Je remercie Les Éditions Thémis Inc. pour la permission de reproduire ce livre.

François Lareau

CHAPITRE III

Les immunités et les incapacités

128.- *Généralités.* En principe, toute personne douée de discernement moral doit répondre de sa conduite devant la loi. Idéalement, le principe de l'égalité de tous devant la loi¹ devrait rendre impossible l'existence de privilèges. Mais, en pratique, la loi reconnaît, quant à certaines personnes, des exceptions, privilèges et immunités. Nous verrons donc, dans un premier temps, les immunités et, dans un second, le régime d'exception relatif aux enfants. Nous étudierons ensuite les incapacités pénales découlant d'une absence de discernement.

§ 1. LES IMMUNITÉS

129.- En droit canadien, les principales immunités sont celles qui ont trait au Souverain, aux diplomates et aux militaires. Nous les étudierons successivement.

130.- *Le Souverain.* Le Souverain est exempt de responsabilité criminelle. Blackstone fonde cette immunité sur la théorie de la perfection du Souverain. Le Souverain, étant source de justice et de droit, ne peut commettre un acte criminel puisqu'il ne peut être animé de mens rea — The King can do no wrong.² Russell voit la cause de cette immunité dans le fait qu'il n'y a pas de forum qui puisse contraindre le Souverain à comparaître.³ C'est cette dernière opinion qui, semble-t-il, est acceptée en droit canadien.⁴

131.- *Les corporations de la Couronne.* L'immunité qui s'attache à la personne du Souverain profite aussi aux "corporations de la Couronne". L'arrêt *Canadian Broadcasting Corporation*⁵ illustre cette règle. La Société Radio-Canada est accusée d'avoir violé l'article 4 de

¹ *Déclaration canadienne des droits*, S.C. 1960, c. 44, art. 1b); *Charte des droits et libertés de la personne*, L.R.Q. 1977, c. C-12, art. 23.

² Sir William BLACKSTONE, *Commentaries on the Laws of England*, vol. 2, 8e éd., Oxford. Clarendon Press, 1778, p. 254.

³ Voir *Russell on Crime*, vol. 1, 12e éd., par J.W. Cecil TURNER, London. Stevens & Sons, 1964, p. 96.

⁴ *The Canadian Broadcasting Corporation c. A.-G. for Ontario*. [1959] R.C.S. 188.

⁵ *Ibid.*

la *Loi sur le dimanche*⁶ en poursuivant ses affaires courantes un tel jour. La poursuite intentée devant un magistrat fait l'objet d'un bref de prohibition dont appel devant la Cour suprême. Radio-Canada est une corporation de la Couronne.⁷ L'article 16 de la *Loi d'interprétation* stipulait à l'époque que "[n]ulle prescription ou disposition d'une loi n'atteint de quelque façon les droits de Sa Majesté, de ses héritiers ou de ses successeurs, à moins qu'il n'y soit stipulé que Sa Majesté y est soumise".⁸ Or, la *Loi sur le dimanche* stipule que la Loi s'applique à "toute personne" au sens que reçoit ce mot au Code criminel. L'article 2, paragraphe 37 C. cr. énonce que le mot "personne" comprend Sa Majesté. Invoquant la théorie de *Common Law* relative à l'immunité du Souverain, les juges Rand et Kellock décident que la mention de Sa Majesté à l'article 2, paragraphe 37 C. cr. désigne Sa Majesté en tant que plaignante seulement et non en tant qu'accusée. Bien que la *Loi d'interprétation* ait été remplacée en 1967⁹ et que l'article 16 y ait pris une forme nouvelle qui ne fait aucune référence aux "héritiers" ou aux "successeurs" de Sa Majesté, on ne peut conclure pour autant que la décision de la Cour suprême est désormais sans effet puisque Radio-Canada n'est ni un "héritier" ni un "successeur" de Sa Majesté, mais plutôt son "mandataire". Il reste difficile toutefois de déterminer les conséquences précises de tels mandats.¹⁰

Ainsi, une décision récente de la Cour d'appel d'Ontario¹¹ remet en question l'immunité de Radio-Canada pour le cas où cette société se rendrait coupable d'un crime. En l'espèce, la télévision d'Etat avait diffusé un film obscène. Peut-elle être trouvée coupable d'un tel crime et faire l'objet d'une amende? La Cour d'appel répond affirmativement à la première question, fondant son opinion sur le fait que Radio-Canada, en diffusant un film obscène, ne pouvait prétendre agir à l'intérieur du mandat que lui a confié Sa Majesté, pas plus que si elle utilisait ses ondes à des fins séditeuses ou de propagande haineuse. L'impossibilité pour cette société de payer une amende ne serait pas, de l'avis de la Cour, un facteur suffisant pour que Radio-Canada échappe à l'opprobre résultant d'une condamnation pénale. Cette

⁶ S.R.C. 1970, c. L-13.

⁷ *Canadian Broadcasting Act*, S.R.C. 1952, c. 32, art. 4; *Loi sur la radiodiffusion*, S.R.C. 1970, c. B-11, art. 40.

⁸ S.R.C. 1952, c. 158, art. 16: "No provision or enactment in any Act affects in any manner whatsoever, the rights of Her Majesty, her heirs or successors, unless it is expressly stated therein that Her Majesty is bound thereby."

⁹ S.C. 1967-68, c. 7, art. 42.

¹⁰ Alan W. MEWETT, Morris MANNING, *Criminal Law*, Toronto, Butterworths, 1978, pp. 38-39.

¹¹ *R. c. Canadian Broadcasting Corporation et al.*, (1981) 55 C.C.C. (2d) 444 (Ont. C.A.).

affaire est actuellement en appel devant la Cour suprême. Si cette dernière ne réitère pas son jugement de 1959, on peut penser que ce sera la fin de l'immunité pour les corporations de la Couronne. En effet, l'idée même d'immunité exige que la corporation puisse se soustraire, en raison de son statut particulier, à une contravention.

132.- *La Couronne provinciale*. L'immunité du Souverain s'applique à la Couronne aux droits de la province. Lorsqu'un acte est posé par la Couronne aux droits de la province ou autorisé par celle-ci dans les limites de sa compétence législative, il ne peut y avoir de poursuite criminelle quant à cet acte. Bien que la cause ait été décidée sous un autre motif, l'arrêt *Canadian Breweries*¹² permet d'illustrer le principe de l'immunité de la Couronne provinciale. L'accusée, la compagnie *Canadian Breweries*, fixe le prix de vente au détail de ses produits conformément à une ordonnance de la Régie des alcools d'Ontario. Une poursuite est intentée en vertu de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions*,¹³ qui défend de telles pratiques. L'accusée est acquittée au motif que le prix de vente avait été fixé conformément à une ordonnance de la Régie des alcools et non dans le but d'enfreindre la Loi.

133.- *Les diplomates*. Le Code criminel ne comporte pas de disposition relative à l'immunité diplomatique ou consulaire. Cette question fait l'objet d'une législation canadienne uniquement à l'égard du "principal représentant" d'un pays du Commonwealth.¹⁴ Mais le droit international consacre le principe de l'inviolabilité de la personne du diplomate et de son immunité de juridiction dans l'état accréditaire. Les tribunaux canadiens appliquent, à cet égard, les règles du droit international: celles-ci sont présumées être reçues en droit canadien, sauf dans la mesure où elles sont incompatibles avec une loi nationale. Le droit international, sur la question, a fait l'objet de deux conventions: 1) *la Convention de Vienne de 1961 sur les relations et immunités diplomatiques*¹⁵ et 2) *la Convention de Vienne de 1963 sur les relations consulaires*.¹⁶ Le Canada les ayant ratifiées,¹⁷ il est certain qu'un tribunal canadien devra appuyer sa décision sur ces

¹² *R. c. Canadian Breweries Limited*, (1960) 33 C.R. 1 (Ont. S.C.).

¹³ S.R.C. 1970, c. C-23.

¹⁴ *Loi sur les immunités diplomatiques (pays du Commonwealth)*, S.R.C. 1970, c. D-4.

¹⁵ "Official Documents — United Nations Conference on diplomatic intercourse and immunities", (1961) 55 A.J.I.L. 1064; *Recueil des Traités du Canada*, Ottawa, Imprimeur de la Reine, 1969, no. 29.

¹⁶ "Official Documents — United Nations Conference on consular relations" (1963) 57 A.J.I.L. 995.

¹⁷ Le 26 mai 1966, quant à la *Convention de Vienne sur les relations diplomatiques* et le 18 juillet 1974, quant à la *Convention de Vienne sur les relations consulaires*.

conventions qui constituent une véritable codification de la coutume internationale.¹⁸

134.- *L'agent diplomatique.* L'article 29 de la *Convention de Vienne sur les relations et immunités diplomatiques*^{18a} énonce l'inviolabilité de la personne de l'agent diplomatique. Celui-ci ne peut être soumis à aucune forme d'arrestation ou de détention et l'Etat accréditaire est garant de sa dignité et de sa liberté. L'article 31 de cette même Convention énonce l'immunité de juridiction criminelle et civile de l'agent diplomatique; un diplomate étranger qui commet en territoire canadien une infraction à quelque loi que ce soit ne peut être ni appréhendé, ni poursuivi pour cette infraction. L'agent diplomatique ne peut non plus être contraint à témoigner. Cette immunité bénéficie aussi aux membres du personnel administratif et technique d'une mission diplomatique.

Quant aux membres du personnel de service de la mission diplomatique, ils bénéficient d'une immunité de juridiction quant aux actes accomplis dans l'exercice de leurs fonctions. Les archives et les documents diplomatiques sont inviolables, de même que les locaux d'une mission diplomatique.¹⁹ Cependant, si l'Etat accréditaire décide de passer outre à l'immunité diplomatique, le tribunal n'appliquera pas les règles relatives à l'immunité.²⁰

135.- *L'agent consulaire.* Les privilèges et immunités de l'agent consulaire sont moins étendus que ceux qui sont accordés aux agents diplomatiques parce qu'il ne représente pas son pays.²¹ Il faut néanmoins distinguer la situation du consul de carrière de celle du consul honoraire.

136.- *Le consul de carrière.* Le consul de carrière ne peut être mis en état d'arrestation, sauf s'il a commis une infraction qui le rend passible d'un emprisonnement minimal de cinq ans.²²

Il ne peut être emprisonné ni limité dans sa liberté personnelle, sauf en vertu de l'exécution d'un jugement final portant condamnation à une peine de prison d'au moins deux ans. Le consul est de plus tenu de comparaître dans une procédure pénale engagée contre lui. Il est

¹⁸ Voir Jean-Gabriel CASTEL, *International Law*, 3e éd., Toronto, Butterworths, 1976, pp. 670 à 718; voir aussi Benoît VAILLANCOURT, "De la possibilité de contraindre consuls et diplomates à comparaître en cour comme témoins ou accusés ou de les incarcérer", (1961) 21 *R. du B.* 421.

^{18a} Précitée, note 15.

¹⁹ Arts 22 et 24 de la *Convention de Vienne de 1961*, précitée, note 15.

²⁰ *Rose c. R.*, (1947) 88 C.C.C. 114 (B.R. Qué.).

²¹ *Leonard c. Premio-Real*, (1885) 11 Q.L.R. 128 (C.S. Qué.); *Maluquer c. R.*, (1925) 38 B.R. 1 (B.R. Qué.).

²² Art. 40 de la *Convention de Vienne de 1963*, précitée, note 16.

aussi tenu de comparaître comme témoin. Toutefois, en cas de refus de sa part, aucune mesure positive ne peut lui être appliquée. Par ailleurs, les consuls de carrière bénéficient de l'inviolabilité et de l'immunité à raison des actes accomplis dans l'exercice de leurs fonctions.²³

137.- *Les consuls honoraires.* Les consuls honoraires sont ceux qui agissent comme consuls sans avoir la nationalité de l'Etat d'envoi. Le consul honoraire ne jouit pas des immunités accordées au consul de carrière, sauf celles qui s'attachent aux actes accomplis dans l'exercice des fonctions consulaires.

138.- *La renonciation à l'immunité.* L'immunité diplomatique ou consulaire ne s'attache pas à la personne du diplomate ou du consul. Cette immunité réside dans l'Etat accréditant, quant à l'agent diplomatique, et dans l'Etat d'envoi, quant à l'agent consulaire. Il appartient donc à l'Etat accréditant ou à l'Etat d'envoi de renoncer, s'il le veut, à l'immunité de son représentant. Cette renonciation doit être expresse.²⁴ Notons toutefois que la *Loi sur les immunités diplomatiques (pays du Commonwealth)*²⁵ prévoit que le "principal représentant" peut renoncer à l'immunité pour lui-même ou pour un membre de son personnel.²⁶

139.- *Le militaire.* Le droit canadien, à l'instar du droit anglais, consacre la règle de l'assujettissement du militaire au droit civil (c'est-à-dire non militaire).²⁷ Une distinction s'impose cependant entre le militaire canadien et le militaire étranger.

140.- *Le militaire canadien.* Tout comme le simple citoyen, le militaire canadien est astreint à tous les devoirs découlant des lois canadiennes. En raison de sa qualité de militaire cependant, il est astreint au Code de discipline militaire qui est contenu dans la *Loi sur la défense nationale*.²⁸ Mais le Code de discipline militaire n'affecte pas la compétence d'une cour civile (par opposition à militaire, c'est-à-dire, une cour criminelle) quant à une infraction relevant du droit criminel.²⁹ En outre, le tribunal civil est le seul compétent pour

²³ *Campbell c. Cour des Sessions Générales de la Paix*, (1930) 49 B.R. 65 (B.R. Qué.); *Maluquer c. R.*, précité, note 21.

²⁴ Art. 32 de la *Convention de Vienne de 1961*; art. 45 de la *Convention de Vienne de 1963*; *Kanhya Lal Mudan*, (1961) 45 Cr. App. R. 80 (Engl. C.C.A.); *Tyler Gatewood Kent*, (1943) 28 Cr. App. R. 23 (Engl. C.C.A.); voir généralement, sur le sujet: *Rose c. R.*, précité, note 20.

²⁵ Précitée, note 14.

²⁶ *Id.*, art. 8.

²⁷ Art. 4 C. cr. et *Loi sur la défense nationale*, S.R.C. 1970, c. N-4, art. 61(1).

²⁸ Précitée, note 27; de manière générale, voir Bernard STARKMAN, "Canadian Military Law: The Citizen as Soldier", (1965) 43 *R. du B. Can.* 414.

²⁹ *Loi sur la défense nationale*, précitée, note 27, art. 61 et *R. c. McInnes*, (1964-65) 7 *Crim. L.Q.* 234 (Ont. Mag. Cr.).

juger un militaire qui a commis, au Canada, un meurtre, un viol ou un homicide involontaire coupable.³⁰ Le justiciable, selon la loi militaire, est le membre des forces régulières ou des forces actives,³¹ de même que les personnes qui accompagnent une unité des forces armées ou qui participent aux manoeuvres ou qui sont approvisionnées de rations de l'armée ou qui dépendent, hors du Canada, d'un militaire ou qui sont embarquées sur un navire ou un avion de l'armée.³² Le tribunal militaire a une compétence exclusive sur les infractions militaires³³ et a une juridiction concurrente avec le tribunal civil sur toute infraction "civile" commise par le militaire, sauf dans le cas où le tribunal civil, comme nous l'avons déjà vu, possède une juridiction exclusive.³⁴ Si une accusation portant sur une infraction civile oppose deux militaires, le tribunal civil doit obtenir le consentement du tribunal militaire pour agir. Notons que la Cour suprême, dans un jugement récent, a conclu que l'assujettissement du militaire à un tribunal d'exception ne contrevient pas au principe de l'égalité de tous devant la loi.³⁵

141.- *Le militaire étranger.* La *Loi concernant les forces armées de pays étrangers présentes au Canada*³⁶ énonce la priorité de compétence des tribunaux canadiens sur celle des tribunaux militaires de ces forces étrangères pour toute infraction à une loi canadienne commise par le militaire étranger ou un de ses dépendants.³⁷ La justice militaire étrangère n'est prioritaire que dans le cas d'une infraction commise par le militaire étranger à l'encontre de la propriété ou de la sûreté de l'État étranger ou à l'égard d'une personne ou de la propriété d'un militaire étranger ou d'un de ses dépendants ou pour une faute disciplinaire.

§ 2. LE RÉGIME D'EXCEPTION RELATIF AUX ENFANTS

142.- *L'exception de minorité en droit positif.* Le Code criminel prévoit des mesures exceptionnelles quant aux enfants, mesures qui n'ont rien à voir cependant avec la capacité pénale. Ainsi, l'article 441 C. cr. prévoit que le procès d'un enfant qui est ou paraît être âgé de moins de 16 ans doit avoir lieu sans publicité. De plus, un tribunal ne

³⁰ *Loi sur la défense nationale*, précitée, note 27, art. 60.

³¹ *Id.*, art. 55(1).

³² *Id.*, art. 55(4); pour une illustration, voir *MacDonald c. R.*, [1977] 2 R.C.S. 665.

³³ *Id.*, arts 62 à 131.

³⁴ *Id.*, art. 120.

³⁵ *Mackay c. R.*, [1980] 2 R.C.S. 370.

³⁶ S.R.C. 1970, c. V-6.

³⁷ *Id.*, art. 5(1); voir aussi *In the matter of a reference as to whether members of the military or naval forces of the United States of America are exempt from criminal proceedings in Canadian Criminal Courts*, [1943] R.C.S. 483.

doit pas condamner une personne atteignant l'âge de 16 ans, mais de moins de 21 ans, à l'emprisonnement à défaut du paiement d'une amende, sans avoir obtenu et étudié un rapport sur sa conduite et sa situation économique³⁸ et, dans tous les cas, selon l'article 722, paragraphe 10 C. cr., la Cour peut lui accorder un délai supplémentaire de paiement. De plus, la *Loi sur les pénitenciers* prévoit que toute personne âgée de moins de 16 ans, condamnée au pénitencier, doit en principe être isolée des détenus de 21 ans et plus.³⁹ Enfin, l'enfant âgé de moins de 14 ans ne peut être accusé de viol ou de tentative de viol.⁴⁰

Mais le Code criminel, à l'instar du *Common Law*, ne prévoit pas de régime d'exception relatif à la capacité sauf en ce qui concerne l'enfant de moins de 7 ans.⁴¹ Le critère de la responsabilité est, pour l'enfant dont l'âge se situe entre 7 et 13 ans accomplis, comme pour l'adulte, le discernement moral.⁴² Par contre, la *Loi sur les jeunes délinquants*⁴³ et la *Loi sur la protection de la jeunesse*⁴⁴ établissent, à son égard, un véritable régime d'exception.

143.- *Le régime de la Loi sur les jeunes délinquants.* Dès 1894, le Parlement fédéral a commencé à établir un régime d'exception en faveur des personnes âgées de moins de 16 ans. Les premières exceptions reconnues par la Loi concernaient l'arrestation, le procès et l'emprisonnement.⁴⁵ La Loi de 1894 prévoyait notamment que l'enfant âgé de moins de 16 ans devait être jugé à huis clos et détenu à l'écart des adultes. A la même époque naissait aux Etats-Unis la doctrine *parens patriae* selon laquelle l'Etat devait agir en tant que gardien du bien-être de tous les enfants et suppléer, au besoin, à la surveillance des parents.⁴⁶ Cette doctrine a amené le législateur américain⁴⁷ et, par la suite, le législateur canadien,⁴⁸ à adopter des mesures en matière de délinquance juvénile s'inspirant du rôle tutélaire de l'Etat plutôt que de

³⁸ Art. 646(10) C. cr.

³⁹ S.R.C. 1970, c. P-6, art. 21.

⁴⁰ Art. 147 C. cr.; voir aussi *R. c. Hartlen*, (1899) 2 C.C.C. 12 (N.S.S.C.).

⁴¹ Art. 12 C. cr.

⁴² Art. 13 C. cr.; voir texte *infra*, par. 146.

⁴³ S.R.C. 1970, c. J-3.

⁴⁴ L.Q. 1977, c. 20.

⁴⁵ *Acte concernant l'arrestation, le procès et l'emprisonnement des jeunes délinquants*, 57-58 Vict., c. 58, (1894).

⁴⁶ Pour une étude de l'historique des législations et de leur fondement philosophique, voir Graham E. PARKER, "The Juvenile Court Mouvement", (1975) 26 *U. of T. L.J.* 140 et spécifiquement, en droit américain, Monrad G. PAULSEN, *The Problems of Juvenile Courts and the Rights of Children*, Philadelphie, American Law Institute, 1975.

⁴⁷ La première véritable législation sur les jeunes délinquants adoptée en pays de *Common Law* est une loi du Comté de Cook, dans l'Etat de l'Illinois, votée en 1899 (Ill. Laws, 1899, 131-37).

⁴⁸ *Loi concernant les jeunes délinquants*, S.C. 1908, c. 40.

son rôle répressif. C'est ainsi que le législateur canadien s'est employé, à la manière américaine, à décriminaliser le traitement judiciaire des enfants coupables de délits. Mais le contexte constitutionnel canadien se prête mal à cet emprunt américain. Aux Etats-Unis, la Constitution donne à chacun des Etats une compétence législative tant en matière criminelle qu'en matière de bien-être social, permettant ainsi à chaque Etat de traiter la délinquance juvénile dans ses dimensions juridiques et sociales. Au Canada, en revanche, des facteurs historiques ont amené la Cour suprême à affirmer la compétence constitutionnelle exclusive du Parlement fédéral en matière de délinquance juvénile, en qualifiant la *Loi sur les jeunes délinquants*⁴⁹ non pas de loi sociale — ce qui serait de compétence provinciale — mais plutôt de loi pénale à simple incidence sociale.⁵⁰ Dans le contexte constitutionnel canadien, le traitement judiciaire de la délinquance juvénile relève donc de la compétence fédérale tandis que les mesures sociales et les mesures alternatives à la peine dépendent, quant à leur application, de la compétence provinciale. En autant que la délinquance juvénile exige du législateur qu'il adopte une politique de prévention, le partage des compétences législatives entre deux ordres de gouvernements complique l'élaboration et la mise en oeuvre d'une politique sociale cohérente et intégrée entre l'action judiciaire et les mesures administratives.⁵¹

Selon la *Loi sur les jeunes délinquants*, c'est un tribunal spécialisé⁵² qui doit juger l'enfant qui commet un "délit", expression qui, au sens de la *Loi sur les jeunes délinquants*,⁵³ désigne une infraction au Code criminel, à une loi fédérale ou provinciale, à un règlement municipal ou une "immoralité sexuelle ou toute autre forme semblable de vice", et toute autre infraction qui rend l'enfant passible de détention dans une maison de correction, en vertu d'une loi fédérale ou d'une loi provinciale.⁵⁴ L'infraction reprochée perd les qualifications prévues par la loi qui l'énonce pour revêtir celles du "délit".⁵⁵ Ainsi, un "enfant" qui commet un meurtre doit être accusé d'avoir commis un délit. L'acte reproché perd sa qualification d'acte criminel.

⁴⁹ Précitée, note 43.

⁵⁰ *A.-G. of British Columbia c. Smith*, [1967] R.C.S. 702.

⁵¹ COMITÉ DU MINISTÈRE DE LA JUSTICE SUR LA DÉLINQUANCE JUVÉNILE AU CANADA, *Délinquance juvénile au Canada* (Rapport MacLeod), Ottawa, Imprimeur de la Reine, 1965, p. 35.

⁵² Cette juridiction est conférée aux juges du Tribunal de la jeunesse par la Loi. Ces juges sont donc appelés à siéger en tant que Cour pour jeunes délinquants (*Loi sur les jeunes délinquants*, précitée, note 43, art. 2). Voir texte *supra*, par. 62.

⁵³ Précitée, note 43, art. 3(1).

⁵⁴ *Id.*, art. 2(1).

⁵⁵ Voir cependant *Morris c. R.*, [1979] 1 R.C.S. 405, où la Cour suprême juge qu'un témoin peut être contre-interrogé sur ses condamnations pour délits.

excipant en conséquence de la compétence du juge et du jury⁵⁶ pour relever de la compétence exclusive du Tribunal de la jeunesse. Son auteur échappe ainsi au régime des peines prévues par le Code criminel, à moins qu'il ne soit renvoyé aux tribunaux pour adultes.

