impossibilité de droit, ainsi que l'impossibilité de fait découlant de la nature même des choses, pourraient être invoquées à titre de moyens de défense. Quant au désistement volontaire, il ne constituerait pas un moyen de défense, mais pourrait justifier l'atténuation de la peine. L'action tendant à la consommation d'un crime rendrait son auteur passible de la même peine que l'auteur principal si le crime en question est consommé, et de la moitié de cette peine dans le cas contraire. Enfin, pour éviter tout risque de double mise en accusation, il conviendrait de préciser dans la loi que l'action tendant à la consommation d'une infraction constitue une infraction incluse.

CHAPITRE CINQ

Le complot

Nous avons décidé de consacrer un chapitre particulier à la question du complot. Contrairement aux autres notions étudiées dans le présent document, en effet, le terme «complot» embrasse deux choses tout à fait différentes. D'une part, il désigne les simples desseins criminels concertés entre deux ou plusieurs personnes. D'autre part, les autorités se servent également des dispositions sur le complot pour combattre les organisations criminelles qui se livrent systématiquement et sur une grande échelle à des activités illicites; dans de tels cas, il est souvent difficile de déterminer la participation précise de toutes les personnes impliquées, et le concept d'entente ne joue en réalité qu'un rôle limité.

En ce qui concerne la première application, relative aux simples desseins criminels concertés, on peut rapprocher le complot de la tentative, de l'incitation et de la complicité car toutes ces notions soulèvent les mêmes difficultés quant aux principes généraux, aux éléments moral et matériel et à la peine. Aussi est-il logique d'étudier ce type de complot dans le présent document.

Lorsqu'il s'agit de combattre les organisations criminelles, en revanche, les choses sont différentes. La notion de complot suscite dans ce contexte des questions touchant les valeurs fondamentales en matière de responsabilité collective. Elle soulève des difficultés pratiques au sujet de la procédure, et notamment de la preuve. Elle soulève aussi des questions délicates ayant trait aux poursuites et à la peine. Le caractère général du présent document ne se prête pas à l'étude de problèmes d'une telle envergure, qui devront faire l'objet d'un document distinct.

Aussi ne traiterons-nous ici que du premier aspect de la notion de complot, soit les desseins criminels concertés. Nous donnerons pour commencer un aperçu des règles actuelles, pour ensuite en expliquer les défauts. Nous étudierons dans un troisième temps les principes de base en la matière pour terminer en suggérant des correctifs.

I. Les règles actuelles

On trouve les règles actuelles dans une disposition de caractère général, dans des dispositions particulières et dans la jurisprudence.

A. La disposition générale

Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 423 :

423. (1) **[Complot]** Sauf dans les cas où la loi y pourvoit expressément de façon différente, les dispositions suivantes s'appliquent à l'égard des complots, savoir :

a) Quiconque complotte avec quelqu'un de commettre un meurtre ou de faire assassiner une autre personne, soit au Canada, soit ailleurs, est coupable d'un acte criminel et passible d'un emprisonnement de quatorze ans;

b) Quiconque complotte avec quelqu'un de poursuivre une personne pour une infraction alléguée, sachant qu'elle n'a pas commis cette infraction, est coupable d'un acte criminel et passible

(i) d'un emprisonnement de dix ans si la prétendue infraction en est une pour laquelle, sur déclaration de culpabilité, cette personne serait susceptible d'être condamnée à mort ou à l'emprisonnement à perpétuité ou pour quatorze ans, ou

(ii) d'un emprisonnement de cinq ans, si la prétendue infraction en est une pour laquelle, sur déclaration de culpabilité, cette personne serait passible d'un emprisonnement de moins de quatorze ans;

c) abrogé, 1980-81-82, 83, c. 125, art. 23.

d) Quiconque complotte avec quelqu'un de commettre un acte criminel que ne vise pas l'alinéa *a)*, *b)* ou *c)* est coupable d'un acte criminel et passible de la même peine que celle dont serait passible, sur déclaration de culpabilité, un prévenu coupable de cette infraction.

(2) **[Complot de common law]** Quiconque complotte avec quelqu'un

a) d'accomplir un dessein illicite, ou

b) d'accomplir un dessein licite par des moyens illicites,

est coupable d'un acte criminel et passible d'un emprisonnement de deux ans.

(3) **[Complot en vue de commettre une infraction]** Les personnes qui, au Canada, complotent en vue de commettre, dans un pays étranger, des infractions visées aux paragraphes (1) ou (2) et également punissables dans ce pays sont réputées l'avoir fait en vue de les commettre au Canada.

(4) **[Idem]** Les personnes qui, à l'étranger, complotent en vue de commettre, au Canada, les infractions visées aux paragraphes (1) ou (2) sont réputées l'avoir fait en vue de les commettre au Canada.

(5) **[Compétence]** Les infractions prévues aux paragraphes (3) ou (4) sont connues et peuvent être jugées et punies par les tribunaux compétents pour juger les infractions de même nature de la circonscription territoriale où est trouvée la personne ayant conspiré, comme si l'infraction y avait été commise.

(6) **[Jugement à l'étranger]** La personne jugée à l'étranger à la suite d'un complot érigé en infraction en vertu des paragraphes (3) ou (4) est réputée avoir subi son procès et avoir été condamnée ou acquittée au Canada.

B. Les dispositions particulières

Outre cette disposition générale, le *Code* comporte les dispositions particulières suivantes touchant le complot : l'article 46 — complot pour commettre une trahison; le paragraphe 60(3) — conspiration séditeuse; et le paragraphe 424(1) — complot de restreindre le commerce.

D'autres lois comportent des dispositions sur le complot, notamment :

- *Loi sur la défense nationale*, S.R.C. 1970, chap. N-4;
- *Loi sur le divorce*, S.R.C. 1970, chap. D-8;
- *Loi sur les douanes*, S.R.C. 1970, chap. C-40;
- *Loi sur les épizooties*, S.R.C. 1970, chap. A-13, modifié par S.C. 1974-75-76, chap. 86;
- *Loi sur les syndicats ouvriers*, S.R.C. 1970, chap. T-11;
- *Tarif des douanes*, S.R.C. 1970, chap. C-41.

C. La jurisprudence

Le complot n'est pas défini dans le *Code*, mais la jurisprudence a tenté de préciser en quoi il consiste. C'est l'arrêt *O'Brien* qui constitue la décision de base en ce qui touche les éléments moral et matériel du complot⁹⁸. D'autres jugements, notamment *Cotroni/Papalia*⁹⁹ et *Sokoloski*¹⁰⁰, portent également sur cette question. On trouve en

98. *R. v. O'Brien*. (1954) 110 C.C.C. 1, [1954] S.C.R. 666. Le tribunal s'exprime ainsi à la page 668 (S.C.R.) :

[TRADUCTION]

Il est bien entendu essentiel que les comploteurs aient l'intention de s'entendre et cette entente doit être parfaite. Il doit également exister un dessein commun d'accomplir un fait illégal, ou un fait légitime par des moyens illégaux. Bien que l'accomplissement d'un acte manifeste tendant à la consommation du complot ne soit pas nécessaire pour rendre le crime parfait, je suis convaincu qu'il doit exister une intention de réaliser le dessein commun. Le dessein commun suppose nécessairement une intention. Il s'agit de deux synonymes. L'intention ne peut être autre chose que la volonté de réaliser l'objet de l'entente.

99. *R. c. Cotroni; Papalia c. La Reine*, [1979] 2 R.C.S. 256, (1979) 45 C.C.C. (2d) 1.

100. *Sokoloski c. La Reine*, [1977] 2 R.C.S. 523, (1977) 33 C.C.C. (2d) 496.

outre dans la jurisprudence des décisions sur le problème des conjoints¹⁰¹, sur les liens entre le complot, l'aide et l'encouragement¹⁰² et sur les rapports entre le complot et l'infraction principale¹⁰³.

II. Les lacunes des règles actuelles

Comme dans les autres domaines que nous avons étudiés, les défauts des règles actuelles tiennent moins au fond qu'à la forme. On constate tout d'abord un manque de généralité : malgré une disposition censément générale au paragraphe 423(2), il existe trois dispositions particulières au paragraphe 423(1) et de nombreuses autres dispositions, tant dans le *Code* que dans d'autres textes de loi.

En outre, on peut constater un certain manque d'exhaustivité; le terme «complot», qui revêt sûrement un sens technique, n'est défini nulle part. Force est donc de recourir au common law, qui demeure obscur. Par exemple, qu'est-ce qu'un dessein illicite?