Au sens de la Loi, pour le Québec, le mot "enfant" signifie un garçon ou une fille apparemment ou effectivement âgé de moins de 18 ans.⁵⁷ Il faut noter que la *Loi sur les jeunes délinquants* ne spécifie pas de seuil d'âge minimum et le Rapport MacLeod y voit une contradiction entre la règle de l'incapacité de l'enfant âgé de moins de 7 ans énoncée par l'article 12 C. cr. et la *Loi sur les jeunes délinquants*.⁵⁸ De fait, il semble bien, d'après ce même rapport, que certains tribunaux aient déjà déclaré coupables de délinquance des enfants âgés de moins de 7 ans.⁵⁹ Il s'agit là, comme le soulignent les enquêteurs, de décisions illégales; pourtant, la contradiction qu'ils relèvent n'existe pas, à notre avis. En effet, d'une part, l'article 12 C. cr. codifie la règle de *Common Law* et, d'autre part, le texte de cet article et celui de l'article 3, paragraphe 1 de la *Loi sur les jeunes délinquants* indiquent que la règle de l'article 12 C. cr. s'applique à la *Loi sur les jeunes délinquants*.⁶⁰ En conséquence, le mot "enfant" désigne, pour les fins de cette Loi, un garçon ou une fille dont l'âge se situe entre 7 et 16 ou 18 ans, selon la province où a lieu le délit.⁶¹

Quoique la Cour suprême ait reconnu la validité constitutionnelle de la *Loi sur les jeunes délinquants*,⁶² il faut néanmoins souligner le caractère extrêmement large de sa notion de délit "qui embrasse toutes les formes possibles d'inconduite chez les enfants".⁶³ En effet, la Loi fédérale incorpore, par référence, toutes les infractions provinciales, y compris les infractions municipales; qui plus est, la référence à l'"immoralité sexuelle ou toute autre forme semblable de vice" permet au tribunal de qualifier d'une façon presque arbitraire la

⁵⁶ Art. 427 C. cr.; voir texte *supra*, par. 66 et tableau V.

⁵⁷ *Loi sur les jeunes délinquants*, précitée, note 43, art. 2.

⁵⁸ *Rapport MacLeod, op. cit.*, note 51, par. 90, p. 45.

⁵⁹ *Ibid.*

⁶⁰ L'article 12 C. cr. énonce: "Nul ne doit être déclaré coupable d'une infraction à l'égard d'un acte ou d'une omission de sa part lorsqu'il était âgé de moins de 7 ans". L'article 3(1) de la *Loi sur les jeunes délinquants*, précitée, note 43, dispose que: "Le fait pour un enfant de commettre les actes énumérés à la définition de "jeune délinquant" au paragraphe 2(1) constitue une infraction désignée sous le nom de délit [...]".

⁶¹ L'âge de délinquance juvénile au Canada "[...] est fixé à 16 ans en Saskatchewan, en Ontario, au Nouveau-Brunswick, en Nouvelle-Ecosse et à l'Île du Prince-Édouard. Il est fixé à 18 ans en Colombie-Britannique, au Manitoba et au Québec. En Alberta, il est fixé à 18 ans pour les filles et à 16 ans pour les garçons": *Rapport MacLeod, op. cit.*, note 51, par. 120, p. 61.

⁶² *A.G. for British Columbia v. Smith*, précité, note 50.

⁶³ *Rapport MacLeod, op. cit.*, note 51, par. 138, p. 70.

conduite de l'enfant. Le mot "délit" peut ainsi désigner une conduite qui ne serait pas interdite à un adulte. On tente de justifier habituellement le caractère extrêmement large du concept de délinquance par le but de prévention que poursuit le législateur dans la mise en oeuvre de la Loi, celle-ci visant avant tout à déceler les problèmes de comportement chez l'enfant de façon à empêcher qu'ils n'entraînent subséquemment une véritable criminalité. Mais dans la mesure où le délit est une infraction, la définition qu'en donne la Loi est une atteinte sérieuse au principe de la légalité.⁶⁴ Il faut voir là une des conséquences du compromis que le législateur fédéral a dû effectuer en regard de la doctrine *parens patriae* afin de poursuivre son objectif de prévention, tout en exerçant sa compétence législative de droit criminel.⁶⁵

Dans la Loi fédérale, la décriminalisation de la délinquance se concrétise surtout par les mesures que le tribunal peut adopter à l'égard de l'enfant. D'une part, la Loi stipule que le tribunal doit traiter l'auteur d'un délit non pas comme un contrevenant (*offender*), mais "comme quelqu'un qui est dans une ambiance de délit et qui, par conséquent, a besoin d'aide et de direction et d'une bonne surveillance".⁶⁶ D'autre part, si le tribunal déclare l'enfant "jeune délinquant", il peut, à sa discrétion, décider de ne pas prendre de mesure à son égard ou d'ajourner le règlement de la cause pour une période déterminée ou indéterminée. Si le tribunal décide de prendre une mesure, il peut imposer à l'enfant une amende (d'au plus \$25), le confier à un agent de surveillance ou à toute personne recommandable, ou lui permettre de rester dans sa famille sous réserve de visites d'un agent de surveillance, ou le placer dans un foyer d'adoption, le confier à une société d'aide à l'enfance ou à une école industrielle.⁶⁷ Dans ce dernier cas cependant, si l'enfant est âgé de moins de 12 ans, le tribunal ne peut l'envoyer dans une école industrielle avant d'avoir tenté de le réformer dans son foyer ou avec le concours d'une société d'aide à l'enfance. Tout ordre de détention doit prendre fin dès que l'enfant atteint l'âge de 21 ans.⁶⁸

⁶⁴ Ce principe exige notamment que la loi soit certaine. Voir texte *supra*, par. 26.

⁶⁵ *Rapport MacLeod, op. cit.*, note 51, par. 144, p. 73. Par exemple, constituent un délit: l'obtention de boissons alcooliques en contravention avec la loi, *R. c. Stephens*, (1959-60) 2 *Crim. L.Q.* 475 (Ont. C.C.); la désertion du foyer familial sans raison valable, *St-Pierre c. Dames religieuses de Notre-Dame de Charité du Bon Pasteur*, [1951] B.R. 66 (B.R. Qué.); *contra: Re Pike's Appeal*, [1963] 2 C.C.C. 200 (Sask. C.A.); le fait de renifler de la colle, *R. c. Pandiak*, (1967) 61 W.W.R. 207 (Alta S.C.); "Glue Sniffing", (1967-68) 10 *Crim. L.Q.* 365 (note éditoriale).

⁶⁶ *Loi sur les jeunes délinquants*, précitée, note 43, art. 3(2).

⁶⁷ *Id.*, art. 20(1).

⁶⁸ *Id.*, art. 20(3).

La procédure prévue par la *Loi sur les jeunes délinquants* est sommaire.⁶⁹ Dans tous les cas, le procès de l'enfant doit se dérouler sans publicité⁷⁰ et il est interdit aux journaux d'identifier l'enfant.⁷¹ Les dispositions de la Loi laissent, en pratique, le juge déterminer la procédure applicable. Ainsi, le caractère contradictoire du procès pénal, les garanties procédurales à l'encontre de l'auto-incrimination et le droit du prévenu d'être représenté par avocat ne sont pas garantis par la *Loi sur les jeunes délinquants*.⁷² Mais il y a appel à un juge de la Cour supérieure,⁷³ par permission spéciale, de toute décision du Tribunal de la jeunesse, cette permission ne devant toutefois être accordée que si l'intérêt public ou la bonne administration de la justice justifient l'appel.⁷⁴

La Loi permet au tribunal, lorsqu'il est d'avis que le bien de l'enfant et l'intérêt de la société l'exigent, de renvoyer l'enfant, âgé de plus de 14 ans et qui est accusé d'un acte criminel, devant les tribunaux ordinaires. En règle générale, le tribunal prononce cette ordonnance dans les cas d'accusation grave ou de récidive. Mais, dans tous les cas, le renvoi doit s'appuyer sur des motifs pertinents au bien de l'enfant et à l'intérêt de la société et le tribunal doit faire une enquête à cette fin.⁷⁵

Cette esquisse du droit positif nous permet d'en dégager l'orientation sociale et criminologique. D'une part, la notion de délinquance désigne non seulement l'acte anti-social, mais encore le symptôme d'une criminalité éventuelle; d'autre part, le but avéré de la Loi est, non pas de punir, mais plutôt de corriger.

144.- *Le régime de la Loi sur la protection de la jeunesse.* Le gouvernement du Québec, sans doute plus soucieux du bien-être des enfants que de la problématique constitutionnelle, manifeste, par sa récente *Loi sur la protection de la jeunesse*,⁷⁶ une volonté marquée d'apporter une solution d'ensemble au problème de l'enfance en danger. Aussi confie-t-il au directeur de la protection de la jeunesse un droit d'intervention, non seulement à l'égard de l'enfant dont la sécurité ou le développement peut être considéré comme compromis,⁷⁷ mais également à l'égard de l'enfant à qui on impute un acte contraire à

⁶⁹ *Id.*, arts 5(1) et 17.

⁷⁰ *Id.*, art. 12(1).

⁷¹ *Id.*, art. 12(3).

⁷² *Rapport MacLeod, op. cit.*, note 51, par. 261, 262, 269, 277 et 283.

⁷³ *Loi sur les jeunes délinquants*, précitée, note 43.

⁷⁴ *Id.*, art. 37(2). Voir *R. c. B. (R.)*, (1981) 19 C.R. (3d) 185 (C.S. Qué.).

⁷⁵ *Id.*, art. 9; *Re Liefso*, [1966] 1 C.C.C. 227 (Ont. H.C.); *Re R. c. Arbuckle*, [1967] 3 C.C.C. 380 (B.C.C.A.); *R. c. Trodd*, [1966] 3 C.C.C. 367 (B.C.S.C.); *R. c. Patee*, (1963) 39 C.R. 329 (Man. Q.B.).

⁷⁶ Précitée, note 44.

⁷⁷ *Id.*, art. 38.

une loi ou à un règlement en vigueur au Québec.⁷⁸ Ce dernier cas rejoint la notion de jeune délinquant au sens de la Loi fédérale.⁷⁹

L'esprit de la Loi québécoise sur la protection de la jeunesse va également dans le sens de la prévention et de la correction, par opposition à la punition. Mais, dans son cas, on peut parler véritablement de "déjudiciarisation". Alors que la Loi fédérale propose une "décriminalisation" dont la mise en oeuvre est laissée à la discrétion du tribunal, la Loi québécoise relègue au second plan l'intervention judiciaire pour mettre l'accent sur des solutions d'ordre social aux problèmes engendrés par la criminalité juvénile. En effet, le cas d'un enfant à qui on impute un acte contraire à une loi ou à un règlement en vigueur au Québec est d'abord étudié conjointement par le directeur de la protection de la jeunesse et une personne désignée par le ministre de la justice.⁸⁰ Ces personnes devront décider, soit de confier l'enfant au directeur pour l'application de mesures volontaires, soit de saisir le tribunal du cas ou encore de fermer le dossier.⁸¹ Afin d'assurer le bon fonctionnement de cette procédure, le législateur a en outre prévu que seul le directeur de la protection de la jeunesse, agissant de concert avec la personne désignée par le ministre de la justice, peut saisir le Tribunal de la jeunesse du cas d'un jeune ayant contrevenu à une loi.⁸² Notons par ailleurs que le législateur semble considérer futile toute intervention judiciaire à l'égard d'un jeune âgé de moins de 14 ans puisqu'il interdit au directeur d'en saisir le Tribunal.⁸³

Bien que travaillant dans un même but, on ne peut s'empêcher de constater les approches divergentes des législations fédérale et québécoise visant à pallier aux difficultés nées de la délinquance juvénile. En outre, à la lumière de la décision de la Cour suprême dans l'arrêt *Smith*,⁸⁴ la Loi provinciale est d'une constitutionnalité douteuse, à tout le moins dans la mesure où elle entend s'attaquer au

⁷⁸ *Id.*, art. 33 d).

⁷⁹ *Loi sur les jeunes délinquants*, précitée, note 43, art. 2(1); Voir texte *supra*, par. 143.

⁸⁰ *Loi sur la protection de la jeunesse*, précitée, note 44, art. 60.

⁸¹ *Id.*, art. 61.

⁸² *Id.*, art. 74.

⁸³ *Id.*, art. 60. Néanmoins, il semble que le Tribunal pourra jouer un rôle d'arbitre dans le cas d'un jeune âgé de moins de 14 ans, puisque l'article 74 laisse à l'enfant, ou à ses parents, le droit de saisir le Tribunal s'ils ne sont pas d'accord avec une décision du directeur ou de toute autre personne ayant des pouvoirs décisionnels en l'occurrence.

⁸⁴ *A.G. of British Columbia c. Smith*, précité, note 50.

problème du jeune ayant commis un "délit" au sens de la Loi fédérale.⁸⁵

§ 3. LES INCAPACITÉS

145.- *La capacité pénale.* La condition fondamentale de la responsabilité pénale réside dans la capacité pénale dont le critère est le discernement moral.

A cet égard, l'enfant de moins de sept ans est réputé incapable de discernement.⁸⁶ Entre sept et quatorze ans, il est présumé, jusqu'à preuve du contraire, ne pas avoir un tel discernement.⁸⁷ Quant à l'adulte, il est présumé sain d'esprit.⁸⁸ En conséquence, s'il se prétend incapable pour cause d'aliénation mentale, il lui incombera d'en faire la preuve.

A. La minorité pénale en tant qu'incapacité

146.- *Le régime du Code criminel.* Le Code criminel a retenu les règles de *Common Law* régissant la responsabilité des enfants. L'article 12 C. cr. énonce une présomption irréfutable d'incapacité pénale en faveur de l'enfant âgé de moins de 7 ans.⁸⁹ Ce dernier ne peut donc, en aucun cas, être condamné au criminel. C'est toutefois d'une façon abusive que l'on parle d'une présomption dans ce cas puisque, même si la preuve était rapportée de la commission d'un meurtre par un enfant de 6 ans doué de discernement moral et animé du *mens rea* requis pour le meurtre, celui-ci ne pourrait en être légalement accusé. Il s'agit d'une règle péremptoire d'incapacité, règle traduite par l'expression *doli incapax*. Il faut préciser cependant que l'acte commis par un enfant de moins de 7 ans peut engager la responsabilité de l'adulte qui y a participé ou qui en a conseillé la commission.⁹⁰

Le Code criminel prévoit, à l'égard de l'enfant âgé de plus de 7 ans, mais de moins de 14 ans,⁹¹ une présomption de non-discernement

⁸⁵ *Loi sur les jeunes délinquants*, précitée, note 43, art. 2(1). Voir *A.G. of Quebec c. Lechasseur J.Y.C. et al.*, (1981) 19 C.R. (3d) 1 (C.S. Qué.); confirmé par la Cour d'appel dans le dossier numéro 500-10-000278-802; la requête pour permission d'en appeler à la Cour suprême du Canada a été accordée le 19 mai 1981.

⁸⁶ Art. 12 C. cr.

⁸⁷ Art. 13 C. cr.

⁸⁸ Art. 16(4) C. cr.

⁸⁹ En Angleterre, le *Children and Young Persons Act*, 23-24 Geo. V, c. 12, art. 50 (1933), a fixé l'âge de la responsabilité à 8 ans et cet âge a été porté à 10 ans par le *Children and Young Persons Act*, 11-12 Eliz. II, c. 37, art. 16 (1963).

⁹⁰ Irénée LAGARDE, *Droit pénal canadien*, 2e éd., Montréal, Wilson et Lafleur Ltée, 1974, pp. 67-68; voir texte *infra* par. 346.

⁹¹ L'article 3(1) C. cr. énonce la règle relative à la détermination de l'âge pour les fins du Code criminel: "Aux fins de la présente loi, une personne est censée avoir été

moral. Il s'agit ici d'une véritable présomption d'incapacité que la poursuite doit réfuter par une preuve au-delà du doute raisonnable.⁹² Cette règle est connue sous le nom de *malitia supplet aetatem* (la malice supplée au défaut d'âge). La poursuite doit faire la preuve que cet enfant est capable de comprendre la nature et les conséquences de sa conduite et de juger qu'il agissait mal au moment de l'infraction.⁹³

La preuve du discernement moral de l'enfant ne peut s'inférer de la commission de l'infraction qui lui est reprochée.⁹⁴ La poursuite a le fardeau de démontrer le discernement, ce qu'elle peut faire en citant à témoigner parents et éducateurs de l'enfant sur son comportement général et son intelligence. Ainsi, dans un arrêt anglais, la poursuite a établi la capacité de discernement moral d'un enfant de 9 ans, accusé de vol par effraction, en prouvant que l'enfant venait d'une famille respectable, qu'il avait été bien éduqué et qu'il se comportait généralement bien.⁹⁵

147.- *L'importance de la question de la capacité de l'enfant.* Etant donné la latitude des pouvoirs judiciaires dévolus au tribunal pour enfants par la *Loi sur les jeunes délinquants*,⁹⁶ la capacité pénale de l'enfant importe non seulement en fonction de l'attribution d'une responsabilité, mais aussi lorsqu'il faut adapter à la personnalité de l'enfant une mesure ou une correction en accord avec sa responsabilité. Nous verrons d'abord l'importance que le tribunal accorde à l'examen de la personnalité de l'enfant et tenterons de dégager les critères qui guident les juges dans le choix d'une solution au problème de l'enfant.

Comme nous l'avons déjà vu, les dispositions du Code criminel relatives à la capacité pénale de l'enfant ne sont pas exclues de

d'un âge donné quand l'anniversaire de sa naissance, dont le nombre correspond à cet âge, est pleinement révolu, et jusqu'alors elle est censée avoir eu moins que cet âge". Ainsi, l'enfant est réputé, aux fins de la loi, être âgé de moins de 7 ans jusqu'à minuit, le soir de son septième anniversaire de naissance: *R. c. Harvan*, (1956) 116 C.C.C. 311 (Ont. Mag.Crt.). L'enfant ne peut témoigner lui-même quant à son âge parce qu'il s'agirait alors d'une preuve par oui-dire: *R. c. Harford*, [1965] 1 C.C.C. 364 (B.C.S.C.); *R. c. Rink*, (1966-67) 49 C.R. 349 (B.C. Mag. Cr.); mais voir *J. c. R.*, [1977] C.S. 124 (C.S. Qué.). Cette preuve peut être faite par la production d'un extrait des registres de naissance, pourvu que cet extrait soit signé par l'officier de l'état civil (*Loi sur la preuve au Canada*, S.R.C. 1970, c. E-10, art. 24). Si le constat est impossible, le Tribunal peut déduire l'âge de la personne d'après son apparence (art. 585(2) C. cr.).

⁹² Mais la pratique judiciaire est incertaine à cet égard. Voir les commentaires du *Rapport MacLeod*, *op. cit.*, note 51, par. 117-118, pp. 59-60.

⁹³ A cet égard, le critère énoncé par l'article 13 C. cr. est plus large que celui de l'article 16 C. cr.: *R. c. B.C.*, (1978) 39 C.C.C. (2d) 469 (Ont. P.C.); voir aussi *R. c. Carvery*, (1906) 11 C.C.C. 331 (N.S.C.C.).

⁹⁴ *Ibid.*

⁹⁵ *B. c. R.*, (1960) 44 Cr. App. R. 1 (Engl. D.C.).

⁹⁶ Précitée, note 43, art. 20.

l'application de la *Loi sur les jeunes délinquants*.⁹⁷ Il en résulte que l'enfant âgé de moins de 7 ans n'est pas justiciable, ni en vertu du Code criminel, ni en vertu de la *Loi sur les jeunes délinquants*. Quant à celui dont l'âge se situe entre 7 et 14 ans, il bénéficie de la présomption d'incapacité pénale, alors que celui qui atteint 14 ans ou plus obéit au régime ordinaire de responsabilité selon lequel il est présumé sain d'esprit, c'est-à-dire doué de discernement intellectuel et moral.⁹⁸ Pour établir la responsabilité pénale de l'enfant dont l'âge se situe entre 7 et 14 ans, la poursuite doit démontrer, selon l'article 13 C. cr., que l'enfant était, au moment du délit, doué de discernement moral.⁹⁸ Selon une constatation du Rapport MacLeod, il semblerait que la pratique judiciaire sur la question soit pour le moins incertaine, les juges n'appliquant pas la règle prévue par l'article 13 C. cr. ou différant d'avis quant au degré de preuve requis, de la part de la poursuite, dans la réfutation de la présomption.⁹⁹ Le Rapport MacLeod propose que l'article 13 soit aboli, que l'âge minimum de la responsabilité pénale soit relevé à 10 ou 12 ans et que la présomption d'incapacité soit de moins en moins forte à mesure que l'enfant se rapproche de l'âge de 14 ans.¹⁰⁰ Le Rapport fait cependant état d'une objection fondamentale au maintien de la présomption d'incapacité en ce que celle-ci amène le tribunal à prendre connaissance d'une preuve de personnalité avant qu'il ne soit appelé à statuer sur la commission même du délit reproché:

*L'une des difficultés [...] c'est qu'on peut se demander comment le tribunal pourra recueillir des renseignements sur lesquels fonder son jugement sans étudier des questions qui, normalement, ne lui sont pas soumises avant que l'enfant n'ait été déclaré délinquant.*¹⁰¹

Le Rapport propose une procédure selon laquelle le tribunal pour enfants aurait le pouvoir, en tout état de cause, de rendre la liberté à l'enfant sans procéder à une adjudication formelle du cas ou encore celui de le traiter conformément aux lois provinciales. Comme le note le Rapport:

*Le tribunal serait ainsi en mesure d'effectuer une sélection, même à un stade avancé du procès, et de décider qu'il vaudrait mieux traiter le cas comme un cas de protection de l'enfance plutôt que comme un cas de délinquance.*¹⁰²

⁹⁷ Voir texte *supra*, par. 143.

⁹⁸ *R. c. G.*, [1976] C.B.E.S. 2023.

⁹⁹ *Rapport MacLeod, op. cit.*, note 51, par. 118, p. 60.

¹⁰⁰ Le Rapport relève avec réprobation un cas dans lequel un juge aurait même demandé un examen psychiatrique afin de déterminer la capacité pénale du prévenu (*Id.*, par. 118-119, p. 60).

¹⁰¹ *Id.*, par. 288, p. 185.

¹⁰² *Id.*, par. 287, p. 184.

Le fait est que la présomption d'incapacité de l'enfant soulève une foule de difficultés devant les tribunaux. Ainsi, comme l'indique la jurisprudence anglaise,¹⁰³ le degré de preuve requis de la part de la poursuite pour réfuter la présomption varie en fonction de l'âge du prévenu. L'exigence de la preuve du discernement moral d'un enfant de 8 ans est donc plus onéreuse que pour un enfant de 13 ans. D'autre part, selon cette jurisprudence, la preuve du discernement moral de l'enfant peut être établie à partir de l'analyse du type d'éducation qu'il a reçue.¹⁰⁴ Sur un autre plan, le droit de l'enfant à la présomption d'innocence est mis en péril lorsque la preuve de sa capacité de discernement provient des réponses qu'il a pu donner à l'interrogatoire de police.¹⁰⁵ C'est en raison de ces difficultés d'ordre pratique que le Rapport MacLeod,¹⁰⁶ à la suite, d'ailleurs, d'une étude analogue faite en Angleterre,¹⁰⁷ propose l'abandon de la présomption d'incapacité quant à l'enfant âgé de 7 à 13 ans.

En réalité, il ne suffit pas de repenser le concept de la responsabilité des mineurs; il faut repenser aussi le processus judiciaire dont l'objet, à l'heure actuelle, est de déterminer le cadre légal dans lequel intervient la condamnation ou l'acquittement et l'orienter plutôt vers le traitement, tout en tenant compte des garanties fondamentales qui devraient assurer à l'enfant un procès aussi juste que celui du prévenu adulte. C'est d'ailleurs le sens des recommandations du Rapport MacLeod suggérant une césure dans le déroulement du procès, entre le stade du jugement et celui des mesures à prendre dans l'intérêt de l'enfant.¹⁰⁸ Le Rapport emprunte cette procédure au *Family Court Act*¹⁰⁹ de l'Etat de New York. La première phase porterait sur la constatation de la commission de l'infraction. Cette phase serait entourée de toutes les garanties ordinaires du procès pénal, notamment le privilège à l'encontre de l'auto-incrimination, la présomption d'innocence et, en général, les règles usuelles de la preuve pénale. Mais, à l'issue de cette première phase, le tribunal ne serait pas obligé de se prononcer sur la culpabilité de l'enfant puisque, selon cette procédure, son pouvoir lui permettrait de le libérer même dans le cas où la preuve est accablante.¹¹⁰ Le tribunal pourrait même élargir conditionnellement le prévenu et le soumettre à une liberté surveillée. La procédure proposée permettrait au tribunal d'adapter sa décision

¹⁰³ Voir Glanville WILLIAMS, *Criminal Law. The General Part*, 2e éd., London, Stevens & Sons Limited, 1961, pp. 814-815.

¹⁰⁴ *Id.*, p. 819.

¹⁰⁵ *Id.*, p. 820.

¹⁰⁶ *Rapport MacLeod, op. cit.*, note 51, par. 119, p. 60.

¹⁰⁷ *Report of the Committee on Children and Young Persons* (Rapport Ingleby), London, 1960, Cmnd. 1191.

¹⁰⁸ *Rapport MacLeod, op. cit.*, note 51, par. 286-287, p. 184.

¹⁰⁹ *Id.*, par. 287, p. 184. *Family Court Act*, N.Y. Sess. Laws 1962, c. 686 révisé.

¹¹⁰ *Id.*, par. 290, p. 186.

aux besoins de l'enfant, en tenant compte de la personnalité de celui-ci, mais seulement lorsqu'il aurait la preuve que l'enfant a commis l'infraction. De plus, l'existence de cette preuve n'obligerait pas le tribunal à prononcer une condamnation; elle l'autoriserait à prendre la mesure qui s'impose pour corriger l'enfant. Dans cette perspective, déjà pratiquée d'ailleurs par certains tribunaux par le biais de l'ajournement *sine die*,¹¹¹ la capacité pénale du prévenu ne s'apprécie plus en fonction de sa responsabilité, mais plutôt en fonction de la mesure à prendre en vue de sa correction. La procédure proposée est en accord avec la philosophie de la Loi actuelle sur les jeunes délinquants, selon laquelle le tribunal doit traiter l'enfant, non pas comme un contrevenant, mais comme quelqu'un qui a besoin d'aide et de surveillance.¹¹² Somme toute, elle donne au tribunal un moyen plus adéquat à cette fin.

148.- *Le déclin du concept de capacité à l'égard de l'enfant.* Evidemment, on ne saurait prétendre que le concept traditionnel de la responsabilité pénale, en ce qui concerne les enfants, ait disparu ou même qu'il soit en voie de disparaître. On ne peut toutefois s'empêcher de constater l'émergence d'un courant d'opinion qui le critique voire même le rejette et qui, au Québec, a donné lieu à l'actuelle *Loi sur la protection de la jeunesse*.¹¹³ On peut en effet penser que c'est là l'objectif que poursuit la loi québécoise puisque le Tribunal s'y voit confier un pouvoir d'intervention, non seulement lorsqu'il est convaincu qu'un enfant a commis une infraction, mais aussi dès qu'il en vient à la conclusion que la sécurité ou le développement de l'enfant est compromis.¹¹⁴ L'article 38 de la Loi précise les circonstances pouvant donner lieu à une telle conclusion et, parmi celles-ci, on note le cas de l'enfant qui manifeste des troubles sérieux de comportement. Le Tribunal peut donc prendre des mesures à l'égard de l'enfant sans référence au fait qu'il ait ou non la capacité requise pour engager sa responsabilité pénale.

B. L'aliénation mentale

149.- *L'aliénation mentale en tant qu'exemption.* L'aliénation mentale est une cause de non-responsabilité. L'article 16 C. cr. énonce que "nul ne doit être déclaré coupable d'une infraction à l'égard d'un acte ou d'une omission de sa part alors qu'il était aliéné". Il ne s'agit donc pas, à proprement parler, d'une excuse, mais bien d'une exemption qui met l'aliéné mental à l'abri d'une condamnation pénale.¹¹⁵

¹¹¹ *Ibid.*

¹¹² *Loi sur les jeunes délinquants*, précitée, note 43, art. 3(2).

¹¹³ Précitée, note 44.

¹¹⁴ *Id.*, art. 91.

¹¹⁵ Art. 542(1) C. cr.

1) *Notion*

150.- *L'aliénation mentale en tant que moyen de défense.* Le législateur considère "aliéné mental" l'individu dont le discernement intellectuel ou moral est affecté par une maladie mentale ou par une imbécillité naturelle. Deux sortes de considérations gouvernent donc ce moyen de défense: la première a trait à la cause du désordre mental, la seconde, à l'effet du désordre mental sur les facultés intellectuelles de celui qui en souffre. Le désordre mental doit provenir d'une maladie mentale que la jurisprudence définit d'une manière très large: toute maladie organique ou fonctionnelle provoquant une altération des facultés; la maladie mentale ainsi définie doit ensuite atteindre une gravité telle que l'auteur de l'infraction était, au moment de celle-ci, incapable de juger la nature ou les conséquences de sa conduite ou de savoir que celle-ci était mauvaise.

L'aliénation mentale au moment de l'infraction est une défense complète à l'accusation puisque, selon les termes mêmes du Code criminel, elle doit obligatoirement emporter l'acquittement de l'accusé.¹¹⁶ Dans le cas d'une accusation reprochant un acte criminel, le verdict doit toutefois mentionner spécialement que l'acquittement est prononcé pour cause d'aliénation mentale¹¹⁷ et oblige le tribunal à ordonner la détention de l'accusé "jusqu'à ce que le bon plaisir du lieutenant-gouverneur de la province soit connu".¹¹⁸ La réception du plaidoyer d'aliénation mentale dans ces circonstances a donc pour effet de soustraire le prévenu du domaine criminel et de le remettre aux soins de la médecine.

151.- *Les Règles M'Naghten.* La notion actuelle d'aliénation mentale est largement inspirée du droit anglais du XIXe siècle. Il importe donc d'en retracer, au moins brièvement, l'évolution.

*Les Règles M'Naghten*¹¹⁹ sont la source directe du droit canadien sur la défense d'aliénation mentale. M'Naghten était un paranoïaque victime d'une hallucination qui le poussait à se croire personnellement persécuté par le Premier ministre d'Angleterre, Robert Peel. Par erreur, il tua cependant le secrétaire de ce dernier. La preuve médicale apportée au soutien du plaidoyer d'aliénation mentale révélait que M'Naghten souffrait d'hallucinations morbides qui le privaient du contrôle de ses actes et de discernement moral. Le jury, faisant droit à la preuve médicale, rendit un verdict d'acquittement pour cause d'aliénation mentale. Cet acquittement souleva une telle réaction dans le public que la Chambre des Lords se vit dans l'obligation de

¹¹⁶ Art. 16(1) C. cr.: "Nul ne doit être déclaré coupable [...]".

¹¹⁷ Art. 542(1) C. cr. Voir texte *infra*, par. 167.

¹¹⁸ Art. 542(2) C. cr.

¹¹⁹ *M'Naghten's Case*, (1843) 8 E.R. 718.

demander aux juges de la Cour du Banc de la Reine de donner leur avis sur le droit applicable à la définition de l'aliénation mentale et sur la décision de l'affaire M'Naghten. Les contradictions de la jurisprudence sur la question justifiaient amplement ce recours extraordinaire puisque, dans des circonstances presque identiques, Hadfield¹²⁰ avait été acquitté en 1800 et Bellingham¹²¹ condamné en 1812. Les réponses apportées par les juges aux questions qui leur avaient été posées par la Chambre des Lords constituent les *Règles M'Naghten* qui, depuis lors, donnent, à quelques différences près, le critère juridique de l'aliénation mentale dans la quasi-totalité des pays de droit britannique, y compris le Canada.

Les questions posées aux juges par la Chambre des Lords portent sur les points suivants: 1) la définition de la loi applicable aux personnes qui, conscientes de l'illégalité de leur acte, agissent sous le coup d'une hallucination mentale; 2) les termes dans lesquels la question portant sur l'état d'esprit du prévenu doit être soumise au jury; 3) si l'hallucination doit avoir un effet disculpatoire et, enfin, 4) si un médecin qualifié peut donner son opinion, à partir de la preuve, seulement sur l'état d'esprit de l'accusé au moment de l'infraction. L'essentiel des réponses données par les juges à ces questions peut être résumé dans les passages suivants:

[...] pour établir un moyen de défense basé sur l'aliénation mentale, il faut qu'il soit clairement prouvé qu'au moment de la commission de l'acte, l'accusé était affecté par une telle absence de discernement causée par une maladie mentale qu'il ne connaissait pas la nature et la qualité de l'acte qu'il posait ou qu'il ne savait pas que ce qu'il faisait était mal.¹²²

[...] nous croyons qu'il [l'accusé] doit être placé au point de vue de la responsabilité dans la situation où il se serait trouvé si les faits formant l'objet de son hallucination avaient existé.¹²³

On ne peut s'empêcher de constater d'abord que les *Règles M'Naghten* concilient le critère de discernement et celui de l'hallucination, perçus comme étant contradictoires par la jurisprudence antérieure et ensuite que, juridiquement, ces règles n'ont aucune valeur de précédent

¹²⁰ *Hadfield's case*, (1800) 27 St.Tr. 1354.

¹²¹ *Bellingham's Case*, *The Times*, 16 mai 1812.

¹²² *Règles M'Naghten*, précitées, note 119, par. 210: "[...] to establish a defence on the ground of insanity, it must be clearly proved that, at the time of the committing of the act, the party accused was labouring under such a defect of reason, from disease of the mind, as not to know the nature and quality of the act he was doing; or if he did know it, that he did not know he was doing what was wrong [...]"

¹²³ *Id.*, par. 211: "[...] we think he [l'accusé] must be considered in the same situation as to responsibility as if the facts with respect to which the delusion exists were real".

puisqu'il s'agit, non pas d'un jugement dans un litige, mais bien d'une opinion à l'occasion d'un litige. Ce fait, souligné à maintes reprises par la suite,¹²⁴ n'a pas empêché les tribunaux de donner aux règles la sanction du *stare decisis*.¹²⁵

152.- *L'article 16 C. cr.* Le Code criminel de 1892¹²⁶ s'est inspiré de la codification des *Règles M'Naghten*¹²⁷ proposée par le projet de code anglais,¹²⁸ en y apportant toutefois certaines modifications. Les *Règles M'Naghten* sont donc à la base de la définition de la défense d'aliénation mentale énoncée par les paragraphes 2 et 3 de l'article 16 C. cr. :

16.(2) *Aux fins du présent article, une personne est aliénée lorsqu'elle est dans un état d'imbécillité naturelle ou atteinte de maladie mentale à un point qui la rend incapable de juger la nature et la qualité d'un acte ou d'une omission, ou de savoir qu'un acte ou une omission est mauvais.*

(3) *Une personne qui a des hallucinations sur un point particulier, mais qui est saine d'esprit à d'autres égards, ne doit pas être acquittée pour le motif d'aliénation mentale, à moins que les hallucinations ne lui aient fait croire à l'existence d'un état de choses qui, s'il eût existé, aurait justifié ou excusé son acte ou omission.*

D'une part, à l'instar des *Règles M'Naghten*, cette disposition retient la question du discernement moral comme critère de la responsabilité pénale et, d'autre part, à la différence de celle-ci, elle élargit le contenu psychologique du critère.¹²⁹ Pas plus que les *Règles M'Naghten* toutefois, l'article 16 C. cr. ne définit le concept d'aliénation mentale; il fixe plutôt une norme que le tribunal doit appliquer à la détermination de la responsabilité. L'aspect moral et normatif de la définition (certains la qualifient de métaphysique) apparaît non seulement dans l'analyse de la notion même de maladie mentale, mais aussi dans celle de la question du discernement.

153.- *La maladie mentale.* L'article 16 C. cr. pose l'exigence, soit d'un état d'imbécillité naturelle, soit d'une maladie mentale. L'"imbécillité naturelle", à la différence de la "maladie mentale", n'a pas fait l'objet d'une jurisprudence considérable. Elle désigne la déficience

¹²⁴ Sir James Fitzjames STEPHEN, *A History of the Criminal Law of England*, vol. 2, 1ère éd., London, 1883, New York, Burt Franklin, 1964, p. 154.

¹²⁵ *Woolmington c. D.P.P.*, [1935] A.C. 462 (H.L.).

¹²⁶ *Code criminel*, 1892, 55-56 Viet., c. 29, art. 11 (1892).

¹²⁷ Précitée, note 119.

¹²⁸ *English Draft Code* (1878), art. 22.

¹²⁹ *Cooper c. R.*, [1980] 1 R.C.S. 1149.

mentale qui se distingue de la maladie par son caractère inné.¹³⁰ On peut expliquer l'absence de jurisprudence sur cette question par le fait que le déficient mental profond qui a maille à partir avec la justice est habituellement jugé inapte à subir son procès, ce qui évite de mettre sa responsabilité en question.¹³¹

La "maladie mentale", au contraire, fait l'objet d'une jurisprudence considérable. Le sens que lui donne l'interprétation judiciaire n'a rien de commun avec la notion médicale. En effet, la loi ne s'arrête pas à la qualification médicale de la maladie puisqu'elle ne reconnaît pas la distinction que fait généralement la médecine entre les maladies mentales et les maladies physiques.

154.- *Notion médicale.* La psychiatrie classique propose diverses classifications des maladies mentales¹³² dont on peut dégager les trois grands types: la psychose, la névrose et la psychopathie.

La psychose désigne une désorganisation ou une altération des fonctions psychiques et intellectuelles qui se caractérise par l'inconscience qu'a le patient de son état pathologique. Les principaux types en sont: 1) la psychose maniaco-dépressive ou périodique qui se manifeste par des accès mélancoliques ou maniaques pendant lesquels le patient est, selon le cas, surexcité ou prostré; 2) la schizophrénie ou démence précoce caractérisée par un dédoublement de la personnalité et la perte de contact avec le réel; 3) la paranoïa, un délire d'interprétation ou de persécution et, enfin, 4) la débilité mentale ou l'oligophrénie qui est une déficience mentale congénitale.

A la différence de la psychose qui altère ou "aliène" la personnalité, la névrose est une affection nerveuse qui n'altère pas les facultés intellectuelles. La caractéristique de la névrose, en regard de la psychose, réside dans le fait que le patient est conscient de son état morbide et a une perception normale du monde qui l'entoure.

Enfin, la psychopathie (sociopathie) désigne un groupe indéfini d'anormaux mentaux qui échappent au classement entre psychotiques et névrotiques. Le psychopathe est d'intelligence normale, mais souffre de déficiences sur le plan émotif ou instinctif. Sont considérées

¹³⁰ *R. c. Cooper*, (1978) 40 C.C.C. (2d) 145, 157-160, (Ont. C.A.) (juge Dubin, dissident).

¹³¹ Art. 543 C. cr.

¹³² Henry Weihofen classifie ainsi les anomalies mentales les plus fréquentes: A) la psychose (maniaco-dépressive ou schizophrénique); B) la névrose ou psychonévrose — caractérielle ou symptomatique (hystérie, psychasténie et neurasthénie), ou traumatique; C) la psychopathie; D) les désordres organiques du cerveau (sénilité, parésie, blessures à la tête, épilepsie) et enfin, E) la déficience intellectuelle congénitale: Henry WEIHOFEN, *Mental Disorder as a Criminal Defence*, Buffalo, Dennis, 1954, p. 14.

La *Royal Medico-Psychological Association* retient une classification semblable.

comme psychopathies: la perversité morale, la perversité sexuelle et la toxicomanie, entre autres.¹³³

155.- *Notion légale.* Du point de vue de la loi, les mots "maladie mentale" désignent toute maladie, que celle-ci soit fonctionnelle ou organique, du moment qu'elle affecte l'esprit, d'une façon temporaire ou permanente, et en altère les facultés intellectuelles. Selon le critère de l'article 16, paragraphe 2 C. cr., la notion légale fixe donc une norme qui ne coïncide pas toujours avec la notion médicale. Ainsi, dans l'arrêt *Kemp*,¹³⁴ l'accusé, selon la preuve médicale, souffrait d'artériosclérose, maladie qualifiée de physique selon les témoins experts. L'accusé plaidait une défense d'automatisme en soutenant que l'artériosclérose avait à ce point diminué l'irrigation des vaisseaux sanguins du cerveau qu'elle avait causé, chez lui, un état d'inconscience au cours duquel il avait commis le meurtre reproché par l'accusation. Le juge Devlin décida que l'accusé souffrait d'une maladie mentale au sens des *Règles M'Naghten*:

*L'artériosclérose est une maladie qui, selon ce qu'indique la preuve, est susceptible d'affecter le cerveau au point de provoquer une déficience temporaire ou permanente du discernement et, en conséquence, j'estime qu'elle est une maladie mentale au sens des Règles.*¹³⁵

quoique plus élaborée: A) l'oligophrénie (idiotie, imbecillité, déficience mentale, déficience morale); B) la névrose et la psychonévrose (épuisement et neurasthénie, états d'anxiété, compulsion, obsession, phobie, hystérie et états mixtes); C) la psychose schizophrénique (*dementia praecox paraphrenia*); D) la psychopathie (y compris la paranoïa); E) les psychoses affectives (psychose maniaco-dépressive et la mélancolie involutive); F) les états de confusion; G) les psychoses épileptiques; H) la paralysie générale; I) les psychoses découlant d'une maladie organique du cerveau; J) la démence et, enfin, K) les types indéterminés: Royal Commission on Capital Punishment Report (Rapport Gowers), London, H.M.S.O., 1953, Cmnd. 8932.

¹³³ Henry WEIHOFEN, *id.*, pp. 10 à 49; G. STEFANI, G. LEVASSEUR, R. JAMBU-MERLIN, *Criminologie et science pénitentiaire*, 4e éd., Paris, 1976, pp. 193 à 195; John MACDONALD, *Psychiatry and the Criminal*, 3e éd., Springfield (Illinois), Charles C. Thomas, 1976, pp. 280 à 296; Maurice JORDA, *Les délinquants aliénés et anormaux mentaux*, Paris, Montchrestien, 1966, pp. 71 à 100; Albert I. RABIN, "Psychopathic (Sociopathic) Personalities", dans Hans TOCH, *Legal and Criminal Psychology*, New York, Holt Rinehart & Winston, 1966, pp. 271 à 293.

¹³⁴ R. c. *Kemp*, [1957] 1 Q.B.D. 399 (Engl. C.C.A.).

¹³⁵ *Id.*, p. 408: "Hardening of the arteries is a disease which is shown on the evidence to be capable of affecting the mind in such a way as to cause a defect, temporarily or permanently, of its reasoning, understanding and so on, and so is in my judgement a disease of the mind which comes within the meaning of the Rules".

Cette décision fut entérinée par la Chambre des Lords dans l'arrêt *Bratty*,¹³⁶ et par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Cooper*.¹³⁷ Dans ce dernier arrêt, le juge Dickson définit ainsi la "maladie mentale" au sens de l'article 16, paragraphe 2 C. cr. :

*En bref, on pourrait dire qu'au sens juridique, "maladie mentale" comprend toute maladie, tout trouble ou tout état anormal qui affecte la raison humaine et son fonctionnement à l'exclusion, toutefois, des états volontairement provoqués par l'alcool ou les stupéfiants et des états mentaux transitoires comme l'hystérie ou la commotion.*¹³⁸

Dans l'instance, la preuve médicale indiquait que l'accusé, à qui on reprochait un meurtre, ne souffrait pas, au moment de l'infraction, d'une maladie mentale caractérisée. Le témoin expert avait cependant déposé à l'effet que l'accusé, compte tenu de son passé psychiatrique et d'une légère déficience mentale, était incapable de formuler l'intention de tuer. La défense espérait ainsi faire réduire l'accusation de meurtre à celle d'homicide involontaire coupable, plutôt que de risquer l'internement consécutif à un acquittement pour cause d'aliénation mentale. Néanmoins, la Cour suprême a conclu que le juge du procès avait le devoir d'instruire le jury relativement à la défense d'aliénation mentale. La Cour suprême adoptait ainsi une définition large de la maladie mentale, faisant en conséquence porter la difficulté d'appréciation de la défense sur le critère du discernement.¹³⁹

Il peut paraître étonnant que la loi n'entérine pas les conceptions médicales de la maladie mentale. Certes, la maladie mentale est l'affaire de la médecine dont le diagnostic est orienté vers le traitement. Mais la loi a pour intérêt primordial de déterminer la responsabilité de l'auteur d'une infraction et de mettre la société à l'abri du danger que présente ce dernier. La perspective juridique peut sans doute être éclairée par le diagnostic médical; elle ne saurait cependant, sans risque de détourner la fonction sociale du droit, obéir aux seules conclusions médicales.

Pour les fins de l'article 16 C. cr., la maladie mentale est donc une notion juridique et non une notion médicale. Le point d'ancrage de la notion juridique consiste dans le caractère dangereux de la personne qu'une anomalie mentale amène à poser des actes illégaux sans qu'elle

¹³⁶ *Bratty c. A.-G. for Northern Ireland*, [1963] A.C. 386 (H.L.).

¹³⁷ *Cooper c. R.*, précité, note 129.

¹³⁸ *Id.*, 1159, entérinant la définition de la maladie mentale donnée par le juge Martin de la Cour d'appel d'Ontario dans l'arrêt *R. c. Rabey*, (1978) 37 C.C.C. (2d) 461.

¹³⁹ Dans cette même veine, voir *Lowther c. R.*, (1957) 26 C.R. 150 (B.R. Qué.).

sache ce qu'elle fait. C'est pourquoi toute maladie qui a pour effet de priver une personne du discernement intellectuel ou moral est considérée comme une maladie mentale aux yeux de la loi. En revanche, la notion juridique de maladie mentale exclut certains états mentaux du critère de l'aliénation mentale. Ce faisant, elle obéit à deux considérations distinctes: d'abord, l'anomalie mentale provoquée par un facteur accidentel relève non pas de l'aliénation mentale mais de l'automatisme,¹⁴⁰ ensuite, les troubles mentaux volontairement provoqués, sans exclure nécessairement l'aliénation mentale, font appel aux conditions dégagées par la jurisprudence pour l'appréciation de l'intoxication.¹⁴¹

156.- *Le discernement.* L'article 16, paragraphe 2 C. cr. envisage la question du discernement d'un double point de vue: intellectuel et moral. Le paragraphe 3 de l'article 16 C. cr. prévoit spécifiquement le cas de l'hallucination.

Conformément à la psychologie théorique ou classique, la loi s'attache aux facultés intellectuelles, l'intelligence et la volonté, qu'elle considère dans la perspective abstraite de la théorie du libre arbitre. Non seulement néglige-t-elle la trame passionnelle ou émotive qui inspire et accompagne l'action, mais encore applique-t-elle une conception intellectualiste de la volonté, selon laquelle une action consciente est une action voulue.

L'article 16 C. cr. offre au prévenu l'alternative du critère du discernement intellectuel ou de celui du discernement moral. Le premier porte sur l'incapacité de juger la nature et la qualité de l'acte ou de l'omission, le second porte sur l'incapacité de discerner la signification morale de l'infraction.¹⁴²

157.- *Le discernement intellectuel.* Ce critère exonère le prévenu qui, au moment de l'infraction, est incapable de "juger la nature et la qualité d'un acte ou d'une omission". Il est indispensable, pour saisir le sens de la règle, de procéder à l'exégèse de chacun de ces mots.¹⁴³

¹⁴⁰ Voir texte *infra*, c. IV, § 2.

¹⁴¹ Voir texte *infra*, c. IV, § 3, A.

¹⁴² *R. c. Cracknell*, (1931) 56 C.C.C. 190 (Ont. S.C.) et aussi *R. c. Jeanotte*, [1932] W.W.R. 283 (Sask. C.A.); *R. c. Harrop*, (1940) 74 C.C.C. 228 (Man. C.A.). L'arrêt *Cracknell* a établi, d'après le texte de l'article 19 du Code de 1927 (qui avait substitué le mot "et" au "ou" des *Règles M'Naghten*), que l'accusé devait être acquitté si la preuve établissait l'une ou l'autre des conditions prévues par l'article.