Enfin, les règles actuelles sont floues et entraînent un risque de répression abusive. Pensons à la définition large donnée au complot aux alinéas 423(2)*a*) et *b*) : entente en vue «d'accomplir un dessein *illicite*, ou ... d'accomplir un dessein licite par des moyens illicites» [C'est nous qui soulignons]. Pensons aussi au risque de double mise en accusation : une personne peut être en même temps coupable d'avoir commis une infraction et d'avoir complété de la commettre.

III. Les principes en cause

Comme nous l'avons souligné, il existe des différences importantes entre le complot et les deux autres infractions inchoatives. D'une part, tandis que l'incitation et la tentative peuvent être considérées comme correspondant en gros à la complicité et à la commission, le complot semble ne pas avoir de semblable équivalent dans le domaine des infractions consommées. D'autre part, l'élément matériel du complot — l'entente — semble presque réduire à rien l'acte requis pour la constitution de l'infraction, tandis que l'élément moral — accomplir un dessein illicite ou accomplir un dessein licite par des moyens illicites — est empreint d'incertitude et porte atteinte au principe de légalité.

Si le complot n'a pas d'équivalent dans le domaine de la participation, sur quels principes est-il alors fondé? Ainsi que nous l'avons expliqué ci-dessus, les principes justifiant l'incrimination de la complicité, de l'incitation et de la tentative sont en réalité les mêmes que ceux qui justifient l'incrimination de l'infraction consommée : les actions

101. *Kowbel v. The Queen*, [1954] S.C.R. 498.

102. *Koury v. The Queen*, [1964] S.C.R. 212.

103. *Sheppe c. La Reine*, [1980] 2 R.C.S. 22, (1980) 51 C.C.C. (2d) 481.

accomplies en vue de provoquer des atteintes à des valeurs fondamentales constituent elles-mêmes des atteintes à ces valeurs. Donc, lorsque deux ou plusieurs personnes projettent ensemble la commission d'un crime et par conséquent la violation de valeurs fondamentales, elles accomplissent une action tendant à provoquer une telle violation. Bref, l'incrimination du complot peut être justifiée par les principes généraux qui sous-tendent les autres infractions.

Dans de nombreux cas, bien entendu, de pareils desseins criminels concertés seraient punissables sans qu'il soit nécessaire de recourir aux dispositions relatives au complot. Parfois, les comploteurs pourraient être considérés comme coauteurs, ou alors être tenus l'un pour l'auteur, l'autre pour le complice. D'autres fois, on pourrait parler de tentative conjointe, ou dire que l'un est coupable de tentative et l'autre d'incitation. Dans de tels cas, l'application de la loi ne nécessite pas le recours à une infraction distincte de complot.

D'autres cas échappent toutefois à l'application des règles sur la participation, l'incitation et la tentative. Lorsque deux ou plusieurs personnes ont commencé à combiner une infraction, mais sans dépasser le stade des simples actes préparatoires, elles ne peuvent être considérées comme coupables de tentative en vertu des règles actuellement en vigueur; à plus forte raison, si elles se sont entendues au sujet de la commission d'une infraction mais n'ont encore rien fait pour concrétiser leur projet. Seules les dispositions sur le complot permettent à l'heure actuelle la répression de telles conduites.

Il est cependant permis de se demander si la responsabilité pénale devrait être imputée dans de tels cas. Tout d'abord, les actes préparatoires faits par deux ou plusieurs personnes devraient-ils déterminer leur responsabilité pénale? On peut donner deux réponses à cette question. La première, c'est que si les simples actes préparatoires peuvent ne pas paraître suffisamment graves pour être considérés comme une infraction inchoative lorsqu'ils sont accomplis par une seule personne, la situation est différente lorsqu'ils sont accomplis par deux ou plusieurs personnes: la force du nombre, la division des tâches, le complot — tout cela commande l'intervention rapide de la loi. Il est également possible de soutenir que si, comme nous le proposons, la notion de «tentative» était élargie pour embrasser toute action tendant concrètement à la consommation du crime envisagé, les actes préparatoires, conjoints ou solidaires, pourraient donner lieu à la responsabilité pénale, sans que l'existence d'une infraction distincte de complot soit nécessaire.

Par ailleurs, le simple dessein concerté devrait-il être source de responsabilité pénale? Certains répondront que non en disant que cela reviendrait presque à ériger en infraction la simple intention, mais tel n'est pas le cas. Lorsque deux personnes, qui ont résolu de commettre un crime, s'entendent ensuite pour le commettre, elles ont dépassé l'étape des projets; elles ont accompli une action extérieure, soit le fait de s'entendre entre elles sur un dessein criminel. Si elles ont agi ainsi, c'est sans doute parce qu'elles pensaient parvenir plus facilement à leurs fins en joignant leurs efforts; manifestement, donc, on peut parler d'une action tendant à la consommation d'une infraction.

S'agit-il toutefois d'une action tendant concrètement à la consommation d'une infraction? Le fait de s'entendre avec d'autres personnes est encore plus éloigné de la consommation que le simple acte préparatoire. On pourrait donc s'opposer à ce qu'une telle entente soit punissable, en prétendant que cette action est relativement inoffensive par rapport au véritable complot, à la préparation et à l'organisation d'un crime. Mais ici encore, la force du nombre, la répartition des tâches, et ainsi de suite, font de la simple entente une source de danger; les organisations criminelles, après tout, préparent leurs activités par des ententes.

L'existence d'une infraction de complot s'avère donc nécessaire. Quels devraient alors être les éléments requis pour sa constitution? Selon les règles actuelles, l'élément matériel consiste dans le fait de «comploter», c'est-à-dire de s'entendre avec d'autres, et l'élément moral, dans son sens le plus large, consiste dans l'intention d'accomplir un dessein illicite, ou d'accomplir un dessein licite par des moyens illicites. Ces définitions sont-elles bien fondées?

À notre sens, l'élément matériel ne pose pas de problèmes sérieux. La notion d'«entente» est simple à comprendre, chacun sait ce qu'elle signifie. Conformément aux principes généraux, bien sûr, une action manifeste est requise. L'entente doit être concrète — le simple fait de s'abstenir de manifester son désaccord ne devrait pas être source de responsabilité pénale. Par ailleurs, comme les ententes de ce type ne sont en général pas conclues ouvertement, elles doivent souvent être inférées par d'autres éléments de preuve. Cependant, dans la mesure où ce qui doit être inféré est une entente concrète, et non simplement une entente tacite ou implicite, aucune modification n'est requise pour cet aspect du complot.

On ne peut en dire autant de l'élément moral. Selon les règles actuelles, constitue un complot le fait de s'entendre avec quelqu'un pour commettre un crime, une infraction aux règlements fédéraux, provinciaux ou municipaux, ou même un délit civil. Pour notre part, nous estimons cependant que les infractions aux règlements, quels qu'ils soient, ne devraient pas être visées par les dispositions sur le complot, et ceci pour deux raisons. Étant donné l'existence d'un code criminel, c'est celui-ci qui devrait déterminer le champ des infractions criminelles; c'est dans le *Code*, et nulle part ailleurs, que l'on devrait trouver les conduites érigées en infractions pénales. En outre, on ne peut parler d'uniformité lorsque le fait de s'entendre pour commettre un acte donné constitue un complot dans une province et non dans l'autre, simplement à cause de différences existant entre les lois provinciales; or l'uniformité est de toute évidence souhaitable en droit pénal.

Nous ne pensons pas non plus que la notion de complot devrait embrasser le simple fait de s'entendre pour accomplir un dessein illicite, ou accomplir un dessein licite par des moyens illicites. Quelle que soit la différence entre les deux — du reste, existe-t-il véritablement une différence? — le terme «illicite» est beaucoup trop vague, il a une portée beaucoup trop large. Par suite de sa présence dans la définition du complot, il est impossible de savoir avec certitude quel est au juste l'objet de l'infraction en question, ce qui contrevient au principe de légalité.

Un autre argument peut être invoqué, qui revêt une importance considérable dans le contexte canadien. Au Canada, c'est au Parlement qu'a été confiée la compétence en matière de droit criminel. Lorsque le Parlement considère une conduite comme suffisamment répréhensible pour justifier des sanctions pénales, il peut décider d'en faire un crime. Mais lorsqu'il n'a pas jugé opportun d'ériger un acte en infraction criminelle, le simple fait de s'entendre avec d'autres pour accomplir l'acte en question ne devrait pas devenir, ne fût-ce qu'indirectement, un crime en raison de dispositions provinciales ou autres. Seul le Parlement devrait déterminer le champ du droit criminel.