¹⁴³ Sur le sujet, voir Marc E. SCHIFFER, *Mental Disorder and the Criminal Trial Process*, Toronto, Butterworths, 1978, pp. 130 à 136.

Juger: à la différence des *Règles M' Naghten*,¹⁴⁴ qui font porter le test sur la capacité du prévenu de "connaître" la nature et la qualité de sa conduite, l'article 16 C. cr. considère la capacité de "juger".¹⁴⁵ La jurisprudence voit en effet une distinction importante entre "connaître" et "juger": le premier signifie la simple connaissance de l'acte posé, tandis que le second dénote une appréciation de la conduite en elle-même et de ses conséquences.¹⁴⁶

Les directives données au jury par le juge McRuer dans la cause *R. c. O.*¹⁴⁷ sont particulièrement explicites sur l'interprétation qu'il convient de donner aux mots "juger de la nature et de la qualité de l'acte". Une femme était accusée de meurtre pour avoir pendu ses enfants. La preuve médicale au soutien de la défense d'aliénation mentale indiquait que le lendemain du meurtre, lors d'un examen médical, elle demanda au médecin de mettre fin à l'examen pour lui permettre de retourner à la maison et de s'occuper de son mari et de ses

¹⁴⁴ Précitée, note 119.

¹⁴⁵ *Rapport de la Commission royale chargée d'étudier la défense d'aliénation mentale en matière criminelle* (Rapport McRuer). Hull. Imprimeur de la Reine, 1956, p. 12: " ' Sous le régime du droit statutaire canadien, une affection mentale qui rend l'accusé incapable de juger la nature et la qualité de l'acte doit nécessairement comporter plus qu'une simple connaissance de l'accomplissement de l'acte; il doit y avoir une appréciation des éléments que comporte l'acte et une capacité mentale de mesurer et de prévoir les conséquences de la conduite violente.

La différence, à cet égard, qui sépare le droit canadien des règles dites *M'Naghten Rules*, ne saurait être mieux démontrée que par la déclaration faite en Angleterre devant la Commission Royale dont sir Ernest Arthur Gowers était président, par sir David Henderson, qui a dit:

'Les règles dites *M'Naghten Rules* ne sont plus d'accord avec la science médicale et de plus, les juges eux-mêmes leur donnent des interprétations très différentes... A mon avis, il y a plusieurs formes de désordres mentaux qui devraient tous également exonérer une personne d'une accusation de conduite criminelle, v.g. la mélancolie, la schizophrénie, les dispositions paranoïaques, la paralysie générale, la démence sénile, l'épilepsie accompagnée d'aliénation et plusieurs autres. Dans plusieurs des cas ci-dessus, l'esprit de la personne est suffisamment clair pour lui permettre de savoir ce qu'elle fait, mais en même temps, elle ne peut juger la portée véritable de sa conduite, par rapport à elle-même comme à d'autres.'
Le mot "juger" (*appreciating*), n'étant pas synonyme de "connaître" (*knowing*), exige un examen de grande portée aux points de vue juridique et médical lorsqu'on étudie la loi canadienne."

¹⁴⁶ *R. c. Burnier*, [1980] 1 R.C.S. 1124, 1137 (juge Estey): "Le verbe "savoir" a une connotation positive qui exige une simple conscience, l'acte de recevoir de l'information sans plus. L'acte de juger, par contre, est au deuxième stade du processus mental qui exige l'analyse de la connaissance ou de l'expérience d'une façon ou d'une autre. Il se dégage donc clairement du sens évident de l'article que le Parlement voulait que, pour qu'une personne soit aliénée au sens de la définition législative, elle doive d'abord être capable de juger, au sens analytique, la nature et la qualité de l'acte ou de savoir, au sens positif, que son acte était mauvais".

¹⁴⁷ *R. c. O.*, (1960-61) 3 *Crim. L.Q.* 151 (Ont. S.C.).

enfants. Le juge McRuer interpréta cette circonstance devant le jury comme le signe d'une absence du sens de culpabilité et d'une incapacité d'appréciation de celle-ci.¹⁴⁸

Dans l'instance, l'accusée était consciente du fait qu'elle avait pendu ses enfants; elle pouvait même décrire ce qui était arrivé et les circonstances dans lesquelles l'acte était intervenu. Cependant, son désir de retourner à la maison pour s'occuper d'eux pouvait laisser croire que, nonobstant sa mémoire de l'événement, elle ne pouvait en apprécier la signification physique. Le juge McRuer estime que le fait de se souvenir de l'acte et de pouvoir le relater, ne permet pas d'inférer que l'accusée était, au moment de l'infraction, en mesure de juger de la nature et de la qualité de celui-ci. Le juge McRuer est formel sur la question: le discernement intellectuel débordé la seule conscience dont témoigne la mémoire; la capacité réelle exige plus, à savoir l'appréciation du rapport de cause à effet entre l'acte et les conséquences intrinsèques qu'il implique. Ainsi, dans l'instance, il semblait bien que, quant à l'accusée, la pendaison ne signifiait pas la mort de ses enfants.¹⁴⁹

Nature et qualité: les mots désignent uniquement le caractère physique de la conduite, (v.g. le prévenu sait que son acte est de nature à causer la mort) et excluent l'appréciation morale de celle-ci (v.g. l'accusé sait que son acte est illégal).¹⁵⁰

Acte ou omission: le texte des anciens Codes,¹⁵¹ fidèle aux *Règles M'Naghten*,¹⁵² mentionnait "cet acte ou cette omission", alors que le texte actuel réfère à un acte ou une omission. Il ne faut pas y voir l'intention du Parlement d'amender la loi dans le sens où l'absence de lucidité du prévenu doit être générale et porter sur la nature et la qualité de tout acte ou omission. Les tribunaux apprécient la lucidité du prévenu en regard de l'acte ou de l'omission qui fait l'objet de l'inculpation.¹⁵³

¹⁴⁸ *Id.*, 155 (juge McRuer): "[...] you may think it has a bearing on whether or not she was capable of foreseeing and measuring the consequences of the act that she was committing, or estimating aright and perceiving the full force of her act [...]".

¹⁴⁹ On retrouve sensiblement le même raisonnement dans l'arrêt *R. c. Smith*, (1968-69) 5 C.R.N.S. 162 (Ont. S.C.).

¹⁵⁰ *R. c. Barnier*, précité, note 146; *Cooper c. R.*, précité, note 129; *R. c. Simpson*, (1977) 35 C.C.C. (2d) 337 (Ont. C.A.); *R. c. O'Brien*, [1966] 3 C.C.C. 288 (N.B.S.C. App. Div.).

¹⁵¹ *Code criminel*, précité, note 126, art. 11 et *Code criminel*, S.R.C. 1927, c. 36, art. 19.

¹⁵² Précitées, note 119: "His act or omission".

¹⁵³ *R. c. Barnier*, précité, note 146.

158.- *Le discernement moral.* La deuxième condition du critère relatif à l'aliénation mentale soulève la question du discernement moral de l'accusé. L'interprétation du mot "mauvais" ou *wrong*, selon les *Règles M'Naghten*,¹⁵⁴ a posé un problème aux tribunaux. L'accusé doit-il savoir qu'il agit contrairement à la morale ou doit-il savoir qu'il agit contrairement à la loi? En Angleterre, les tribunaux ont opté en faveur de la connotation légale du mot *wrong*.¹⁵⁵

La Cour suprême du Canada s'est penchée sur la question dans l'arrêt *Schwartz*.¹⁵⁶ Comme leurs collègues d'Angleterre, les juges majoritaires retiennent comme critère d'appréciation du discernement moral la capacité de savoir qu'un acte est illégal, non sans avoir d'abord affirmé que la question leur paraissait théorique puisque l'homme raisonnable considère généralement comme moralement répréhensible la commission d'un acte illégal.¹⁵⁷

Les juges de la minorité, à l'instar de leurs collègues américains¹⁵⁸ et australiens,¹⁵⁹ concluent au contraire que le critère du discernement moral doit être la capacité de savoir qu'un acte est considéré, par la société, comme un acte répréhensible.¹⁶⁰ Cette conclusion leur est dictée notamment par la comparaison entre l'article 16, paragraphe 2 C. cr. et l'article 13 C. cr. qui prévoit l'incapacité relative de l'enfant âgé de 7 ans ou plus mais de moins de 14 ans, dans des termes qui sont, selon eux, comparables à ceux de l'article 16, paragraphe 2 C. cr.¹⁶¹ A leur avis, l'enfant peut "savoir" ce qui est "mal" au sens moral tout en ne connaissant pas la prohibition.¹⁶² De la même manière, ils affirment que la défense d'aliénation mentale devrait être reçue dès lors que l'accusé ne connaît pas la signification morale de son acte.¹⁶³

¹⁵⁴ Précitées, note 119.

¹⁵⁵ *Codère c. R.*, (1916) 12 Cr. App. R. 21, 27-28 (Engl. C.C.A.); au même effet, *R. c. Windle*, [1952] 2 Q.B. 826 (Engl. C.C.A.).

¹⁵⁶ *Schwartz c. R.*, [1977] 1 R.C.S. 673.

¹⁵⁷ *Id.*, 701.

¹⁵⁸ *People c. Schmidt*, (1915) 216 N.Y. 324.

¹⁵⁹ *R. c. Porter*, (1936) 55 C.L.R. 182 (Austr. H.C.); *Stapleton c. R.*, (1952-53) 86 C.L.R. (Austr. H.C.).

¹⁶⁰ *Schwartz c. R.*, précité, note 156, 689 (juge Dickson); ce faisant, ils suivent la recommandation du *Rapport McRuer* à l'effet que le mot "mauvais" ne devrait pas s'interpréter comme signifiant uniquement "illégal": "En appliquant la loi d'interprétation, il faut accorder un sens large au mot "wrong". Nous croyons que ce mot signifie "mal" non seulement au sens juridique, mais qualifie une action que condamnerait la conscience de l'humanité": *Rapport McRuer, op. cit.*, note 145, p. 13.

¹⁶¹ Notons toutefois que l'article 13 C. cr. applique au discernement moral le critère que connote le mot "juger", alors qu'à l'article 16 (2) C. cr., il faut donner effet au mot "savoir": *R. c. B.C.*, précité, note 93.

¹⁶² *Schwartz c. R.*, précité, note 156, 680 (juge Dickson).

¹⁶³ *Ibid.*

Le jugement majoritaire soulève une foule de difficultés à l'égard du fondement de la responsabilité. En effet, la responsabilité pénale est fondée historiquement et culturellement sur la notion de blâme moral, d'une part, et sur la règle que l'ignorance de la loi ne constitue pas une excuse,¹⁶⁴ d'autre part.

Il nous apparaît incorrect de déterminer la capacité à l'aide d'une règle qui, par définition, ne s'applique qu'aux gens sains d'esprit. En effet, la capacité est une dimension purement subjective et personnelle du sujet, alors que la règle qui exclut l'ignorance de la loi a un caractère purement utilitaire qui permet de retenir la culpabilité d'un accusé dans le cas où ce dernier commet une infraction dans l'ignorance de la prohibition légale. La règle relative à l'ignorance de la loi réfère à l'aspect normatif¹⁶⁵ de la notion de *mens rea*, règle qui permet d'imputer le *mens rea* à l'accusé sain d'esprit. Elle relève non pas de la capacité, mais bien de la culpabilité dans l'imputation de la faute. S'il est vrai que, dans les cas où les prohibitions morales et légales coïncident (par exemple dans les infractions très graves, telles que le meurtre), la question du discernement se fusionne à l'ignorance de la loi, dans les autres cas, la critique formulée ci-haut s'applique pleinement.¹⁶⁶

De plus, parmi les motifs de la majorité il y a la crainte qu'une dimension purement morale du critère rendrait invérifiable en pratique les allégations d'irresponsabilité.¹⁶⁷ L'opinion minoritaire oppose à ce motif un argument péremptoire: l'exigence que le prévenu souffre d'une maladie mentale offre des garanties suffisantes contre les abus et rend non pertinente chez l'agent qui est en conséquence privé de discernement moral, la question de savoir s'il connaissait l'illégalité de sa conduite.¹⁶⁸ Quoi qu'il en soit de ces arguments et malgré le fait que l'affaire *Schwartz* ait donné lieu à une opinion divisée au sein de la Cour suprême, il semble bien que la décision fasse autorité.¹⁶⁹

¹⁶⁴ Art. 19 C. cr.; voir texte *supra*, par. 103.

¹⁶⁵ Jerome HALL, *General Principles of Criminal Law*, 2e éd., Indianapolis, The Bobbs — Merrill Company Inc., 1960, pp. 479-480; voir texte *supra*, par. 73, 104.

¹⁶⁶ Lord Reading fait d'ailleurs allusion à cette question dans l'arrêt *Codere c. R.*, précité, note 155, 28: "There may be minor cases before a court of summary jurisdiction where that view [selon laquelle mauvais équivaut à illégal] may be open to doubt, but in cases such as these [homicide] the true view is what we have just said". Voir également Norval MORRIS, "Wrong" in the M'Naghten Rules", (1953) 16 *Modern L. Rev.* 435 et A.W. MEWETT, M. MANNING, *op. cit.*, note 10, pp. 225 à 228.

¹⁶⁷ *Schwartz c. R.*, précité, note 156, 690 (juge Martland).

¹⁶⁸ *Id.*, 676 (juge Dickson).

¹⁶⁹ Les juges de la majorité reconnaissent que les faits de la cause ne donnaient pas ouverture à la question: *id.*, 691 à 694 (juge Martland). Néanmoins, la Cour

159.- *L'hallucination.* Le paragraphe 3 de l'article 16 C. cr. énonce le critère applicable à l'hallucination. Cette disposition prévoit le cas du prévenu qui a des hallucinations sur un point particulier, mais qui est sain d'esprit à d'autres égards. On a déjà recommandé que cette disposition soit retranchée¹⁷⁰ en s'appuyant sur des témoignages médicaux à l'effet que cette disposition décrit une personne inexistante. La disposition législative exige en effet, pour qu'il y ait acquittement, que le prévenu soit poussé à croire, par son hallucination, à des faits qui, s'ils existaient, donneraient ouverture à une justification. Le paranoïaque devrait par exemple croire être victime d'une attaque pour bénéficier de la légitime défense.

Bien que, dans la conception populaire, l'hallucination soit de l'essence de la folie,¹⁷¹ l'opinion médicale actuelle estime qu'elle est bien plus un symptôme de psychose. Le critère proposé par l'article 16, paragraphe 3 C. cr. ne peut soutenir la critique formulée par Maudsley en 1874 à l'effet que la loi attend d'une personne souffrant d'une hallucination qu'elle pense et agisse raisonnablement quant à son hallucination.¹⁷² C'est en effet ce qu'exige la loi en imposant à cette forme de maladie mentale la condition de recevabilité de l'erreur de fait qui, par définition, s'applique au prévenu sain d'esprit.¹⁷³ Aussi faut-il approuver une jurisprudence récente qui voit, dans les conditions prévues par le paragraphe 3 de l'article 16 C. cr., une manifestation possible de l'aliénation définie par le paragraphe 2 du même article¹⁷⁴ et refuse en conséquence de donner un sens autonome au critère de l'hallucination.

160.- *L'intoxication.* Lorsque l'intoxication volontaire de l'accusé est invoquée en défense, la jurisprudence reconnaît d'une manière constante que cette intoxication peut donner lieu à une défense d'aliénation mentale si l'accusé satisfait au critère de l'article 16 C. cr.¹⁷⁵ Dans ce cas, ce n'est pas l'intoxication en tant que telle qui

d'appel d'Ontario s'est sentie liée par ce jugement dans l'affaire *R. c. Simpson*, précitée, note 150. De plus, dans l'arrêt *R. c. Barnier*, précité, note 146, le jugement unanime de la Cour suprême considère que l'arrêt *Schwartz* a tranché le débat.

¹⁷⁰ *Rapport McRuer, op. cit.*, note 145, p. 46.

¹⁷¹ F.A. WHITLOK, *Criminal Responsibility and Mental Illness*, London, Butterworths, 1963, p. 89; voir aussi *Règles M'Naghten*, précitées, note 119.

¹⁷² H. MAUDSLEY, *Responsibility in Mental Disease*, London, Henry S. King, 1874: "[...] that he is in fact bound to be reasonable in his unreason, sane in his insanity"; cité par F.A. WHITLOK, *id.*, p. 23.

¹⁷³ Voir les exemples donnés par Sir James Fitzjames STEPHEN, *A Digest of the Criminal Law (crimes and punishments)*, London, MacMillan and Co. 1877, p. 16 et l'arrêt *R. c. Moke*, (1917) 28 C.C.C. 296 (Alta. S.C. App. Div.), dans lequel cette défense a été soulevée sans succès.

¹⁷⁴ *R. c. Budic (No 3)*, (1979) 43 C.C.C. (2d) 419 (Alta S.C.App. Div.).

¹⁷⁵ *R. c. Davis*, (1881) 14 Cox C.C. 563 (Engl. C.C.); *D.P.P. c. Beard*, [1920] A.C. 479 (H.L.); *A.G. for Northern Ireland c. Gallagher*, [1963] A.C. 349 (H.L.).

est prise en considération mais bien la maladie mentale à laquelle elle donne lieu.¹⁷⁶

D'ailleurs, la première règle énoncée par Lord Birkenhead, dans l'arrêt *Beard*,¹⁷⁷ l'arrêt de principe en matière d'intoxication, repose également sur une distinction très nette entre l'aliénation mentale et l'ivresse, en ce sens que l'aliénation mentale peut être causée par l'ivresse, notamment si elle provoque une maladie mentale telle que le *delirium tremens*.¹⁷⁸

La jurisprudence ne s'est pas prononcée sur les conditions de recevabilité de l'intoxication en tant qu'aliénation mentale. La règle préconisée par l'arrêt *Beard* est susceptible de soulever des difficultés. D'abord, on ne sait pas si l'intoxication en soi peut être assimilée à une maladie ou s'il faut une maladie caractérisée résultant de l'intoxication. Voyons cette question de plus près. Lord Birkenhead, qui entend résumer l'état du droit sur la question de l'ivresse, s'appuie sur l'arrêt *Davis*,¹⁷⁹ rendu en 1881, dans lequel le juge Stephen a statué que le *delirium tremens* causé par l'alcoolisme est une maladie mentale pour les fins de la défense d'aliénation mentale. Si cette interprétation est exacte, ce n'est pas l'intoxication qui constitue une défense, mais bien l'aliénation mentale résultant de la maladie mentale causée par l'intoxication. Cette précision est d'autant plus importante que le *delirium tremens* ne survient pas nécessairement en période d'intoxication, mais aussi en période de sobriété.

¹⁷⁶ *R. c. Davis, id.*, 564 (juge Stephen): "But drunkenness is one thing and the diseases to which drunkenness leads are different things; and if a man by drunkenness brings on a state of disease which causes such a degree of madness, even for a time, which would have relieved him from responsibility if it had been caused in any other way, then he would not be criminally responsible. In my opinion, in such a case the man is a madman, and is to be treated as such, although his madness is only temporary. [...] If you think there was a distinct disease caused by drinking, but differing from drunkenness, and that by reason thereof he did not know that the act was wrong, you will find a verdict of not guilty on the ground of insanity"; voir M.E. SCHIFFER, *op. cit.*, note 143, pour une analyse des diverses maladies mentales résultant de la consommation d'alcool ou de drogues.

¹⁷⁷ *D.P.P. c. Beard*, précité, note 175.

¹⁷⁸ Les arrêts cités par Lord Birkenhead dans l'arrêt *Beard* à l'appui de la règle établissent la distinction: dans les affaires *R. c. Davis*, précitée, note 175 et *R. c. Baines, The Times*, 25 janvier 1886, la preuve du *delirium tremens* avait été faite. Cette distinction était déjà clairement énoncée dans la jurisprudence canadienne, avant que ne soit décidé l'arrêt *Beard*. Ainsi, dans des cas de folie temporaire causée par un excès d'alcool, sans toutefois qu'il y ait eu *delirium tremens*, les tribunaux canadiens faisaient droit, non pas à la défense d'aliénation mentale, mais bien à la défense d'ivresse: *R. c. Kane*, (1916) 25 C.C.C. 443 (B.R. Qué.); *R. c. Studdard*, (1915) 25 C.C.C. 81 (Ont. S.C.); *R. c. Wilson*, (1911) 21 C.C.C. 448 (N.S.S.C.); *R. c. Blythe*, (1909) 15 C.C.C. 224 (Ont. C.A.).

¹⁷⁹ Précité, note 175.

Mais il est possible de donner à la proposition de l'arrêt *Beard* une interprétation selon laquelle la substance absorbée, alcool ou stupéfiant, peut, en soi, provoquer une "maladie mentale" chez l'agent.¹⁸⁰

161.- *L'impulsion irrésistible*. La notion juridique d'aliénation mentale s'attache, comme on l'a vu, uniquement à l'altération des facultés intellectuelles ou cognitives, à la capacité de juger. Certaines formes de désordres mentaux désignées fréquemment par les mots psychopathie ou sociopathie et qui se caractérisent par l'absence de sensibilité émotive, de sens moral ou de capacité de contrôler sa conduite posent un problème particulier aux tribunaux. Jusqu'à tout récemment, les tribunaux rejetaient d'emblée la défense fondée sur l'impulsion irrésistible. Le passage suivant des directives au jury dans l'arrêt *Creighton* est représentatif de cette attitude:

*La Loi dit aux gens qui se disent affligés d'impulsions irrésistibles: 'si vous êtes incapables de résister autrement à vos impulsions, nous ferons pendre une corde sous vos yeux et cela aidera peut-être' [...]*¹⁸¹

Une jurisprudence plus récente aborde le problème de l'impulsion irrésistible d'une manière plus nuancée. Elle considère en effet que l'impulsion irrésistible, ou plutôt que le désordre mental dont elle est le symptôme, peut constituer une maladie mentale au sens de l'article 16 C. cr. et, de ce fait, justifier un acquittement si, par ailleurs, il a pour effet de priver le prévenu de sa capacité de discernement.¹⁸² Cependant il reste acquis en jurisprudence que l'impulsion irrésistible n'est pas en soi une aliénation mentale au sens de l'article 16 C. cr.¹⁸³ et que la perception par l'accusé des conséquences que sa conduite peut avoir sur les réactions émotives de la victime n'entre pas en considération dans l'appréciation de sa capacité de juger la nature et la qualité de sa conduite.¹⁸⁴ Pour qu'un psychopathe puisse être acquitté d'une infraction commise sous l'effet d'une impulsion irrésistible, il lui faudrait prouver davantage qu'une impulsion irrésistible, à savoir une maladie mentale dont par ailleurs l'impulsion irrésistible peut être une manifestation; il lui faudrait aussi, à l'instar de tout prévenu plaidant la folie, montrer que la maladie mentale l'a rendu incapable de juger la

¹⁸⁰ Voir *R. c. Hilton*, (1977) 34 C.C.C. (2d) 206 (Ont. C.A.).

¹⁸¹ *R. c. Creighton*, (1908) 14 C.C.C. 349, 350 (Ont. H.C.) (juge Riddell): "The law says to men who say they are afflicted with irresistible impulses: 'If you cannot resist an impulse in any other way, we will hang a rope in front of your eyes, and perhaps that will help [...]'. Voir aussi l'arrêt *R. c. Jessamine*, (1912) 19 C.C.C. 214 (Ont. C.A.).

¹⁸² *R. c. Simpson*, précité, note 150.

¹⁸³ *R. c. Wolfson*, [1965] 3 C.C.C. 304 (Alta S.C. App. Div.).

¹⁸⁴ *R. c. Craig*, (1975) 22 C.C.C. (2d) 212 (Alta S.C.).

nature et les conséquences matérielles de sa conduite ou le caractère légalement répréhensible de celle-ci.¹⁸⁵

2) Conditions de recevabilité

162.- *Un régime particulier.* Bien qu'elle s'inscrive dans le cadre de plaidoyer général de non-culpabilité, la défense d'aliénation mentale obéit à un régime particulier du point de vue de son administration judiciaire. Les tribunaux ont en effet assorti la présomption de santé mentale énoncée par le Code criminel,¹⁸⁶ qui place l'accusé dans l'obligation d'apporter la preuve de son aliénation mentale, d'un fardeau de preuve exorbitant du droit pénal, celui de la prépondérance de preuve. Nous examinerons donc le régime de la preuve de la défense d'aliénation mentale tant du point de vue de son fardeau que de son mode. Nous verrons ensuite la nature particulière du verdict auquel cette défense donne lieu.

163.- *Le régime de la preuve.* Il est maintenant classique de distinguer quant au fardeau de la preuve entre l'obligation qui incombe à une partie d'apporter au tribunal la preuve d'un fait et le degré de persuasion que doit atteindre la preuve ainsi faite. En matière d'aliénation mentale, l'accusé assume ces deux obligations.¹⁸⁷ En certains cas particuliers, ce fardeau peut incomber à la poursuite.

164.- *Aliénation mentale et fardeau de présentation.* Le Code criminel dispose que "jusqu'à preuve du contraire, chacun est présumé être et avoir été sain d'esprit".¹⁸⁸ Cette présomption légale ne fait qu'entériner une constatation de sens commun à l'effet que le normal se présume.¹⁸⁹ La présomption dispense donc la poursuite de faire la preuve que le prévenu est sain d'esprit et elle place l'accusé soulevant une défense d'aliénation mentale dans l'obligation d'apporter la preuve matérielle au soutien de sa défense. Ce fardeau consiste à apporter "quelque preuve" de l'aliénation afin que le juge ou le jury, selon le cas, soit saisi de la question.¹⁹⁰ Le texte français de l'article 542,

¹⁸⁵ Voir *R. c. Borg*, [1969] R.C.S. 551 (juge Hall).

¹⁸⁶ Art. 16(4) C. cr.

¹⁸⁷ Voir texte *supra*, par. 41 à 47.

¹⁸⁸ Art. 16(4) C. cr. Dans *R. c. Oxford*, (1840) 173 E.R. 941, 950 (juge Denman): "Persons *prima facie* must be taken to be of sound mind till the contrary is shewn".

¹⁸⁹ *Clark c. R.*, (1921) 61 R.C.S. 608, 629 (juge Mignault): "[...] it is clear that the presumption of sanity of mind, entailing civil and criminal responsibility, would be fully recognized even if it had not been made the subject of a statutory declaration". En droit civil, cette présomption, qui n'est pas sanctionnée par un texte de loi, est une présomption quasi légale, étant donné son caractère universel et incontestable. Voir *Traité de Droit civil du Québec*, t. 9 par André NADEAU, Léo DUCHARME, Montréal, Wilson et Lafleur Ltée, 1965, pp. 438-439.

¹⁹⁰ Art. 542(1) C. cr.

paragraphe 1 C. cr. exigerait qu'il y ait une preuve testimoniale de l'aliénation: "si, lors du procès d'un accusé inculpé d'un acte criminel, il est déposé que l'accusé était aliéné...". Le texte anglais, conforme à la pratique, exige seulement qu'il y ait une preuve de l'aliénation.¹⁹¹

Cependant, il peut arriver que le juge doive saisir le jury de la défense d'aliénation mentale même si l'accusé choisit de ne pas soulever la question en défense.¹⁹² En effet, dès qu'il existe une preuve mettant en cause l'état mental de l'accusé, il incombe au tribunal de statuer sur la qualification juridique de celle-ci. S'agit-il d'un cas d'aliénation mentale, d'automatisme, voire même d'intoxication volontaire? Ces trois moyens de défense ont en effet des caractéristiques communes qui rendent difficile leur qualification. Ainsi, dans l'arrêt *O'Brien*,¹⁹³ l'accusé soulevait une défense d'automatisme, seule défense retenue par le juge dans ses directives au jury. Cependant, la Cour d'appel du Nouveau-Brunswick ordonna un nouveau procès au motif que le juge aurait dû retenir plutôt l'aliénation mentale puisque l'état d'inconscience de l'accusé était dû à une crise d'épilepsie psychomotrice. De la même manière, la Cour des appels criminels d'Angleterre a ordonné un nouveau procès dans l'arrêt *Quick et Paddison*¹⁹⁴ alors que le juge du procès avait indiqué que l'état de l'accusé ne pouvait donner ouverture qu'à une défense d'aliénation mentale. La Cour conclut qu'il s'agit plutôt d'un cas d'automatisme mais n'exclut cependant pas la possibilité que la conduite de l'accusé soit la conséquence de son intoxication volontaire.

Il arrive en effet que la preuve révèle de multiples facteurs qui, pris isolément ou en conjonction, ont pu causer l'inconscience et parfois l'absence de discernement. C'est au juge qu'il appartient de qualifier les faits, à partir des notions juridiques commandant les conditions de recevabilité en défense de la maladie mentale, de l'automatisme et de l'intoxication, afin de soumettre au jury uniquement la ou les défenses auxquelles les faits peuvent donner ouverture. Ainsi, comme le fait remarquer le juge Martin de la Cour d'appel d'Ontario:

Il serait surprenant que l'automatisme provoqué exclusivement par une lésion du cerveau entraîne un acquittement pour cause

¹⁹¹ "Where, upon the trial of an accused who is accused with an indictable offence, evidence is given that the accused was insane [...]". Voir, sur le sens de cet article, Barry B. SWADRON, *Detention of the Mentally Disordered, including the applicable criminal law*, Toronto, Butterworths, 1964, pp. 400-402.

¹⁹² *Cooper c. R.*, précité, note 129; *R. c. Hubbert*, (1976) 29 C.C.C. (2d) 279 (Ont. C.A.).

¹⁹³ *R. c. O'Brien*, précité, note 150; voir également *R. c. Kemp*, précité, note 134 et *Bratty c. A.-G. for Northern Ireland*, précité, note 136.

¹⁹⁴ *R. c. Quick, R. c. Paddison*, [1973] 3 All. E.R. 347 (Engl. C.C.A.).

*d'aliénation mentale et qu'un état d'automatisme résultant exclusivement d'une intoxication ne donne ouverture qu'à la défense restreinte d'intoxication mais qu'une combinaison de ces deux facteurs puisse entraîner la défense complète d'automatisme non démentiel. Un tel résultat serait illogique.*¹⁹⁵

Il ne faudrait pas, pour autant, conclure que les défenses d'aliénation mentale et d'automatisme sont nécessairement mutuellement exclusives. Mais il faut reconnaître que seule une situation exceptionnelle pourrait justifier de les soumettre toutes deux au jury. Par exemple, on peut concevoir le cas d'une personne souffrant d'une maladie mentale et qui, recevant un coup sur la tête, commet une infraction alors qu'elle est inconsciente. Il appartiendrait alors au jury de déterminer si c'est la maladie ou le coup qui est la cause de l'inconscience.¹⁹⁶

D'autre part, il peut arriver aussi que l'accusé, sans vouloir plaider l'aliénation mentale, donne à la poursuite, en mettant son état mental en litige, l'occasion de faire la preuve de son aliénation mentale.¹⁹⁷ La situation ainsi créée est curieuse du fait que la poursuite se voit ainsi plaider l'innocence de l'accusé.¹⁹⁸ On conçoit cependant qu'il est de l'intérêt de la société qu'un prévenu dangereux parce qu'aliéné mental soit acquitté mais détenu dans une institution pour malades mentaux plutôt qu'acquitté purement et simplement s'il plaide, par exemple, l'automatisme. La Cour d'appel d'Ontario, dans l'arrêt *Simpson*,¹⁹⁹ a cependant posé les limites suivantes à ce pouvoir de la poursuite:

Le système contradictoire, en général, nous a bien servis et, pour ma part, je ne voudrais pas assister à l'érosion de ses traits essentiels; mais je ne suis pas convaincu que l'application rigoureuse d'une règle qui empêche la poursuite de présenter une bonne preuve d'aliénation mentale qui est en sa possession alors

¹⁹⁵ R. c. *Revelle*, (1980) 48 C.C.C. (2d) 267 (Ont. C.A.), 272: "It would be surprising if automatism produced solely by pathological brain damage leads to a verdict of not guilty by reason of insanity, and a state of automatism resulting solely from intoxication leads only to the limited defence of drunkenness but that a combination of the two factors could lead to a complete defence of non-insane automatism. Such a result would be illogical".

¹⁹⁶ *Ibid.*; voir aussi *Bratty c. A.-G. for Northern Ireland*, précité, note 136, 415 (Lord Denning).

¹⁹⁷ R. c. *Garrigan*, (1937) 69 C.C.C. 98 (B.C.C.A.). Dans un tel cas, la poursuite assumera le même fardeau que la défense, à savoir la preuve prépondérante. La poursuite peut même agir de la sorte alors que l'accusé désire pour sa part plaider coupable à l'accusation: R. c. *Haymour*, (1975) 21 C.C.C. (2d) 30 (B.C.P.C.) et *Re R. c. Scroggie*, (1974) 15 C.C.C. (2d) 309 (B.C.S.C.).

¹⁹⁸ Glanville L. WILLIAMS, "Automatism", dans G.O.W. MUELLER, *Essays in Criminal Science*, New York, Fred B. Rothman & Co., 1961, 345, 353.

¹⁹⁹ R. c. *Simpson*, précité, note 150.

même que l'accusé refuse de la présenter est un corollaire essentiel de ce système.

D'un autre côté, il est évident que la poursuite ne doit pas être autorisée à renforcer une preuve faible que l'accusé a commis l'acte par une preuve faible qu'il est aliéné mental, lorsque la réception d'une telle preuve pourrait priver l'accusé d'un juste procès sur la question de savoir s'il a commis l'acte en poussant le jury à croire qu'il est le genre de personne à avoir commis l'acte qu'on lui reproche.²⁰⁰

L'idée s'impose en jurisprudence que la preuve de l'aliénation mentale de l'accusé est une question d'intérêt public ne relevant pas uniquement de la discrétion des parties. Ainsi, dans l'arrêt *Irwin*,²⁰¹ la Cour d'appel d'Ontario a soulevé d'elle-même la question de l'aliénation mentale de l'accusé, a soumis l'appelant à une expertise psychiatrique et a prononcé un acquittement pour cause d'aliénation mentale.

165.- *Aliénation mentale et fardeau de persuasion.* Le juge ou le jury ne peut rendre un verdict spécial d'acquiescement pour cause d'aliénation mentale²⁰² que s'il est satisfait, par une preuve prépondérante, que l'accusé était aliéné mental au moment de l'infraction. L'exigence des *Règles M'Naghten* est à l'effet que l'aliénation mentale doit être prouvée clairement²⁰³ mais la jurisprudence canadienne a écarté cette directive²⁰⁴ pour adopter la règle du degré de preuve en matière civile, c'est-à-dire celle de la preuve prépondérante ou de la prépondérance des probabilités.²⁰⁵

²⁰⁰ *Id.*, 361 (juge Martin): "The adversary system, in general, has served us well and I, for one, would not like to contemplate the erosion of its essential features, but I am not persuaded that the inflexible application of a rule which debar the prosecution from adducing cogent evidence of insanity in its possession, where the accused refuses to adduce it, is an essential concomitant of that system.

On the other hand, the prosecution, clearly, ought not to be entitled to bolster a weak case that the accused committed the act by weak evidence that the accused was insane, where the admission of such evidence might deprive the accused of a fair trial on the issue whether he committed the act by leading the jury to conclude that he is the sort of person likely to have committed the act charged [...]"

²⁰¹ *R. c. Irwin*, (1977) 36 C.C.C. (2d) 1 (Ont. C.A.); voir aussi *R. c. Talbot (No 2)*, (1978) 38 C.C.C. (2d) 560 (Ont. H.C.).

²⁰² Art. 542(1) C. cr.

²⁰³ *Règles M'Naghten*, précitées, note 119, 722: "[...] to establish a defence on the ground of insanity, it must be clearly proved [...]"

²⁰⁴ *R. c. Gibbons*, (1946) 86 C.C.C. 20 (Ont. C.A.); *R. c. Chupiuik*, (1949) 95 C.C.C. 198 (Sask. C.A.); *R. c. Cardinal*, (1953-54) 17 C.R. 373 (Alta S.C. App. Div.).

²⁰⁵ *Clark c. R.*, précité, note 189, 632 (juge Mignault): "[...] it is the result of a preponderance of evidence, or of the acceptance on reasonable grounds of one probability in preference to another, and, in the case of insanity, the evidence

Toute directive du juge au jury à l'effet que l'accusé est tenu de faire la preuve de l'aliénation mentale au-delà du doute raisonnable est systématiquement cassée.²⁰⁶ La Cour suprême du Canada a, en 1941, dans l'arrêt *Smythe*, défini le degré de preuve requis comme étant "a mere preponderance of probability"²⁰⁷ et, en 1955, dans l'arrêt *Hébert*, elle a approuvé la directive suivante donnée au jury: "une preuve qui vous satisfasse raisonnablement par sa prépondérance".²⁰⁸

166.- *Le mode de preuve.* Nous avons déjà vu que l'aliénation mentale est une question de fait qu'il appartient au juge ou au jury, selon le cas, de trancher.²⁰⁹ La conséquence de ce fait, sur le plan de la preuve, est que le mode de preuve de l'aliénation mentale n'est soumis, en principe, à aucune restriction spéciale et que les règles ordinaires de la preuve s'appliquent à la détermination de cette question.

Le tribunal décide de la question d'après l'ensemble de la preuve, que celle-ci soit circonstancielle ou qu'elle provienne d'opinions d'experts ou de non-experts.²¹⁰ De plus, la loi ne privilégie pas un mode de preuve en particulier: l'aliénation mentale peut être prouvée, soit par les circonstances seules, par l'expertise seule, ou encore par une combinaison de ces moyens;²¹¹ le tribunal peut même rejeter l'expertise, en partie ou en totalité.²¹²

generally is largely a matter of expert opinion. To say that insanity must be proved to the satisfaction of the jury does not weaken the legal presumption, but it places the plea of insanity on the same footing as all other defences which must be established so as to satisfy the jury." *Id.*, 615 (juge Duff): "[...] it is incumbent upon the accused in order to negative his responsibility for an act otherwise criminal to prove to the satisfaction of the jury that he was insane at the time he committed the act".

²⁰⁶ *Smythe c. R.*, [1941] R.C.S. 17; *R. c. Anderson*, (1914) 22 C.C.C. 455 (Alta. S.C.); *Périard c. R.*, [1963] B.R. 472 (B.R. Qué.).

²⁰⁷ *Smythe c. R.*, *id.*, 18, citant un passage de *Cooper c. Slade*, (1857) 6 H.L.C. 746, 772.

²⁰⁸ *Hébert c. R.*, [1955] R.C.S. 120, 123. Mais voir *R. c. Couture*, (1947-48) 4 C.R. 323, 331 (B.R. Qué.) (juge Barclay): "'reasonable satisfaction' implies the absence of any reasonable doubt [...]"

²⁰⁹ Voir texte *supra*, par. 165.

²¹⁰ *R. c. de Tonnancourt et al.*, (1956) 115 C.C.C. 154 (Man. C.A.). En première instance, le juge avait donné la directive suivante au jury avant d'analyser la preuve (à la p. 191): "Now insanity is a matter of fact and, therefore, it is for the jury to decide. On what evidence do you decide it? On such evidence as appeals to you [...]". Cette directive a été approuvée par la Cour d'appel du Manitoba. Voir aussi *Cooper c. R.*, précité, note 129 et *R. c. Baltzer*, (1976) 27 C.C.C. (2d) 118 (N.S.S.C. App. Div.).

²¹¹ *Ibid.*, et *R. c. Brockenshire & Clarkson*, (1931) 56 C.C.C. 340 (Ont. S.C. App. Div.).

²¹² *Ibid.*

Il peut sembler surprenant, à première vue, que l'expertise ne soit pas obligatoire. De fait, il serait assez inconcevable à l'heure actuelle qu'un prévenu, surtout s'il est représenté par avocat, tente de faire valoir une défense d'aliénation mentale sans avoir recours à une expertise. Du point de vue juridique toutefois, la justification est cependant évidente, le tribunal ayant pour fonction de trancher la question de la responsabilité du prévenu à partir d'un critère légal et non pas médical.²¹³ Le témoin, qu'il soit expert ou non, a pour rôle, non de trancher le débat, mais seulement d'apporter au tribunal tous les faits susceptibles de le renseigner et de lui permettre ainsi de prendre une décision réfléchie et informée.

167.- *Le verdict.* En plus des règles particulières de preuve auxquelles obéit la défense d'aliénation mentale, il faut noter qu'il s'agit de la seule défense donnant lieu à un verdict motivé, si elle est retenue à l'encontre d'un acte criminel.²¹⁴ Dans ce cas, l'article 542, paragraphe 1 C. cr. impose au juge ou au jury l'obligation de constater si l'accusé était aliéné lors de la perpétration de l'infraction et de déclarer s'il est acquitté pour cause d'aliénation mentale. L'accusé, acquitté pour cause d'aliénation mentale, est confié au bon plaisir du lieutenant-gouverneur,²¹⁵ c'est-à-dire qu'il sera en pratique détenu dans une institution pour malades mentaux jusqu'à son rétablissement. Afin d'assurer une protection adéquate des personnes ainsi détenues, l'article 547 C. cr. prévoit l'établissement de commissions provinciales chargées d'examiner le cas des personnes internées, à des périodes fixées par la loi,²¹⁶ et chaque fois que le lieutenant-gouverneur leur en fait la demande.²¹⁷ De la sorte, une personne internée par suite d'un verdict spécial, prononcé alors que la preuve faisait état d'une maladie mentale peu susceptible de se reproduire et qui ne demande aucun traitement médical, risque peu d'être internée pendant une longue période.²¹⁸

²¹³ Voir texte *supra*, par. 155.

²¹⁴ L'article 542 C. cr. stipule expressément que cette procédure doit être suivie dans le cas d'un accusé inculpé d'un acte criminel; par ailleurs, la Partie XX du Code ne comporte pas de disposition analogue. Il faut donc en conclure qu'elle ne s'applique pas aux poursuites sommaires. Dans ce dernier cas, l'accusé qui plaide avec succès l'aliénation mentale doit être acquitté purement et simplement en raison du seul effet de l'article 16(1) C. cr.

²¹⁵ Art. 542(2) C. cr.

²¹⁶ Art. 547(5) C. cr.

²¹⁷ Art. 547(6) C. cr.

²¹⁸ C'est, du moins, l'opinion exprimée par le juge Martin de la Cour d'appel d'Ontario dans l'arrêt *R. c. Rabey*, précité, note 138, entérinée par le jugement de la Cour suprême dans cette même affaire: *Rabey c. R.*, [1980] 2 R.C.S. 513.

Néanmoins, les rigueurs du verdict spécial ont pour effet, indépendamment de toute pression d'ordre social, de faire du plaidoyer d'aliénation mentale le dernier refuge du procureur de l'accusé.²¹⁹ C'est ce qui explique que l'accusé soulève cette défense surtout dans les accusations comportant une lourde peine.

²¹⁹ *Schwartz c. R.*, précité, note 156, 677 (juge Dickson).

CHAPITRE IV

Les excuses

168.- *Introduction.* Les excuses désignent les causes de non-responsabilité qui sont fondées sur un état psychologique de l'auteur d'une infraction. Le tribunal a forcément, au point de départ, une vision objective de la conduite de l'accusé: il constate si la situation correspond ou non à la prohibition. Si l'on suppose que, *prima facie*, la preuve montre que l'accusé a commis l'infraction, le tribunal n'aura pas d'autre choix que de prononcer une condamnation si aucun élément de la preuve ne l'amène à changer sa vision de la situation. Parmi l'ensemble des moyens de défense,¹ ceux qui sont qualifiés d'excuses ont pour effet d'amener le tribunal à voir la situation comme la voyait l'accusé et, donc, d'analyser celle-ci en tenant compte de la subjectivité de ce dernier. Celle-ci est mise en cause par les circonstances montrant que l'accusé n'a pas commis l'infraction en exerçant une liberté de choix, une volonté libre.

169.- *Théorie de l'excuse.* La notion d'excuse découle du principe du *mens rea* entendu dans un sens normatif² qui fait reposer la responsabilité pénale sur la faute. Le mot "excuser", qui vient du latin *excusare* — *ex-causa* —, signifie littéralement mettre "hors de cause". C'est fondamentalement le rôle de l'excuse dans la théorie du droit pénal. L'auteur est mis hors de cause — c'est-à-dire que l'infraction ne lui est pas imputée.

La justification, au contraire, nie l'infraction (*justificare* — rendre juste).³ Elle a pour effet de revendiquer la légalité de la conduite. Elle repose en effet sur une norme inscrite dans la loi, restreignant le champ de la prohibition. Ainsi, la conduite nécessaire à l'exécution de la loi ou l'acte posé en légitime défense ne sont pas des infractions parce qu'ils coïncident avec les valeurs reconnues par la loi elle-même: l'exécution de la loi, la protection de la vie et de l'intégrité corporelle. En d'autres termes, l'acte justifié est exclu de la prohibition, à la différence de l'excuse donc, qui cherche à nier la responsabilité découlant de l'infraction. La distinction que faisait la *Common Law* entre "l'homicide justifiable" et "l'homicide excusable" illustre cette idée. Le premier, commis dans l'exécution et

¹ Voir texte *infra*, c. V et VI.

² Voir texte *supra*, par. 73.

³ Voir texte *infra*, c. V.

l'application de la loi (v.g. une sentence), entraînait un acquittement. Le second, commis accidentellement ou dans certains cas de légitime défense, entraînait une condamnation qui ne pouvait être levée que par un pardon du roi.⁴

Le Code criminel reconnaît cette distinction entre la justification et l'excuse. Ainsi, il définit la légitime défense et l'exécution de la loi comme des justifications,⁵ alors qu'il emploie le mot "excuse" pour la contrainte⁶. D'une manière plus générale, dans plusieurs textes d'incrimination, il subordonne la définition de l'infraction à l'absence d'une justification ou d'une excuse.⁷ Pour sa part, la jurisprudence distingue parfois les deux concepts.

Par exemple, dans l'arrêt *St-Clair*,⁸ la publication "sans justification ni excuse légitime" d'un libelle obscène, dont l'accusé voulait s'exonérer en plaçant que son acte avait servi le bien public, a amené la Cour à déterminer si le moyen soulevé pouvait être une justification ou une excuse:

*Il est évident à la face même de la disposition législative que les défenses de "justification légale" et de "bien public" sont deux choses différentes [...] la première justifie, la seconde excuse l'acte.*⁹

Lagarde exprime la même idée:

*La justification consiste dans l'allégation ou la preuve d'une question de fait qui établit le droit légal de l'accusé de faire ce qu'il a accompli et que lui reproche le plaignant. L'excuse, c'est la raison donnée et provenant d'un état de faits pour exempter l'accusé des sanctions de la loi.*¹⁰

On pourrait ainsi formuler une théorie de l'excuse et de la justification de manière à rationaliser les moyens de défense¹¹. On pourrait, par exemple, dire que l'excuse opère *in personam*, en tenant

⁴ Voir *Russell on Crime*, vol. 1, 12e éd., par J.W. Cecil TURNER, London, Stevens & Sons, 1964, pp. 453 à 464.

⁵ Arts 25 et 34 C. cr.

⁶ Art. 17 C. cr.

⁷ Voir texte *infra*, par. 292.

⁸ *R c. St-Clair*, (1913) 21 C.C.C. 350 (Ont. C.A.).

⁹ *Id.*, 353 (juge Meredith): "That the defences "lawful justification" and "public good" are two different things is obvious upon the face of the enactment [...] the one justifies, the other excuses, the act"; au même effet, voir *R c. Palmer*, (1937) 68 C.C.C. 20 (Ont. C.A.); *R c. McFall*, (1976) 26 C.C.C. (2d) 181 (B.C.C.A.).

¹⁰ Irénée LAGARDE, *Droit pénal canadien*, 2e éd., Montréal, Wilson et Lafleur Ltée, 1974, p. 949. Ce passage semble exclure les justifications putatives, c'est-à-dire les situations où l'accusé, sous le coup d'une erreur de fait, croyait agir dans le cadre d'une justification.

¹¹ Voir George P. FLETCHER, *Rethinking Criminal Law*, Boston, Little, Brown and Company, 1978, c. 10.

compte de la subjectivité de l'auteur de l'infraction, et que la justification opère *in rem*, s'attachant à la norme légale définissant l'infraction. Cela entraînerait une appréciation subjective de l'excuse et objective de la justification. On pourrait également dire que l'excuse nie le *mens rea*, la justification, l'*actus reus*.