Selon nous, l'infraction de complot devrait consister dans une entente entre deux ou plusieurs personnes en vue de commettre un acte qualifié d'infraction criminelle par le *Code*. Quant à savoir si les actes en question devraient être restreints aux infractions les plus graves (c'est-à-dire aux «actes criminels»), il est impossible de répondre à cette question tant que la Commission n'en sera pas arrivée à des conclusions définitives en matière de classification des infractions. En principe, cependant, si le complot doit être tenu pour une infraction grave, les actes sur lesquels porte l'entente devraient également présenter un caractère sérieux.

IV. La double mise en accusation

À notre sens, nul ne devrait être exposé à la condamnation à la fois pour une infraction inchoative et pour la consommation de la même infraction. Si l'infraction à laquelle le prévenu a contribué a été consommée, il devrait être tenu pour responsable à titre de complice. Si l'infraction n'est pas consommée, ou que la personne n'y ait pas véritablement contribué, cette dernière devrait au plus être considérée comme responsable d'une infraction inchoative. Par conséquent, lorsqu'une personne est inculpée d'une infraction, mais qu'il est seulement établi qu'elle a comploté de la commettre, elle ne devrait pas être déclarée coupable de l'infraction en question, mais bien de complot.

Le cas où il est établi qu'une personne, inculpée de complot, a participé à l'infraction consommée, suscite un problème. D'une part, cette personne ne devrait manifestement pas être acquittée et devrait à tout le moins être déclarée coupable de complot. D'autre part, il serait quelque peu injuste de la déclarer coupable de l'infraction consommée et de l'exposer ainsi à la peine entière alors que ce n'est pas de cela qu'elle était inculpée.

Sur cette question, nous concluons de manière provisoire que cette personne devrait pouvoir être déclarée coupable de complot et devrait être passible de la moitié de la peine prévue pour l'infraction consommée.

CHAPITRE SIX

Recommandations

1. Les règles régissant la complicité et les infractions inchoatives devraient être fondées sur le concept d'action tendant à la consommation d'une infraction.

2. Les règles actuelles en matière de participation devraient être remplacées par une disposition énonçant que, à l'égard d'une infraction consommée, la responsabilité pénale d'une personne est engagée si

- a) elle a commis l'infraction en question;
- b) elle a aidé autrui à la commettre;
- c) elle a incité autrui à la commettre;
- d) elle a comploté avec autrui de la commettre;

et que cette personne est passible de la même peine dans les trois premiers cas, et de la moitié de la peine dans le cas du complot.

3. Les règles actuelles en matière d'infractions inchoatives devraient être remplacées par une disposition énonçant que, à l'égard d'une infraction non consommée, la responsabilité pénale d'une personne est engagée si

- a) elle a tenté de commettre l'infraction en question;
- b) elle a aidé autrui à la commettre;
- c) elle a incité autrui à la commettre;
- d) elle a comploté avec autrui de la commettre;

et que cette personne est passible de la moitié de la peine prévue pour l'infraction consommée.

4. (1) Il conviendrait d'énoncer dans la loi que la responsabilité pénale dont il est question dans les recommandations 2 et 3 peut être imputée pour une action accomplie de l'une des trois manières suivantes :

- a) individuellement;
- b) conjointement avec autrui;
- c) par l'intermédiaire d'un agent innocent.

(2) La responsabilité conjointe devrait viser le cas où deux ou plusieurs personnes se partagent l'élément matériel de l'infraction spécifique, ou se partagent une action tendant concrètement à sa consommation — tentative, aide, incitation, complot.

(3a) En matière de complot, la responsabilité pénale devrait supposer une entente en vue de commettre une infraction prévue au *Code criminel*, avec l'intention de la commettre.

(3b) Dans tous les autres cas, sauf celui de la commission effective, la responsabilité devrait supposer l'accomplissement d'une action tendant concrètement à la consommation d'une infraction spécifique prévue au *Code criminel*, avec une intention dans ce sens.

(4) L'impossibilité de droit et l'impossibilité de fait tenant à la nature même des choses devraient pouvoir être invoquées à titre de moyens de défense dans le cas de la tentative, de l'aide, de l'incitation et du complot, mais le désistement volontaire et l'impossibilité de fait ordinaire ne devraient pas être considérés comme des moyens de défense.

(5a) Toute personne inculpée d'une infraction consommée devrait, lorsque la preuve s'y prête, pouvoir être déclarée coupable de participation à une infraction non consommée.

(5b) Toute personne inculpée d'une infraction non consommée devrait pouvoir en être déclarée coupable bien que la preuve démontre sa participation à une infraction consommée.