170.- *Les limites de la théorie de l'excuse*. Malheureusement, le droit pénal déjoue souvent les règles de la logique déductive. L'arrêt *Dadson*¹² en donne une illustration célèbre. Un officier de police est accusé de meurtre pour avoir tué un individu lors d'une arrestation. Il est trouvé coupable. La preuve révèle que l'officier de police a surpris la victime en flagrant délit de vol. Il n'avait le droit d'employer la force nécessaire à l'arrestation que si l'auteur de l'infraction était un *felon*. Dans les circonstances de l'arrestation, le simple vol effectué par Dadson ne faisait pas de celui-ci un *felon* aux yeux du policier, d'où l'accusation. Cependant, la preuve a révélé deux condamnations pour vol au dossier de Dadson. Cette circonstance, ignorée de l'officier de police, faisait de Dadson un *felon*. La découverte de cette circonstance tendait à justifier objectivement l'acte du policier. Mais le tribunal s'est arrêté plutôt à l'état d'esprit de l'accusé pour retenir la responsabilité de ce dernier.

Selon Williams,¹³ l'acte du policier n'était pas un *actus reus* car la loi autorisait objectivement l'emploi de la force dans ces circonstances. L'absence d'*actus reus* était péremptoire et aurait dû empêcher le tribunal de s'enquérir du *mens rea* de l'accusé. La condamnation serait donc injustifiée. Selon Hall,¹⁴ la condamnation est justifiée puisque l'accusé a posé un acte dans des circonstances où, subjectivement, il ne pouvait se croire autorisé à poser cet acte. La découverte subséquente d'une circonstance justificative ne fait pas disparaître le *mens rea* de l'accusé manifesté par l'homicide. En d'autres termes, selon Hall, la présence du *mens rea* écarte la justification objective.

En fait, dans sa critique, Williams néglige un des éléments essentiels à la détermination de l'élément *reus* de l'acte. Le pouvoir d'arrestation et d'utilisation de la force nécessaire ne réside pas que dans la situation objective de l'arrestation, mais aussi dans une croyance raisonnable et probable de la part de celui qui fait l'arrestation.¹⁵ En d'autres termes, il faut que le policier ait des motifs

¹² *R. c. Dadson*, (1850) 169 E.R. 407.

¹³ Glanville Llewelyn WILLIAMS, *Criminal Law, The General Part*, 2e éd., London, Stevens & Sons, 1961, pp. 24-25; Glanville L. WILLIAMS, *Textbook of Criminal Law*, London, Stevens & Sons, 1978, pp. 457-458.

¹⁴ Jerome HALL, *General Principles of Criminal Law*, 2e éd., New York, Bobbs-Merrill Co. Inc., 1960, p. 238.

¹⁵ Arts 449-450 C. cr.; voir texte *supra*, par. 64 et *infra*, c. V, § 3.

raisonnables lui permettant de croire qu'il agit dans le cadre de la justification pour bénéficier de celle-ci. La justification n'est donc pas purement objective comme le suggère la théorie. De la même manière, l'excuse n'est pas purement subjective puisque la loi ou la jurisprudence l'encadrent de conditions de recevabilité destinées à en vérifier le bien-fondé.

Séduisante en théorie, la distinction entre l'excuse et la justification n'est pas pleinement opérationnelle en pratique. Et cela d'autant plus que l'excuse et la justification entraînent toutes deux un acquittement.

Mais son existence dans les lois pénales et sa valeur explicative au plan des principes en font un mode utile de classification des moyens de défense.

171.- *L'excuse est générale ou particulière.* La première s'applique à toute infraction si les circonstances y donnent ouverture sauf, bien sûr, si le texte d'incrimination l'exclut ou en restreint la portée. La seconde ne s'applique qu'aux infractions qui la prévoient.

Les excuses suivantes sont d'application générale: la contrainte physique et l'impossibilité absolue; l'automatisme; l'intoxication involontaire; l'intoxication volontaire, dans la mesure où la définition de l'infraction comporte l'exigence d'une intention dite spécifique; le désordre mental, également dans la mesure où la définition de l'infraction prévoit une intention spécifique; la contrainte morale.

L'erreur de fait et l'accident ne sont pas, quant à eux, à proprement parler, des excuses puisqu'ils ne sont que la contrepartie d'un élément de l'infraction: la connaissance et l'intention. Toutefois, nous les classons au nombre des excuses du fait qu'en pratique, les plaideurs parlent couramment des défenses d'erreur de fait ou d'accident.

Certaines excuses particulières telles que l'excuse légitime et la provocation sont étudiées dans un chapitre subséquent.¹⁶

§ 1. LA CONTRAINTE PHYSIQUE ET L'IMPOSSIBILITÉ ABSOLUE

172.- *La contrainte physique.* La contrainte physique décrit l'état de celui qui commet une infraction alors qu'il est assujéti à une force extérieure. Cet individu n'a aucun choix; ce n'est pas lui qui agit mais plutôt la force qui le domine. Cette forme de contrainte s'assimile à la

¹⁶ Voir texte *infra*, c. VI.

force majeure. La contrainte physique constitue un moyen de défense à l'égard de toute infraction car l'accusé ne peut être tenu pour l'auteur du fait constitutif d'infraction.

L'exemple de la contrainte physique donné par Hale est toujours celui que donnent la doctrine et la jurisprudence:

*A, par une force irrésistible, prend la main de B dans laquelle se trouve une arme et, ce faisant, tue C.*¹⁷

B est en fait l'instrument passif du crime dont A est l'auteur.¹⁸ Il n'y a pas de responsabilité quant à B, qu'on applique la doctrine de l'*actus reus*¹⁹ ou celle du *mens rea*.²⁰ Il n'y a pas d'*actus reus*, faute d'acte; il n'y a pas de *mens rea*, faute de liberté de choix.

La contrainte physique s'applique aux infractions de commission. Pour les infractions d'omission, il est préférable de parler d'impossibilité.

173.- *L'impossibilité absolue.* L'impossibilité absolue décrit la situation de celui qui se voit empêché de remplir une obligation ou de faire quelque chose par la survenance d'un cas fortuit ou d'une force majeure. La jurisprudence donne l'exemple d'une personne accusée d'avoir omis de maintenir en état une route que la mer venait d'emporter. Voici comment Lord Denman dispose du cas:

*Je pense que le défendeur a droit à un verdict. Tant la route qu'il a la responsabilité de tenir en bon état que le sol sur lequel passe cette route sont emportés par la mer. Afin de remettre la route en état conformément à son obligation il doit en reconstituer le fond. Je n'accorde pas beaucoup d'importance au fait que le tracé de l'ancienne route a disparu. Mais, ici, tous les matériaux servant à la construction de la route ont été emportés par une force majeure [act of God]. Le défendeur est-il responsable de n'avoir pas réparé la route dans ces circonstances? Une telle proposition doit trouver appui sur une autorité et on n'en a trouvée aucune.*²¹

¹⁷ Sir Matthew HALE, *The History of the Pleas of the Crown*, 1682, 1ère éd. américaine, Philadelphie, Robert H. Small, 1847, p. 43; voir Sir William BLACKSTONE, *Commentaries on the Laws of England*, vol. IV, 2e éd., New York, London, Garland Publishing, Inc., 1978, p. 27; *Kenny's Outlines of Criminal Law*, 19e éd., par J.W. Cecil TURNER, Cambridge, Cambridge University Press, 1966, p. 66; *Russell on Crime, op. cit.*, note 4, p. 37; John Cyril SMITH, Brian HOGAN, *Criminal Law*, 4e éd., London, Butterworths, 1978, p. 37; R. c. *Farduto*, (1912) 21 C.C.C. 144 (B.R. Qué.).

¹⁸ Voir texte *infra*, par. 346.

¹⁹ Voir texte *supra*, c. II, § 1.

²⁰ *Ibid.*

²¹ R. c. *Bamber*, [1843] 5 Q.B. 279, 287: "I think the defendant below is entitled to judgment. Both the road which the defendant is charged with liability to repair, and the land over which it passes, are washed away by the sea. To restore the road, as

La force majeure exclut toute faute de la part de l'accusé puisque toute personne raisonnable ne ferait pas mieux dans les circonstances. La personne n'exerce pas un choix puisque la situation est déterminée par la force majeure ou le cas fortuit. Comme le fait remarquer Williams, l'adage "A l'impossible nul n'est tenu" que reconnaît le droit civil, s'applique avec encore plus de force au droit pénal qui doit tenir compte des impératifs de la justice et du caractère humain de celle-ci.²²

174.- *Contrainte physique, impossibilité absolue et nature de l'infraction.* En principe, la contrainte physique et l'impossibilité absolue devraient s'appliquer à toute infraction, quel que soit le régime de responsabilité qui la gouverne. Cette proposition ne fait pas de doute en ce qui concerne l'infraction de *mens rea*. Elle est également certaine en ce qui concerne l'infraction de responsabilité stricte puisque celle-ci, admettant la défense de diligence raisonnable, admet *a fortiori* la démonstration que l'accusé n'a pu faire autrement. Elle est moins certaine en matière de responsabilité absolue. L'arrêt *Bamber*²³ serait cependant une autorité établissant la recevabilité de la défense puisque l'infraction reprochée à Bamber était une nuisance publique, infraction de responsabilité absolue.²⁴ Du reste, on peut affirmer que l'arrêt *Strasser c. Roberge*²⁵ reconnaît en principe l'existence de ce moyen de défense. Roberge était accusé d'avoir participé à un arrêt concerté de travail. La preuve de la poursuite montrait que les grévistes avaient bloqué l'accès à l'usine. La défense a invoqué l'impossibilité. La cour rejette ce moyen au motif que l'impossibilité n'était pas absolue. En effet, Roberge devait travailler de 08.00 heures à 16.00 heures et le blocus a été levé à 09.30 heures; en outre, il aurait pu avoir accès à l'usine par une autre entrée.²⁶

175.- *Impossibilité relative.* L'impossibilité relative, à la différence de l'impossibilité absolue, suppose l'exercice d'un choix de la part de l'agent. Ce type d'impossibilité, qui est morale et non pas physique,

he is required to do, he must create a part of the earth anew. I do not rely much upon the argument that the ancient line of highway has been removed. But here all the materials of which a road could be made have been swept away by the act of God. Under those circumstances can the defendant be liable for not repairing the road? We want an authority for such a proposition; and none has been found."

²² G.L. WILLIAMS, *Criminal Law, The General Part*, *op. cit.*, note 13, p. 746.

²³ *R. c. Bamber*, précité, note 21.

²⁴ *Sherras c. De Rutzen*, [1895] 1 L.R. 918 (Q.B.). Il est à noter que l'infraction reprochée à Bamber n'est pas la même que l'infraction de nuisance publique criminelle codifiée à l'article 176 C. cr. et qui est un crime: voir I. LAGARDE, *op. cit.*, note 10, pp. 385-386.

²⁵ *Strasser c. Roberge*, [1979] 2 R.C.S. 953.

²⁶ *Id.*, 983.

s'apparente à la nécessité²⁷ et à la diligence raisonnable.²⁸ Elle peut aussi intervenir dans l'appréciation d'une excuse légitime ou d'une excuse raisonnable.²⁹ Mais elle n'est pas, en elle-même, une défense.³⁰

§ 2. L'AUTOMATISME

176.- *Introduction.* L'automatisme pose un problème aux tribunaux. Il met en cause un état mental prenant la forme d'une inconscience totale ou partielle qui, en soi, n'est pas différent de celui provoqué par l'aliénation mentale ou l'intoxication. Aussi les tribunaux concentrent-ils leur attention à la détermination de la cause de cet état mental. S'il est provoqué par une maladie mentale, il ne peut s'agir que d'aliénation mentale débouchant sur un acquittement assorti d'une ordonnance de détention; s'il est provoqué par l'absorption d'alcool ou de drogues, ce sont les règles de l'intoxication qui régissent l'analyse. Cependant, la preuve médicale fait souvent état de cas d'inconscience attribuables à des facteurs autres qu'une maladie mentale caractérisée ou que l'intoxication. En principe, dans la mesure où l'inconscience est provoquée par un facteur accidentel externe au prévenu, la défense d'automatisme joue un rôle autonome et justifie un acquittement. A la différence de l'aliénation mentale, l'automatisme amène un acquittement qui n'est pas assorti d'une ordonnance de détention et, à la différence de l'intoxication volontaire, il constitue une défense quelle que soit la nature du *mens rea* requis par la définition de l'infraction reprochée. La défense d'automatisme a donc pour effet de remettre en liberté une personne qui explique la commission d'une infraction par un facteur qui l'a privée de l'exercice de ses facultés intellectuelles. La protection de la société exige donc des tribunaux une certaine circonspection dans la réception de ce moyen de défense.

Les difficultés suscitées par l'automatisme découlent ainsi de plusieurs facteurs: d'abord, l'écart entre la notion médicale et la notion juridique, ensuite, la définition de la cause de l'automatisme et, enfin, les conditions de recevabilité du moyen de défense.

A. Notion

177.- *Notion médicale.* Le mot "automatisme" désigne un état d'inconscience, totale ou partielle, pendant lequel le sujet pose des

²⁷ Voir texte *infra*, c. V, § 7.

²⁸ Voir texte *infra*, par. 233.

²⁹ Voir texte *infra*, par. 293.

³⁰ *Fondation Richard Lamer Inc. c. Office de la Construction du Québec*, [1976] C.S. 1703 (C.S. Qué.); *R. c. Gayle Air Ltd. and Belluz*, (1975) C.R.N.S. 114 (Man. P.C.).

actes mécaniques. Un individu peut poser des actes complexes alors que son état de conscience est altéré. La notion médicale d'automatisme désigne, en général, cette activité musculaire complexe. L'automatisme peut s'accompagner d'amnésie et atteindre divers degrés, depuis l'inconscience partielle, le délire et l'état de stupeur, jusqu'au coma (inconscience totale). La médecine distingue, suivant la cause de l'inconscience, entre l'automatisme normal (le cas de l'hypnose ou du somnambulisme) et l'automatisme organique qui résulte d'une maladie organique, par exemple une forme d'épilepsie ou un traumatisme crânien. Il faut mentionner aussi l'automatisme psychogène, qui consiste dans une dissociation: le patient fuit la réalité et obéit à des impulsions soudaines.³¹ Cette forme d'automatisme qui n'est pas liée à la présence d'un désordre organique résulte soit d'une fragilité psychologique du patient, soit d'une situation provoquant une extrême tension psychologique, soit de ces deux facteurs à la fois.

178.- *Notion juridique.* Lord Denning a défini l'automatisme, dans l'arrêt *Bratty*, en tant "qu'acte involontaire posé par une personne inconsciente de ce qu'elle faisait".³² Cette définition, bien qu'elle ait été acceptée par la jurisprudence subséquente, ne nous semble pas adéquate puisqu'elle exige que l'acte soit à la fois involontaire et inconscient. Elle suggère dès lors qu'un acte inconscient puisse être volontaire.³³ La définition qu'en donne le juge Gresson de la Cour d'appel de Nouvelle-Zélande, dans l'arrêt *Cottle*, nous semble plus exacte: "l'action posée sans volition consciente".³⁴

On ne peut cependant s'empêcher de remarquer que ces définitions s'attachent aux caractères de l'acte et non à l'état de l'agent. En effet, ce n'est pas l'automatisme qui est défini, mais bien l'acte automatique. Pourtant, les tribunaux ont défini l'aliénation mentale d'après les effets qu'elle entraîne chez l'aliéné et non d'après les caractères de l'acte de l'aliéné. La raison de cette différence d'attitude réside dans le fait que l'aliénation mentale, contrairement à l'automatisme, donne lieu à une incapacité juridique. Pour marquer cette différence, la jurisprudence distingue entre l'automatisme démentiel et l'automatisme non démentiel. Le premier résulte d'une cause inhérente au prévenu — une maladie — et, de ce fait, le droit

³¹ R. J. McCALDON, "Automatism", *Canadian Medical Association Journal*, 1964, vol. 91, p. 914.

³² *Bratty c. A.G. for Northern Ireland*, [1963] A.C. 386, 410 (H.L.): "[...] an involuntary act in the sense that he was unconscious [...]"

³³ Mais un acte peut être conscient et involontaire, v.g. le cas de la contrainte physique: voir texte *supra*, par. 172.

³⁴ *R. c. Cottle*, [1958] N.Z.L.R. 999, 1021: "Automatism, that is action without conscious volition".

l'assimile à l'aliénation mentale.³⁵ Le second résulte d'un fait accidentel externe: coups et blessures, intoxication involontaire, etc. Cette forme d'automatisme est dite organique. Bien qu'elles soient courantes dans la jurisprudence, les expressions "automatisme démentiel" et "automatisme non démentiel" ne sont pas vraiment utiles: elles servent tout simplement à établir un contraste entre la défense d'automatisme et celle d'aliénation mentale. Aussi, entendrons-nous par automatisme une inconscience totale ou partielle provoquée par un facteur autre qu'une maladie mentale.³⁶ Celle-ci étant définie comme toute maladie fonctionnelle ou organique affectant le discernement, le champ d'application de la défense d'automatisme se trouve restreint à l'inconscience résultant d'un facteur purement accidentel et externe au prévenu. L'exigence d'un facteur purement accidentel exclut du champ de l'automatisme l'intoxication volontaire. L'exigence relative au caractère externe laisse toutefois subsister des difficultés.

179.- *La cause de l'automatisme.* Lorsque la cause de l'inconscience réside dans un facteur physique externe au prévenu, la jurisprudence n'éprouve pas en général de difficultés à identifier l'automatisme. Ainsi en est-il de l'inconscience causée par un coup sur la tête, du moins lorsque celui-ci est la cause immédiate de l'inconscience.³⁷ La Cour suprême du Canada s'est prononcée, dans l'arrêt *Bleta*,³⁸ sur un cas d'automatisme de cette nature. Bleta était accusé de meurtre non qualifié, à la suite d'une bataille au cours de laquelle il avait causé la mort de son adversaire. Il plaidait en défense qu'au cours de la bataille, il avait été projeté par terre et qu'il s'était heurté la tête au sol. Il soutenait que la blessure qu'il s'était infligée avait provoqué chez lui un état d'inconscience au cours duquel il avait poignardé la victime. Le jury ayant fait droit à sa défense et enregistré un verdict de non-culpabilité, la poursuite logea un appel fondé sur la recevabilité de la preuve d'expertise. La Cour d'appel d'Ontario ordonna alors un nouveau procès, mais la Cour suprême du Canada rejeta cet appel et restaura le verdict d'acquiescement. La décision de la Cour suprême doit donc être interprétée comme entérinant la défense d'automatisme telle

³⁵ *R. c. Kemp*, [1957] 1 L.R. 399 (Q.B.); *Bratty c. A.G. for Northern Ireland*, précité, note 32.

³⁶ L'aliénation mentale étant déjà définie en fonction d'une maladie mentale rendant incapable de discernement intellectuel ou moral, voir texte *supra*, par. 150.

³⁷ *R. c. Revelle*, (1980) 48 C.C.C. (2d) 267 (Ont. C.A.). Ainsi, c'est à tort qu'on a fait droit à une défense d'automatisme alors que la preuve révélait que l'état d'inconscience de l'accusé pouvait être attribué, au moins partiellement, à une fugue épileptique, conséquence de blessures au cerveau subies quinze ans plus tôt: *R. c. Pellerin*, [1975] C.S.P. 310 (C.S.P. Qué.).

³⁸ *Bleta c. R.*, [1964] R.C.S. 561.

que soulevée par l'accusé.³⁹ Dès lors, il est certain que l'inconscience causée par des coups ou des blessures donne lieu à la défense d'automatisme.

L'intoxication involontaire est également considérée comme une cause possible d'automatisme,⁴⁰ dans la mesure où elle n'est pas la conséquence d'une conduite fautive de la part du prévenu.

Par ailleurs, la jurisprudence récente exige clairement que l'état de l'accusé ne soit pas la conséquence d'une conduite fautive de sa part. La Cour des appels criminels, dans l'arrêt *Quick et Paddison*,⁴¹ a appliqué un principe analogue à l'égard d'un accusé qui invoquait l'hypoglycémie à l'appui d'une défense d'automatisme. La cour a considéré, en l'espèce, que l'hypoglycémie n'était pas une maladie, contrairement à l'artériosclérose ou à l'épilepsie psychomotrice. Toutefois, le juge Lawton confirma que l'absence de faute de l'accusé, quant à son état, était essentielle à l'admissibilité de la défense d'automatisme:

Dans le cas présent, le prétendu état mental de Quick, s'il a existé, n'a pas été causé par son diabète mais par l'administration d'insuline prescrite par son médecin. Ce dérèglement mental a été causé par un facteur externe et non par un désordre physiologique de la nature d'une maladie qui aurait affecté le cerveau. Il s'ensuit, dans notre opinion, que Quick avait le droit de voir sa défense d'automatisme soumise au jury [...] Si la défense d'automatisme avait été soumise au jury, certaines questions de fait auraient dû trouver réponse. S'il était dans un état de confusion mentale, était-ce par suite de l'hypoglycémie ou d'un excès alcoolique? Dans ce premier cas, dans quelle mesure a-t-il lui-même provoqué cet état en ne suivant pas les conseils de son médecin de prendre des repas réguliers? Savait-il qu'il

³⁹ Cette interprétation est retenue notamment dans *R. c. Hartridge*, [1967] 1 C.C.C. 346 (Sask. C.A.).

⁴⁰ *R. c. King*, [1962] R.C.S. 746; *R. c. Hartridge*, précité, note 39. Les tribunaux se montrent sévères lorsque l'accusé invoque un état d'inconscience provoqué par un médicament dont les effets sont bien connus, ou qu'il a consommé avec de l'alcool: *R. c. Saxon*, (1975) 22 C.C.C. (2d) 370 (Alta S.C. App. Div.) (valium et bière); *R. c. Rushton*, [1964] 1 C.C.C. 382 (N.S.S.C.) (sirop contenant de la codéine); *R. c. Bucci*, (1974) 17 C.C.C. (2d) 512 (N.S.C.C.) (valium). Il en va de même lorsque le sommeil est invoqué pour expliquer la conduite dangereuse d'un automobiliste: on ne fera droit à la défense que lorsque l'accusé n'a pu sentir l'envahissement du sommeil (v.g. empoisonnement au monoxyde de carbone). Voir *H.M. Advocate c. Ritchie*, [1926] S.C. (J.) 45; *Hill c. Baxter*, [1958] 1 All. E.R. 193 (Q.B. Angl.); *R. c. Longhurst*, (1940) 75 C.C.C. 356 (Ont. C.C.); *R. c. Zavitz*, (1972) 5 C.C.C. (2d) 348 (Ont. C.A.); *R. c. McDowell*, (1980) 52 C.C.C. (2d) 298 (Ont. C.A.).

⁴¹ *R. c. Quick*; *R. c. Paddison*, [1973] 3 All. E.R. 347 (Engl. C.C.A.); et aussi *R. c. Sproule*, (1976) 26 C.C.C. (2d) 92 (Ont. C.A.).

*tombait dans une phase d'hypoglycémie? Si oui, pourquoi n'a-t-il pas eu recours au remède — avaler une bouchée de sucre — tel qu'on le lui avait conseillé?*⁴²

D'autres situations (v.g. réflexes, convulsions ou spasmes), moins susceptibles de se présenter devant les tribunaux du fait que leur caractère manifestement involontaire rend improbable l'institution d'une poursuite, tomberaient également dans le champ de l'automatisme. Il semble qu'il en soit de même pour l'inconscience provoquée par le somnambulisme puisque la médecine considère le somnambulisme non pas comme une maladie, mais comme un état normal. La jurisprudence canadienne considère en effet le somnambulisme comme une cause d'automatisme, bien que cette question n'ait jamais fait l'objet du *ratio decidendi* d'une décision.⁴³ Toutefois, un arrêt écossais du XIXe siècle a reconnu une défense de somnambulisme alors que l'accusé avait tué quelqu'un dans son sommeil; la cour enjoint l'accusé de coucher désormais seul dans sa chambre et loin de toute arme à feu!⁴⁴ Malgré cette tendance jurisprudentielle, il apparaît que le somnambulisme provient d'un facteur interne à l'accusé, susceptible de se reproduire, et que celui qui en souffre connaît son état. Aussi pourrait-on soutenir que le somnambulisme a toutes les caractéristiques de la maladie mentale, au sens que la loi donne à cette expression.

En l'absence d'une cause physique externe au prévenu qui permet d'identifier l'automatisme ou d'une maladie mentale qui donne lieu à l'aliénation mentale, l'inconscience soulève de grands problèmes de qualification. Il existe en effet une zone grise entre ces deux pôles, où certains états d'inconscience ou de dissociation peuvent être provoqués par des chocs émotifs.

⁴² *R. c. Quick; R. c. Paddison*, précité, note 41, 356: "In this case Quick's alleged mental condition, if it ever existed, was not caused by his diabetes but by his use of the insulin prescribed by his doctor. Such malfunctioning of his mind as there was, was caused by an external factor and not by a bodily disorder in the nature of a disease which disturbed the working of his mind. It follows in our judgment that Quick was entitled to have his defence of automatism left to the jury [...]. Had the defence of automatism been left to the jury, a number of questions of fact would have had to be answered. If he was in a confused mental condition, was it due to a hypoglycaemic episode or to too much alcohol? If the former, to what extent had he brought about his condition by not following his doctor's instructions about taking regular meals? Did he know that he was getting into a hypoglycaemic episode? If Yes, why did he not use the antidote of eating a lump of sugar as he had been advised to do?"

⁴³ *R. c. Hartridge*, précité, note 39; *R. c. Kasperek*, (1951) 101 C.C.C. 375 (Ont. C.A.); *R. c. Rabey*, (1978) 37 C.C.C. (2d) 461 (Ont. C.A.), qui traitent la question en obiter. Un arrêt américain reconnaît la défense: *Fain c. Commonwealth*, (1879) 78 Ky. 183, 39 Am. Rep. 213 (Kentucky C.A.).

⁴⁴ *H.M. Advocate c. Fraser*, (1878) 4 Coup. 70 (Scotland).

Dans l'arrêt *K.*,⁴⁵ par exemple, l'accusé dans un état de dépression a tué sa femme lorsque celle-ci lui a appris qu'elle le quittait. Il a été acquitté, le juge ayant dit au jury que l'automatisme pouvait consister dans un choc émotif extrême. Dans l'arrêt *Gottschalk*,⁴⁶ l'accusé a été acquitté de vol et de voies de fait en raison d'un état de confusion mentale résultant d'une anxiété chronique. En revanche, dans l'arrêt *Parnerkar*,⁴⁷ l'accusé, qui avait tué une femme qui avait refusé, dans des termes à connotation raciste, de le marier, a plaidé automatisme mais la Cour suprême a considéré que, dans les circonstances révélées par la preuve — l'accusé était affligé d'une personnalité obsessionnelle et compulsive —, seule l'aliénation mentale pouvait recevoir application. L'affaire récente de *Rabey*, qui a fait l'objet d'un jugement de la Cour d'appel en Ontario⁴⁸ et d'une décision par la Cour suprême du Canada,⁴⁹ apporte cependant, en dépit des controverses qu'elle suscite,⁵⁰ des éléments de réponse aux problèmes soulevés par l'inconscience résultant d'un choc émotif. Rabey était accusé d'avoir causé des lésions corporelles avec l'intention de blesser sur la personne d'une compagne de classe. Il a plaidé automatisme à partir des faits suivants: étant amoureux de sa compagne, il a eu un choc émotif en découvrant que son sentiment était à sens unique, choc qui l'a conduit à la frapper brutalement avec une roche qu'il a prise dans le laboratoire de géologie. Arrêté sur le fait, il a paru aux yeux de témoins comme étant livide, trempé de sueur, le regard vitreux, en proie à une terreur. Le psychiatre de la défense a identifié l'état mental de Rabey comme un état de dissociation causé par le choc psychologique provoqué par la lecture d'une lettre de la victime montrant que Rabey ne comptait pas à ses yeux. Cet état, toujours selon l'expert de la défense, ne constituait pas une maladie mentale, ni même un désordre susceptible de se reproduire. L'expert de la poursuite a opiné au contraire que la condition mentale de Rabey était soit une maladie mentale, soit l'effet d'une crise de rage. Le juge a prononcé un acquittement en raison d'un état d'automatisme du fait que, dans son opinion, l'état mental de l'accusé avait été provoqué par un facteur externe, la lecture de la lettre. La Cour d'appel d'Ontario a cassé l'acquittement en statuant qu'en droit, la condition mentale de Rabey constituait une maladie mentale:

⁴⁵ *R. c. K.*, [1971] 2 O.R. 401.

⁴⁶ *R. c. Gottschalk*, (1975) 22 C.C.C. (2d) 415 (Ont. P.C.).

⁴⁷ *Parnerkar c. R.*, [1974] R.C.S. 449.

⁴⁸ *R. c. Rabey*, précité, note 43.

⁴⁹ *Rabey c. R.*, [1980] 2 R.C.S. 513.

⁵⁰ Voir, par exemple, R.D. MACKAY, "Non-Organic Automatism — Some Recent Developments", (1980) *Crim. L.R.* 350, 356-357. Pour une analyse de la jurisprudence antérieure à l'arrêt *Rabey*, voir Hugh W. SILVERMAN, "Automatism: Some Recent Canadian Developments", (1974) 22 *Chitty's L.J.* 204.

Le dérèglement mental dont l'accusé souffrait, est, quoique temporaire, une "maladie mentale" sauf si on peut le considérer comme un état passager provoqué par une cause externe au sens où la jurisprudence l'entend.⁵¹

Le litige porte donc sur le sens à donner aux mots "cause externe". Voici comment le juge Martin, qui rend le jugement de la Cour, voit la question:

De façon générale, on fait une distinction entre le déséquilibre mental découlant d'une cause essentiellement interne, dont l'origine tient à la constitution psychologique ou émotionnelle de l'accusé, ou à une maladie organique, et le déséquilibre mental momentané provoqué par un facteur spécifiquement externe, par exemple, une commotion cérébrale. Tout déséquilibre ou trouble mental résultant d'un état ou d'une faiblesse subjective propre à l'accusé [...] peut constituer une "maladie mentale" [...] Par ailleurs, des troubles momentanés de la conscience dus à des facteurs externes spécifiques ne relèvent pas du concept de la maladie mentale.⁵²

A mon avis, la question de l'état du cerveau n'est pas pertinente, pas plus que ne l'est celle de savoir si l'état mental est guérissable ou non, ou s'il est temporaire ou permanent. Rien ne justifie l'introduction de ces considérations dans la définition des règles de M'Naghten. Il suffit que l'aliénation mentale soit temporaire ou permanente pour y satisfaire.⁵³

Ce raisonnement, qui assimile à l'aliénation mentale un choc émotif attribuable au moins en partie à un particularisme psychologique du prévenu, a été entériné par le jugement majoritaire de la Cour suprême dans la même affaire. Le jugement minoritaire rejette toutefois cette position et considère que Rabey, en raison du fait que son trouble émotif n'est pas une maladie mentale, ne doit pas être considéré comme un aliéné mental d'une part et que, d'autre part, ce trouble mental étant incompatible avec le *mens rea* de l'infraction, il doit être acquitté de l'infraction.⁵⁴ Dans l'état actuel du droit, l'affaire *Rabey*, jugement majoritaire de la Cour suprême du Canada et

⁵¹ *R. c. Rabey*, précité, note 43, 482: "The malfunctioning of the mind which the respondent suffered, although temporary, is a "disease of the mind", unless it can be considered as a transient state produced by an external cause within the meaning of the authorities."

⁵² *R. c. Rabey*, précité, note 43, 477-478, tel que traduit dans le jugement du juge Dickson dans *Rabey c. R.*, précité, note 49, 534.

⁵³ *R. c. Rabey*, *id.*, 482-483, tel que traduit dans le jugement du juge Dickson dans *Rabey c. R.*, *id.*, 535.

⁵⁴ *Rabey c. R.*, précité, note 49 (juge Dickson).

jugement de la Cour d'appel d'Ontario, donne l'approche qu'il faut appliquer.

Toutefois, les deux thèses en présence ont ceci de particulier que ni l'une ni l'autre n'est totalement satisfaisante.

L'acquittement pur et simple de malfaiteurs qui ont des difficultés de tempérament ou de comportement leur donne une impunité qui risque d'être incompatible avec la protection de la société. En revanche, les assimiler à des aliénés mentaux de manière à assortir leur acquittement d'une ordonnance de détention, répond aux impératifs de la protection de la société, mais cette protection peut être illusoire puisqu'il est peu probable qu'ils puissent effectivement être traités. Cette solution, pour indéfendable qu'elle paraisse en principe, a au moins le mérite de soumettre ces personnes à une évaluation psychiatrique avant qu'elles ne soient remises en liberté.

Enfin, la réserve que fait le juge Martin quant à la réception du choc émotif en tant qu'automatisme à l'effet que le choc doit être de nature à provoquer un dérèglement mental chez une personne ordinaire, appelle un commentaire. Certains y voient une absurdité dans la mesure où elle tend à ignorer la constitution psychologique particulière de l'accusé.⁵⁵ Elle nous semble au contraire parfaitement justifiée car elle a pour fonction de déterminer si la réaction de l'accusé est attribuable à une fragilité psychologique qui lui est particulière et qu'il a l'obligation de contrôler, ou si elle provient au contraire d'une situation telle que la loi ne peut exiger de l'accusé qu'il contrôle sa conduite.

B. Conditions de recevabilité

180.- *La preuve de l'automatisme.* La preuve de l'automatisme soulève quelques questions délicates. D'abord, incombe-t-il à l'accusé de prouver qu'il était inconscient au moment de l'infraction ou est-ce plutôt à la poursuite de prouver que l'accusé était conscient à ce moment? Ensuite, quelle crédibilité le tribunal doit-il accorder au prévenu qui vient témoigner pour sa défense en disant, tout simplement, qu'il était inconscient au moment de l'infraction et qu'il ne se souvient pas d'avoir commis celle-ci?

Sur le premier point, les tribunaux font peser sur le prévenu l'obligation d'apporter une preuve de l'automatisme et, sur le deuxième point, ils exigent que l'allégation d'automatisme soit appuyée d'une preuve médicale.

⁵⁵ R.D. MACKAY, *loc. cit.*, note 50; voir aussi l'opinion du juge Dickson dans *Rabey c. R.*, *ibid.*

181.- *Automatisme et fardeau de preuve.* La Chambre des Lords, dans l'arrêt *Bratty*,⁵⁶ fait reposer sur l'accusé l'obligation d'apporter la preuve de l'inconscience, sans lui imposer, toutefois, l'obligation de convaincre sur ce point. Bien au contraire, selon la décision de la Chambre des Lords, l'accusé doit bénéficier du doute raisonnable sur la question. En d'autres termes, la poursuite conserve, dans un cas où l'automatisme est allégué en défense, l'obligation de le réfuter au-delà du doute raisonnable. Il est donc maintenant certain que, d'une part, la couronne n'a pas à faire la preuve de la conscience de l'accusé au moment de l'acte, puisque c'est à l'accusé de présenter la preuve de son inconscience, et que, d'autre part, l'accusé bénéficie du doute raisonnable sur sa défense d'automatisme.

182.- *La preuve médicale.* Le caractère essentiellement subjectif de la défense d'automatisme soulève, chez les tribunaux, une méfiance légitime qui les empêche de s'en remettre uniquement au témoignage de l'accusé dans l'appréciation du bien-fondé du plaidoyer d'automatisme. Le juge Stable, dans l'arrêt *Cooper c. McKenna*, exprime ainsi cette méfiance:

*Il est reconnu que l'inconscience (ou "blanc total") est l'une des premières échappatoires d'une conscience coupable et une excuse fréquente.*⁵⁷

La nécessité d'une preuve médicale à l'appui de la défense d'automatisme a été énoncée par les arrêts *Bratty*⁵⁸, *Hill c. Baxter*⁵⁹ et, au Canada, par les arrêts *Rogers*⁶⁰ et *Hartridge*.⁶¹

En particulier, dans l'arrêt *Rogers*, où l'accusé plaidait, à l'encontre d'une accusation de vol, qu'il était inconscient au moment de l'infraction pour cause d'hypoglycémie, le juge a rejeté la défense parce que celle-ci n'était pas appuyée par une preuve médicale pertinente. Dans l'arrêt *Bratty*, Lord Denning estime que la preuve offerte par l'accusé lui-même est rarement suffisante pour déplacer la présomption de capacité mentale, à moins que l'allégation de l'accusé ne soit supportée par une preuve médicale indiquant la cause de l'inconscience.

⁵⁶ *Bratty c. A.G. for Northern Ireland*, précité, note 32; *Hill c. Baxter*, précité, note 40. Voir aussi les arrêts *R. c. Budd*, [1962] Crim. L.R. 49 (Engl. C.C.A.); *R. c. Sell*, [1962] Crim. L.R. 463 (Engl. C.C.A.); pour le Canada, voir les arrêts *R. c. Hartridge*, précité, note 39; *R. c. Minor*, (1955) 112 C.C.C. 29 (Sask. C.A.); *Bleta c. R.*, précité, note 38.

⁵⁷ *Cooper c. McKenna*, (1960) Queensl. L.R. 406, 419 (Queensland S.C.): "[...] blackout is one of the first refuges of a guilty conscience and a popular excuse".

⁵⁸ *Bratty c. A.G. for Northern Ireland*, précité, note 32.

⁵⁹ *Hill c. Baxter*, précité, note 40.

⁶⁰ *R. c. Rogers*, (1966) 48 C.R. 90 (B.C. C.A.).

⁶¹ *R. c. Hartridge*, précité, note 39.

C. Automatismes et responsabilité

183.- *Deux approches distinctes.* Il existe deux attitudes judiciaires quant à l'appréciation de l'automatisme par rapport aux règles de la responsabilité pénale. La première fait intervenir l'automatisme dans la notion de l'*actus reus*; la seconde le situe au niveau du *mens rea*.

184.- *Automatisme et actus reus.* Les arrêts *Hill c. Baxter*⁶² et *King*,⁶³ portant tous deux sur des infractions routières, situent l'automatisme au niveau de l'*actus reus*. Notamment, le juge Taschereau, dans l'arrêt *King*, de même que Lord Goddard, dans l'arrêt *Hill c. Baxter*, estiment que le prévenu, inconscient au moment de l'infraction de conduite illégale d'une automobile, ne peut être trouvé coupable au motif qu'on ne peut pas dire qu'il "conduisait" le véhicule. En effet, selon la théorie de l'*actus reus*, l'acte de conduire doit être volontaire et conscient. Cette théorie tient dans les trois lignes suivantes, extraites de l'opinion du juge Taschereau dans l'arrêt *King*:

*Il doit y avoir un acte émanant d'une volonté libre pour que se réalise l'état mental rendu nécessaire par les exigences de l'art. 223 C. cr.*⁶⁴

Dans l'arrêt *Bratty*,⁶⁵ Lord Denning donne le même effet à l'automatisme. Cette façon de voir tend à établir une distinction entre le caractère conscient et volontaire de l'acte et le *mens rea*, au sein de l'élément moral de l'infraction. D'une part, il est reconnu dans la doctrine pénale classique que l'infraction exige la présence d'un élément moral résidant dans la conscience et la volonté du délinquant,⁶⁶ cet élément moral pouvant être plus ou moins dense, selon les exigences du texte d'incrimination, depuis l'insouciance jusqu'à l'intention spécifique. D'autre part, même s'il est certain que le *mens rea* est lui-même un élément moral, les tribunaux ne sont pas unanimes quant au sens qu'il convient de donner à l'expression. Certains l'emploient pour désigner le caractère conscient et volontaire du comportement incriminé; d'autres, au contraire, l'utilisent pour qualifier l'intention ou l'insouciance. Par ailleurs, la responsabilité stricte et, *a fortiori*, la responsabilité absolue étant définies comme des

⁶² *Hill c. Baxter*, précité, note 40.

⁶³ *R. c. King*, précité, note 40.

⁶⁴ *Id.*, 749-750: "There must be an act proceeding from a free will that may bring about the mental condition necessary to meet the requirements of s. 223 Cr. C." L'infraction reprochée était la conduite d'un véhicule-moteur avec facultés affaiblies qui fait l'objet de l'actuel article 234 C. cr.

⁶⁵ *Bratty c. A.G. for Northern Ireland*, précité, note 32.

⁶⁶ Sir Matthew HALE, *op. cit.*, note 17, p. 14; Sir William BLACKSTONE, *op. cit.*, note 17, pp. 20-21. Voir aussi *R. c. Tolson*, (1889) 23 L.R. 168 (Q.B.) (Engl. C.C.A.).

régimes de responsabilité qui excluent le *mens rea*,⁶⁷ l'emploi des mots "*mens rea*" pour désigner l'aspect conscient et volontaire de la conduite empêcherait l'accusé de faire valoir, dans ces cas, toute défense relative à l'élément moral de l'infraction. Il semble que ce soit pour cette raison que Lord Denning, dans l'arrêt *Bratty*,⁶⁸ et le juge Taschereau, dans l'arrêt *King*,⁶⁹ situent la défense d'automatisme, non pas au niveau du *mens rea*, mais bien au niveau de l'*actus reus*. Ainsi, dans l'arrêt *Bratty*, Lord Denning mentionne spécifiquement que même si la conduite dangereuse est prohibée d'une façon absolue, l'accusé a quand même une défense s'il peut démontrer que son acte était involontaire parce qu'inconscient.⁷⁰ Dans l'arrêt *King*, le juge Taschereau accepte la défense d'automatisme soulevée par le prévenu à l'encontre d'une inculpation de conduite en état d'ivresse même s'il conclut au caractère de responsabilité stricte de cette infraction.⁷¹ Cette attitude judiciaire trouve des échos en doctrine.⁷²

Le seul mérite de cette position consiste à faire une place à la défense d'automatisme dans le régime de la responsabilité stricte et celui de la responsabilité absolue, même si, à notre avis, le problème soulevé par ces régimes découle uniquement de la confusion jetée par l'équivoque de l'expression "*mens rea*".⁷³ Ainsi, le régime de la responsabilité stricte et celui de la responsabilité absolue sont perçus comme privant l'accusé des défenses qui relèvent du *mens rea* tout en le laissant bénéficier des défenses relevant de l'*actus reus*, d'où l'importance de situer un élément moral dans la constitution de l'*actus reus*, distinct du *mens rea*. Il serait beaucoup plus simple de dissiper l'équivoque entourant les mots "*mens rea*", d'autant plus qu'il peut s'avérer artificiel de placer un élément moral dans l'*actus reus*, comme le démontre notamment l'arrêt *King*. En effet, dans cet arrêt, l'infraction consistait dans la coexistence de deux éléments matériels distincts: le fait de conduire un véhicule-automobile et le fait que le conducteur du véhicule était intoxiqué. L'opinion du juge Taschereau, dans l'instance, est à l'effet qu'étant donné le caractère involontaire de l'intoxication et, partant de l'inconscience de l'accusé, ce dernier "ne conduisait pas" le véhicule. D'où l'absence d'*actus reus*. Cette opinion ne serait justifiée que si l'infraction consistait uniquement dans le fait de conduire. Elle n'explique pas le deuxième élément de l'infraction, l'intoxication, dont l'appréciation relève du *mens rea*,

⁶⁷ Voir texte *supra*, par. 90.

⁶⁸ *Bratty c. A.G. for Northern Ireland*, précité, note 32, 409.

⁶⁹ *R. c. King*, précité, note 40, 749.

⁷⁰ *Bratty c. A.G. for Northern Ireland*, précité, note 32, 410.

⁷¹ *R. c. King*, précité, note 40, 749.

⁷² Robert J. CARTER, "Unconscious Acts", (1966) 48 C.R. 93 (commentaire de l'arrêt *R. c. Rogers*).

⁷³ Colin HOWARD, *Strict Responsibility*, London, Sweet & Maxwell, 1963, p. 190.

c'est-à-dire de l'état d'esprit de l'accusé au moment où il a absorbé l'alcool ou la drogue.

185.- *Automatisme et mens rea*. A l'opposé de l'opinion du juge Taschereau, dans l'arrêt *King*, le juge Ritchie situe la défense d'automatisme au niveau du *mens rea*. Il tient pour prouvé que l'accusé était inconscient au moment où il a été trouvé au volant de son véhicule; mais, conformément au principe relatif à la défense d'intoxication volontaire, il s'applique à déterminer si l'intoxication de l'accusé était volontaire ou involontaire. Dans le premier cas, la seule défense recevable était celle d'intoxication volontaire; dans le deuxième cas, la défense d'automatisme pouvait être reçue:

*[...] si la diminution de ses facultés a été causée sans l'intervention d'un acte émanant de sa volonté, à mon avis on ne peut alors dire que l'infraction créée par l'art. 223 a été commise.*⁷⁴

Cependant, il faut noter que, pour sa part, le juge Ritchie estime que l'infraction de conduite en état d'ébriété nécessite le *mens rea*, ce qui laisse supposer qu'il aurait conclu à la culpabilité de l'accusé, nonobstant l'automatisme, si l'infraction en avait été une de responsabilité stricte ou absolue. Une telle position est tout aussi difficile que la précédente. Restreindre l'automatisme à l'infraction de *mens rea* va à l'encontre des règles fondamentales de la responsabilité pénale qui exige une conduite émanant d'une volonté libre.⁷⁵ La recherche de la cause de l'inconscience a toutefois le mérite de permettre de distinguer l'automatisme de l'aliénation mentale et de l'intoxication volontaire en dépistant toute faute commise par le prévenu, faute qui aurait pour effet d'écarter la défense soulevée.

§ 3. L'INTOXICATION

186.- *Intoxication volontaire ou involontaire?* Dans la mesure où l'intoxication affecte le comportement et, du moins dans ses manifestations les plus graves, les facultés intellectuelles, elle est une excuse fréquemment invoquée devant les tribunaux. Qu'elle soit provoquée par l'alcool ou des stupéfiants, l'intoxication fait l'objet d'une analyse qui a pour but de déterminer si elle est involontaire ou volontaire. Si elle est involontaire, elle peut être un moyen de défense et excuser complètement l'auteur de l'infraction. Si elle est volontaire,

⁷⁴ *R. c. King*, précité, note 40, 763: "[...] if the impairment has been brought about without any act of his own will, then, in my view, the offence created by s. 223 cannot be said to have been committed."

⁷⁵ Voir texte *supra*, par. 85.

sa pertinence sur la culpabilité dépend de la nature de l'infraction reprochée.

A. L'intoxication involontaire

187.- *Notion.* Par intoxication involontaire, on entend une intoxication pour laquelle le prévenu n'est pas en faute. On peut donner les exemples suivants: A prend un verre de Coca-Cola dans lequel ses compagnons ont, à son insu, versé un stupéfiant;⁷⁶ A se fait administrer à des fins médicales un anesthésique dont il ne peut prévoir l'effet.⁷⁷ Les exemples montrent que le champ de l'intoxication involontaire est restreint aux seuls cas où le prévenu n'a pas consciemment assumé le risque de l'intoxication. La jurisprudence considère en effet que la consommation volontaire d'alcool et de stupéfiants constitue une faute même si l'intoxication elle-même n'est pas intentionnelle.

Voici comment le juge Ritchie dispose de la question dans l'arrêt *King*:

Si, lorsque le conducteur s'est mis au volant de la voiture, son manque de perception était attribuable à la consommation volontaire d'alcool ou de drogue alors qu'il savait ou pouvait raisonnablement savoir que ses facultés seraient affaiblies, il ne peut, bien sûr, échapper aux conséquences de son état en prétendant qu'il n'avait pas l'intention de se mettre dans un tel état; par contre, si son état ne résulte d'aucun acte accompli de son propre gré, alors j'estime que l'infraction à l'article 223 ne peut lui être imputée.⁷⁸

La distinction entre intoxication involontaire et intoxication volontaire s'applique au moment où le prévenu a posé l'acte provoquant l'intoxication: le prévenu savait-il ou devait-il raisonnablement savoir que la substance était susceptible de provoquer l'intoxication? Le test est donc celui de la négligence.