(6a) Toute personne inculpée d'une forme de participation à une infraction consommée ou non devrait, si la preuve s'y prête, pouvoir être déclarée coupable de l'une des autres formes de participation.

(6b) Le comploteur qui contribue à la commission d'une infraction consommée devrait être tenu pour responsable d'avoir aidé autrui à la commettre, et celui qui n'y contribue pas devrait être tenu pour responsable de complot, comme s'il s'agissait d'un crime non consommé.

ANNEXE

Les critères utilisés pour distinguer la tentative des actes préparatoires

I. Les cinq critères principaux

A. Le critère du dernier acte ou de l'étape finale

Ce critère provient de l'*obiter dictum* du Baron Parke dans *R. v. Eagleton*, (1855) Dears. C.C. 515. Selon ce critère, le prévenu est coupable de tentative s'il a accompli tout ce qu'il lui était nécessaire de faire en vue de la consommation d'un crime. Il a été appliqué au Canada dans l'affaire *R. v. Courtemanche and Bazinet*, *supra*, note 46, mais a été par la suite désapprouvé par la Cour d'appel de l'Ontario dans l'arrêt *R. v. James*, [1971] 1 O.R. 661, p. 663.

B. Le critère de l'arrêt *Cheeseman*

Ce critère tire son origine de l'affaire *R. v. Cheeseman*, *supra*, note 45, et a été repris par Sir James Fitzjames Stephens, *op. cit. supra*, note 36, article 47, actuellement la 9^e édition (1950), article 29. Selon Stephens, l'application de ce critère suppose [TRADUCTION] «une action ... s'inscrivant dans une série d'actions, qui constituerait [la] commission véritable [d'un crime] si elle n'était pas interrompue». Ce critère a été largement employé au Canada. Voir *R. v. Snyder*, (1915) 24 C.C.C. 101, 34 O.L.R. 318; *R. v. Lepage*, (1941) 78 C.C.C. 227, [1941] 4 D.L.R. 484; *R. v. Brown*, (1947) 88 C.C.C. 242, 3 C.R. 412; *R. v. Quinton*, *supra*, note 45 (les juges Estey et Rinfret); *R. v. Young*, (1949) 94 C.C.C. 117.

C. Le critère de la proximité

Ce critère consiste à déterminer à quel point le prévenu est venu prêt de commettre véritablement l'infraction. Il a été appliqué au Canada dans les affaires suivantes : *Kelley v. Hart*, (1934) 61 C.C.C. 364 (C.A. Alb.); *Case of Duels*, *supra*, note 27; *R. v. Sorrell and Bondett*, (1978) 41 C.C.C. (2d) 9 (C.A. Ont.), et *R. v. Cline*, *supra*, note 97.

D. Le critère de la première étape

Suivant ce critère, la tentative est consommée lorsque le prévenu accomplit sa première action tendant manifestement à la commission d'une infraction. Ce critère figure dans les codes pénaux de plusieurs pays, notamment le Danemark et l'Australie. L'une des plus anciennes décisions où il en soit fait état est *Commonwealth v. Eagan*, (1889) 190 P.A. 10, p. 22.

E. Le critère de l'acte non équivoque

Ce critère a été élaboré par Sir John W. Salmond dans *Jurisprudence*, 12^e éd., Londres, Sweet and Maxwell, 1966, p. 404, et fut par la suite adopté par la Nouvelle-Zélande dans le *Crimes Act* de 1908. Selon ce critère, la tentative est consommée lorsque l'action elle-même, abstraction faite de tout énoncé d'intention, démontre sans équivoque que le prévenu avait l'intention de commettre une infraction. L'application de ce critère a été écartée au Canada dans l'arrêt *R. v. Cline*, *supra*, note 97.

II. Quelques autres critères

A. La théorie de la proximité du danger

O. W. Holmes, dans *The Common Law*, Boston, Little, Brown and Co., 1963, p. 56, a proposé que, pour déterminer si une action constitue un élément matériel, on considère [TRADUCTION] «la proximité du danger, la gravité du préjudice et l'importance des craintes suscitées».

B. Les étapes de la commission

Ce critère est fondé sur la prémisse que toute action criminelle consiste dans un nombre déterminable d'actes distincts, qui commencent lorsque le prévenu conçoit l'idée de commettre le crime et se terminent avec l'exécution de celui-ci. Il s'ensuit que l'on peut déterminer la proximité en comptant à rebours à partir du dernier acte nécessaire à l'exécution (voir Fletcher, *op. cit. supra*, note 90).

C. Le critère de Turner

Ce critère est une variante de celui de l'acte non équivoque. La paternité en est attribuable à J. W. C. Turner, «Attempts to Commit Crimes», (1933-1935) 5 *Cambridge L.J.* 230, p. 236. Voici le critère que cet auteur propose :

[TRADUCTION]

L'élément matériel de la tentative existe lorsque le prévenu accomplit une action qui représente une étape tendant à la commission d'un crime spécifique, et que l'accomplissement de cette action n'a d'autre but que la commission de ce crime spécifique.

Ce critère a été appliqué dans l'arrêt *Davey v. Lee*, [1967] 2 All E.R. 423.

D. Le critère de l'arrêt *R. v. Taylor*

Le critère proposé dans cet arrêt (1 F. & F. 512; (1859) 175 Eng. R. 831) est le suivant: l'élément matériel doit être une action tendant immédiatement et directement à la consommation du fait principal.

E. Le critère de l'efficacité

Dans ce cas, l'action du prévenu correspond à l'élément matériel si elle tendait de manière efficace à la réalisation de son objectif. On a eu recours à ce critère dans des cas où la consommation de l'infraction était impossible. Par exemple, selon ce critère, le fait de recourir au vaudou pour commettre un meurtre ne constituerait pas l'élément matériel de la tentative de meurtre, puisque le vaudou ne permet pas au prévenu d'atteindre son objectif (voir Fletcher, *op. cit. supra*, note 90, p. 150-151).

F. Le critère de l'attention

Ce critère, élaboré dans l'arrêt *R. v. Osborn*, *supra*, note 80, est une variante du critère précédent. Dans ce cas, pour être coupable de tentative, le prévenu doit avoir agi avec attention en vue de parvenir à ses fins. Par exemple, le prévenu qui tente d'empoisonner autrui en utilisant une substance inoffensive ne peut être considéré comme étant «attentif». Cependant si la tentative échoue seulement par suite de l'insuffisance de la dose, le prévenu a tout de même fait un effort d'attention et peut être déclaré coupable.

G. Le critère de l'arrêt *Hope v. Brown*

Le critère retenu dans cet arrêt ([1954] 1 All E.R. 330) ressemble à celui utilisé dans l'arrêt *Cheeseman*. Il s'agit en réalité d'un critère de proximité, assorti d'une particularité. Le juge Byrne déclarait, à la page 332:

[TRADUCTION]

[L]es actions de l'intimé n'ont pas été interrompues, parce que le moment de leur consommation n'était pas encore arrivé. Ces actions ... étaient pour cette raison trop éloignées de la consommation du fait principal. Elles manifestaient sans aucun doute une tentative, mais ne présentaient pas un lien suffisant avec l'infraction pour constituer une véritable tentative punissable.

H. Le critère du désistement probable.

Ce critère a été employé aux États-Unis. La conduite d'un prévenu équivaudra à une tentative dans le cas où, si elle n'avait pas été interrompue par une cause extérieure, elle aurait entraîné [TRADUCTION] «dans le cours naturel et ordinaire des choses» la consommation d'un crime. Voir Donald Stuart, «The *Actus Reus* in Attempt», [1970] *Crim. L.R.* 505, p. 509.

I. Le critère de la motivation rationnelle

Ce critère a été élaboré par Fletcher, *op. cit. supra*, note 90. Cet auteur cherche à déterminer la nature véritable de la tentative en considérant l'effet qu'une erreur de fait quant aux circonstances entourant la tentative peut avoir sur celle-ci. Il soutient qu'un prévenu peut être considéré comme ayant tenté de commettre une infraction, même s'il agit sous le coup d'une erreur, lorsque le fait de connaître la vérité aurait une incidence sur ses motifs le poussant à agir, lui donnerait une bonne raison de modifier sa conduite. Selon cette théorie, si un homme tente de recevoir des biens sans savoir qu'il s'agit de biens volés, il sera coupable de tentative de possession de biens volés seulement si le fait de savoir qu'il s'agissait de biens volés l'aurait incité à refuser les biens. Normalement, une telle connaissance n'aurait aucune incidence sur le prévenu pour ce qui est de la prise de possession des biens, et par conséquent il ne serait pas coupable de l'infraction de tentative de possession de biens volés.