188.- *Conditions de recevabilité.* L'intoxication involontaire n'est pas en soi suffisante pour constituer un moyen de défense. Encore faut-il qu'elle soit suffisamment sérieuse pour affecter les facultés intellectuelles. Comme le notent Smith et Hogan, si un homme a l'intention de tuer quelqu'un et qu'effectivement, il tue cette personne, il ne pourrait

⁷⁶ G.L. WILLIAMS, *Criminal Law, The General Part, op. cit.*, note 13, p. 562, donne cette hypothèse.

⁷⁷ Voir *R. c. King*, précité note 40.

⁷⁸ *Id.*, 763, tel que traduit dans *Leary c. R.*, [1978] 1 R.C.S. 29, 57-58; voir aussi *R. c. Saxon*, (1975) 22 C.C.C. (2d) 370 (Alta. S.C. App. Div.); *R. c. McDowell*, précité, note 40.

se défendre en prouvant simplement qu'il y avait, contre son gré, de l'alcool dans son sang.⁷⁹

En d'autres termes, l'intoxication doit aussi provoquer une altération des facultés intellectuelles incompatible avec les éléments psychologiques nécessaires à la constitution de l'infraction.

L'intoxication involontaire est assimilée à l'automatisme.⁸⁰ Le prévenu assume à son égard le fardeau de présentation et devrait de préférence l'appuyer d'une preuve médicale, de manière à ce qu'elle ne repose pas uniquement sur son témoignage. Dans l'appréciation de la défense, le prévenu bénéficie du doute raisonnable et, le cas échéant, l'intoxication involontaire constitue une défense complète.

B. L'intoxication volontaire

189.- *Historique.* Le *Common Law* considérait que l'intoxication volontaire ne pouvait excuser la commission d'un crime.⁸¹ Elle était même, pour certains, une cause d'aggravation de la responsabilité, car elle était considérée comme une démence artificiellement provoquée.⁸² Toutefois, à compter du XIXe siècle, on a vu se dessiner un courant jurisprudentiel où l'intoxication volontaire pouvait, à certaines conditions et dans certains cas, constituer une excuse. Il s'agissait d'un adoucissement que les juges avaient cru bon d'apporter pour les crimes les plus graves entraînant des sanctions sévères telles que la peine capitale ou la déportation.⁸³ Les juges considéraient en effet qu'une telle sanction était trop sévère et ne devait pas être imposée à un individu qui, en raison de son intoxication, commettait une erreur quant à une circonstance de la commission du crime ou était incapable de prévoir et, par conséquent, de désirer une conséquence découlant de sa conduite.⁸⁴

⁷⁹ J.C. SMITH, B. HOGAN, *op. cit.*, note 17, p. 189.

⁸⁰ Voir texte *supra*, par. 176-185.

⁸¹ R.U. SINGH, "History of the Defence of Drunkenness in English Criminal Law", (1933) 49 *L.Q.Rev.* 528, 528-535; voir également *D.P.P. c. Beard*, [1920] A.C. 479, dans lequel Lord Birkenhead retrace le cheminement du droit anglais sur cette question. Pour une étude approfondie de cette défense, voir Diane LABRECHE, "La défense d'intoxication volontaire en droit pénal canadien", (1979-80) 14 *R.J.T.* 161 et Stanley M. BECK, Graham E. PARKER, "The Intoxicated offender — A Problem of Responsibility", (1966) 44 *R. du B. Can.* 563.

⁸² Sir M. HALE, *op. cit.*, note 17, p. 32: "*dementia affectata*"; voir aussi Sir W. BLACKSTONE, *op. cit.*, note 17, pp. 25-26.

⁸³ *Leary c. R.*, précité, note 78, 40 (juge Dickson).

⁸⁴ L'erreur et l'accident étant, comme on le sait, des situations qui entraînent la négation du *mens rea*; voir texte *infra*, § 6.

En 1819, l'arrêt *Grindley*⁸⁵ établit que, malgré l'inadmissibilité de l'ivresse volontaire comme défense à l'encontre d'une inculpation, elle peut être quand même considérée dans l'appréciation du degré de préméditation d'un meurtre.⁸⁶ Toutefois, il reste que la jurisprudence du XIXe siècle est incertaine et contradictoire sur la question. La meilleure preuve en est que le juge Holroyd, qui avait rendu jugement dans l'arrêt *Grindley*, s'est rétracté par la suite, dans les affaires *Rennie*⁸⁷ et *Burrow*,⁸⁸ dans lesquelles il énonce que l'ivresse ne doit pas être prise en considération en défense à une inculpation, à moins qu'elle n'ait donné lieu à un dérangement mental permanent. L'arrêt *Rennie* est précurseur de l'état actuel du droit selon lequel l'ivresse peut donner lieu à la défense d'aliénation mentale si elle provoque, chez le prévenu, une maladie mentale répondant aux critères de l'article 16 C. cr.⁸⁹

Dans l'arrêt *Cruse*,⁹⁰ le juge Patterson fut le premier, semble-t-il, à donner au jury une directive en regard de l'ivresse et de la capacité de former une intention. C'est toutefois dans l'arrêt *Doherty*⁹¹ que le juge Stephen a, pour la première fois, situé la question de l'ivresse en regard de la capacité du prévenu de former l'intention spécifique nécessaire au crime. Cet arrêt *Doherty* annonce la règle actuelle selon laquelle l'intoxication volontaire peut constituer une cause d'atténuation de responsabilité dans une inculpation comportant une intention spécifique.

190.- *Les propositions de l'arrêt Beard*. L'état actuel du droit en matière d'intoxication est contenu dans trois propositions énoncées par Lord Birkenhead, dans l'arrêt *Beard*.⁹² Ces trois propositions sont les suivantes:

1. L'aliénation mentale, qu'elle soit causée par l'ivresse ou autrement, constitue une défense contre une accusation criminelle. La jurisprudence maintient la différence entre le moyen de défense fondé sur l'aliénation mentale au sens propre, causée par un excès d'alcool, et le moyen de défense fondé sur l'ivresse rendant la personne incapable de former une intention spécifique. Un aliéné mental ne peut être déclaré coupable d'un crime: Felstead v. The King [1914] A. C. 534; cependant, en cas de

⁸⁵ R. c. *Grindley*, (1819) Worcester Sum. Ass. M.S., cité dans *Russell on Crime*, op. cit., note 4, p. 8.

⁸⁶ Voir *D.P.P. c. Beard*, précité, note 81.

⁸⁷ *Rennie's case*, [1825] 1 Lew. C.C. 76.

⁸⁸ *Burrow's case*, [1823] 1 Lew. C.C. 75.

⁸⁹ Voir texte *supra*, par. 160.

⁹⁰ R. c. *Cruse*, (1838) 8 C.P.C. 541.

⁹¹ R. c. *Doherty*, (1886) 16 Cox. C.C. 306.

⁹² *D.P.P. c. Beard*, précité, note 81.

verdict déclarant l'aliénation mentale, l'accusé est mis sous garde pour une période indéterminée à la discrétion de Sa Majesté. La loi ne tient pas compte de la cause de l'aliénation mentale. Si elle résulte d'une consommation excessive d'alcool, elle constitue une défense complète contre une accusation criminelle, au même titre que l'aliénation mentale attribuable à une autre cause.

2. La preuve de l'ivresse susceptible de rendre l'accusé incapable de former l'intention précise qui constitue un élément essentiel du crime doit être examinée, avec le reste de la preuve, pour déterminer s'il a eu ou non cette intention.

3. Si la preuve de l'ivresse ne suffit pas à établir l'incapacité de former l'intention nécessaire pour constituer le crime, mais révèle simplement que l'accusé avait l'esprit assez troublé par l'alcool pour se laisser aller plus facilement à un violent accès de passion, la présomption selon laquelle toute personne est censée vouloir les conséquences naturelles de ses actes n'est pas repoussée.⁹³

Ces trois propositions sont la base du droit actuel. Elles distinguent trois effets de l'intoxication volontaire sur la responsabilité pénale. D'abord, l'intoxication peut donner lieu à l'aliénation mentale. Ensuite, elle peut nier une intention spécifique nécessaire au crime. Enfin, l'intoxication pose un problème en regard des infractions ne comportant pas une intention spécifique.

191.- *Intoxication et aliénation mentale.* La première proposition de l'arrêt *Beard*⁹⁴ assimile certaines intoxications à l'aliénation mentale ou suppose que l'intoxication est tellement avancée qu'elle occasionne une maladie empêchant l'individu qui en est atteint d'apprécier la nature et les conséquences de sa conduite ou de distinguer entre le bien et le mal. La défense invoquée doit alors satisfaire aux exigences prévues pour la recevabilité de la défense d'aliénation mentale. Cette question est analysée dans le cadre de cette dernière défense.⁹⁵

La jurisprudence ne s'est pas prononcée sur les conditions de recevabilité de l'intoxication en tant qu'aliénation mentale.

192.- *Intoxication volontaire et intention spécifique.* L'intoxication volontaire n'est pertinente qu'à l'égard d'une infraction d'intention spécifique et, pour être une défense, elle doit être de nature à susciter un doute raisonnable sur la capacité de l'accusé d'avoir cette intention spécifique et sur la question de savoir si, effectivement, l'accusé avait

⁹³ *Id.*, 500-502, tel que traduit dans *Leary c. R.*, précité, note 78, 39.

⁹⁴ Voir texte *supra*, par. 190, note 93, et citation s'y rapportant.

⁹⁵ Voir texte *supra*, par. 160.

cette intention. C'est donc la nature de l'infraction qui détermine, au départ, la pertinence de l'intoxication volontaire. Aussi le tribunal doit-il déterminer si l'infraction exige une intention spécifique ou simplement une intention générale.

La deuxième proposition de l'arrêt *Beard*,⁹⁶ qui a consacré cette relation entre la recevabilité de la défense d'intoxication et l'intention spécifique, a suscité de nombreuses controverses auxquelles a mis fin l'arrêt *Leary*.⁹⁷ Cet arrêt conclut en effet, en appliquant la règle *Beard*, que l'intoxication volontaire n'est pas une défense à une accusation de viol puisque ce crime ne requiert pas une intention spécifique.⁹⁸ Mais cet arrêt, pas plus que l'arrêt *Beard*, ne fournit le critère permettant de conclure qu'une infraction exige une intention spécifique. Sur cette difficile question, qui a fait l'objet d'un développement antérieur,⁹⁹ l'arrêt *Leary*¹⁰⁰ donne tout au plus un argument d'autorité pour écarter définitivement la défense lorsque l'infraction ne comporte pas une intention spécifique.¹⁰¹

La jurisprudence analyse l'intoxication en fonction de la capacité de l'accusé de former ou d'avoir l'intention spécifique nécessaire à l'existence de l'infraction. La nature et le degré d'intoxication doivent donc être pris en considération dans la détermination de cette question.

193.- *La nature de l'intoxication.* La jurisprudence refuse, non sans raison, de donner un effet disculpatoire à l'intoxication provoquée dans l'intention de commettre le crime. Ce serait le cas, par exemple, de celui qui prend de l'alcool ou un stupéfiant pour se donner le faux courage nécessaire à la commission du crime. Dans l'arrêt *Gallagher*,¹⁰² Lord Denning refuse tout effet disculpatoire à cette sorte d'intoxication, quel que puisse être son effet sur les facultés:

La personne qui, en possession de ses facultés et en état de sobriété, forme une intention de tuer et en prépare l'exécution.

⁹⁶ Voir texte *supra*, par. 190, note 93 et citation s'y rapportant.

⁹⁷ *Leary c. R.*, précité, note 78. En Angleterre, l'arrêt *D.P.P. c. Majewski*, [1976] 2 All. E.R. 142 (H.L.), avait, peu de temps auparavant, rejeté une défense d'ivresse dans une accusation de voies de fait au motif que cette infraction ne comporte pas une intention spécifique.

⁹⁸ *Leary* plaidait que, sous le coup de son intoxication, il croyait que la victime consentait aux relations sexuelles (*Leary c. R.*, précité, note 78, 57 (juge Pigeon): "A mon avis, le viol est un crime qui ne requiert qu'une intention générale, par opposition à une intention spécifique, et c'est en conséquence un crime pour lequel la défense d'ivresse n'est pas recevable").

⁹⁹ Voir texte *supra*, par. 93 et 98.

¹⁰⁰ *Leary c. R.*, précité, note 78.

¹⁰¹ La doctrine soutenait que la défense devait être reçue sans égard au fait que l'infraction comportait une intention spécifique ou non: S.M. BECK, G.E. PARKER, *loc. cit.*, note 81; R. BLOUIN, A. HOOPER, "L'ivresse et les infractions criminelles". (1970) 11 *C. de D.* 74.

¹⁰² *A.G. for Northern Ireland c. Gallagher*, [1963] A.C. 349 (H.L.).

*sachant qu'il est mal d'agir ainsi, et qui par la suite s'enivre de manière à se donner le faux courage d'exécuter l'homicide et effectivement réalise son intention, n'est pas admise à invoquer l'ivresse, qu'elle a elle-même provoquée, en défense à une accusation de meurtre ni même pour réduire l'inculpation à celle d'homicide involontaire. Elle ne peut prétendre s'être mise elle-même dans un état d'hébétude tel qu'elle est devenue incapable d'avoir une intention de tuer. [...] La malignité de son état d'esprit avant qu'elle ne s'enivre, associée à l'acte qu'elle voulait poser et qu'elle a de fait posé, suffit à la condamner. [...] Je concède bien entendu qu'il en serait autrement si, avant de tirer, elle avait abandonné son intention de tuer et ne s'était enivrée qu'à ce moment-là. Mais si elle forme l'intention de tuer et sans interruption s'enivre et réalise son intention, son ivresse n'est pas une défense et elle n'en devient pas une sous prétexte qu'elle est présentée comme une défense d'aliénation mentale.*¹⁰³

En principe, donc, l'intoxication destinée à donner au prévenu le "courage" de réaliser son intention criminelle est irrecevable en défense car elle laisse entier le *mens rea* de l'infraction. Toutefois, dans les circonstances peu probables d'une intoxication provoquée après que le prévenu eût abandonné son dessein criminel, la pertinence de l'intoxication dépendrait de la nature de l'infraction, comme dans le cas de toute intoxication volontairement provoquée.

Par ailleurs, on a déjà vu que l'intoxication volontaire n'est pas nécessairement une intoxication intentionnelle:

L'intoxication peut parfaitement être considérée comme volontaire même si elle n'est pas à strictement parler intentionnelle, comme dans le cas où une personne surestime sa capacité de résistance aux effets de l'alcool. Tout ce qui est requis pour qu'il y ait intoxication volontaire c'est que, en buvant, D se place lui-même dans une situation où ses facultés sont effectivement et non pas nécessairement substantiellement affectées par l'alcool.

¹⁰³ *Id.*, 382-383: "If a man, whilst sane and sober, forms an intention to kill and makes preparation for it, knowing it is a wrong thing to do, and then gets himself drunk so as to give himself Dutch courage to do the killing, and whilst drunk carries out his intention, he cannot rely on this self-induced drunkenness as a defence to a charge of murder, nor even as reducing it to manslaughter. He cannot say that he got himself into such a stupid state that he was incapable of an intent to kill. [...] The wickedness of his mind before he got drunk is enough to condemn him, coupled with the act which he intended to do and did do. [...] I would agree, of course, that if before the killing he had discarded his intention to kill or reversed it — and then got drunk — it would be a different matter. But when he forms the intention to kill and without interruption proceeds to get drunk and carry out his intention, then his drunkenness is no defence and nonetheless so because it is dressed up as a defence of insanity."

*Comme cet état est susceptible de se manifester assez tôt, la seule hypothèse pratique d'une intoxication involontaire est celle où une boisson inoffensive est subrepticement remplacée par une boisson enivrante qu'un prévenu prend à son insu.*¹⁰⁴

L'intoxication est en effet volontaire dès qu'elle est attribuable à la négligence du prévenu, soit en prenant de l'alcool ou des drogues, soit en combinant des substances dont il connaît effectivement ou devrait raisonnablement connaître les effets.¹⁰⁵

194.- *Le degré d'intoxication.* Entre l'intoxication qui a simplement pour effet de lever les inhibitions, en créant une légère euphorie, et l'intoxication profonde, qui provoque l'inconscience, il y a une gradation d'états intermédiaires susceptibles d'affecter la capacité de discernement de l'agent.

La jurisprudence montre que l'intoxication est une explication habituelle du crime. L'accusé met sa conduite au compte de l'intoxication ou, encore plus fréquemment, explique une erreur sur une circonstance de l'*actus reus*, erreur qui, en l'absence de l'intoxication, serait invraisemblable. Aussi la jurisprudence distingue-t-elle entre l'intoxication qui ne fait que diminuer les inhibitions et celle qui affecte le discernement.

195.- *Intoxication et inhibitions.* En principe, l'intoxication qui n'a pour effet que de lever les inhibitions sans affecter la capacité de discernement n'est pas une défense, même à l'encontre d'une infraction comportant une intention spécifique. Cependant, cet état d'intoxication peut être pertinent à la préméditation nécessaire au meurtre au premier degré,¹⁰⁶ de même qu'à la question de la soudaineté de la riposte en matière de provocation¹⁰⁷.

¹⁰⁴ C. HOWARD, *op. cit.*, note 73, p. 203: "Intoxication may perfectly well be regarded as voluntary even if it is not strictly intentional, as if a man overestimates his own capacity for withstanding the effects of alcohol. All that is required for a case of voluntary intoxication to arise is that through drinking *D* place himself in a position where his faculties are materially, although not necessarily drastically, affected by alcohol. Since this is likely to happen at an early stage, the only practical case of involuntary intoxication is if a harmless drink is surreptitiously replaced by an intoxicant which the unsuspecting defendant takes." Ce passage a été cité avec approbation par la Cour d'appel d'Ontario dans *R. c. McDowell*, précité, note 40; sur la notion d'intoxication involontaire, voir texte *supra*, par. 104.

¹⁰⁵ Voir texte *supra*, note 40.

¹⁰⁶ Voir *R. c. Tyfe*, [1968] 1 C.C.C. 295 (B.C.C.A.); *R. c. Reynolds*, (1979) 44 C.C.C. (2d) 129 (Ont. C.A.); *R. c. Mitchell*, [1964] R.C.S. 471; voir texte *supra*, par. 101.

¹⁰⁷ Art. 215(2) C. cr. Voir texte *infra*, par. 311.

196.- *Intoxication et infraction d'intention spécifique.* La jurisprudence exige que le juge dise au jury que, s'il y a quelque preuve d'une intoxication susceptible de priver l'accusé de sa capacité de former l'intention spécifique requise pour la constitution de l'infraction, l'intoxication devrait être prise en considération, avec l'ensemble des circonstances du cas, afin de déterminer si l'accusé avait effectivement cette intention.¹⁰⁸ Cette directive est, en réalité, le mot à mot de la deuxième proposition de l'arrêt *Beard*.¹⁰⁹ Cependant, il n'est pas nécessaire, comme le dit la proposition, que l'incapacité soit prouvée; il suffit qu'il y ait quelque preuve de l'intoxication susceptible de susciter un doute raisonnable.¹¹⁰

197.- *Intoxication et infraction qui n'exige pas une intention spécifique.* Ici, l'intoxication volontaire n'est pertinente que si elle peut être assimilée à l'aliénation mentale.¹¹¹ Autrement, elle est réputée ne pas affecter la responsabilité. La jurisprudence soutient en effet que l'intoxication volontaire est elle-même une faute qui supplée au *mens rea* de l'infraction et qu'elle ne réfute pas la présomption d'intention.¹¹² Il résulte de cette règle que l'accusé ne peut se disculper en invoquant son intoxication volontaire à l'encontre de toute infraction qui ne comporte pas une intention spécifique. Ainsi, dans une accusation de viol, l'intoxication qui a pu amener l'accusé à croire erronément que la victime consentait aux rapports sexuels n'est pas pertinente.¹¹³ De même, celui qui est acquitté de meurtre en raison de son incapacité de former l'intention spécifique que requiert cette infraction est trouvé coupable d'homicide involontaire coupable en dépit de son intoxication.¹¹⁴

Qu'elle agisse sur la capacité de prévoir les conséquences de ses actes ou sur la perception des faits pertinents à l'infraction, l'intoxication volontaire n'affecte pas la responsabilité découlant d'une infraction d'intention générale. *A fortiori*, l'intoxication volontaire

¹⁰⁸ *R. c. MacAskill*, [1931] R.C.S. 330; *R. c. George*, [1960] R.C.S. 871; *R. c. Smith*, (1977) 33 C.C.C. (2d) 172 (Ont. C.A.); *R. c. Otis*, (1978) 39 C.C.C. (2d) 304 (Ont. C.A.); *R. c. Dees*, (1978) 40 C.C.C. (2d) 58. Cependant, une décision récente de la Cour d'appel d'Ontario propose plutôt d'instruire le jury sur la seule question de l'intention réelle de l'accusé: *R. c. Seguin*, (1979) 45 C.C.C. (2d) 498 (Ont. C.A.).

¹⁰⁹ Voir texte *supra*, par. 190, note 93 et citation s'y rapportant.

¹¹⁰ *Malanik c. R.*, [1952] 2 R.C.S. 335; *R. c. Giannotti*, (1956) 115 C.C.C. 203 (Ont. C.A.); *R. c. Smith*, précité, note 108.

¹¹¹ Voir texte *supra*, par. 160 et 191.

¹¹² Voir texte *supra*, par. 118.

¹¹³ *Leary c. R.*, précité, note 78: elle le deviendrait toutefois si l'accusé avait tué sa victime et faisait, en conséquence, l'objet d'une accusation de meurtre: voir texte *supra*, par. 98 et *R. c. Swietlinski*, (1981) 34 N.R. 569 (C.S.C.).

¹¹⁴ *R. c. MacAskill*, précité, note 108.

n'est pas une défense à une accusation reprochant la commission d'une infraction de responsabilité stricte ou de responsabilité absolue.

Certains *dicta* de l'arrêt *Majewski*¹¹⁵ affirment en outre que le fait de s'intoxiquer volontairement est une insouciance en elle-même. Ainsi, Lord Elwin-Jones affirme:

*Si une personne prend de son propre gré une substance qui l'amène à repousser les contraintes de la raison et de la conscience, il n'y a aucune injustice à la tenir criminellement responsable de tout tort qu'elle peut causer dans cet état. La ligne de conduite qui l'a amenée à se diminuer elle-même par l'alcool ou des drogues jusqu'à cette condition, fournit à mon avis la preuve du mens rea, d'un état d'esprit blâmable qui suffit certainement pour les crimes d'intention générale. Il s'agit d'une conduite insouciance, et l'insouciance est suffisante pour les crimes d'intention générale.*¹¹⁶

Les raisons avancées par Lord Elwin-Jones pour justifier l'irrecevabilité de l'intoxication volontaire quant aux crimes d'intention générale sont bien fondées uniquement dans le contexte de l'hypothèse qu'il donne, à savoir le cas d'une "personne qui, de son propre gré, prend une substance qui l'amène à repousser les contraintes de la raison et de la conscience". Cette hypothèse suppose en effet une intoxication intentionnelle et celle-ci laisse sûrement place à une insouciance. En revanche, l'imputation d'un *mens rea* d'insouciance à celui qui se trouve dans un état d'intoxication volontaire, mais non intentionnelle, est en contradiction avec le critère qui permet de distinguer l'intoxication volontaire de l'intoxication involontaire. En effet, la jurisprudence considère comme étant volontaire l'intoxication résultant d'une simple négligence.¹¹⁷ Dès que le juge doit statuer, selon les circonstances d'un cas, si l'intoxication est volontaire ou involontaire, en appliquant à cette fin le critère de la négligence, l'auteur encourt une responsabilité pour sa négligence et l'équivalence recherchée par l'arrêt *Majewski* entre intoxication volontaire et insouciance ne se justifie plus.

¹¹⁵ *D.P.P. c. Majewski*, précité, note 97.

¹¹⁶ *Id.*, 150: "If a man of his own volition takes a substance which causes him to cast off the restraints of reason and conscience, no wrong is done to him by holding him answerable criminally for any injury he may do while in that condition. His course of conduct in reducing himself by drugs and drink to that condition in my view supplies the evidence of mens rea, of guilty mind certainly sufficient for crimes of basic intent. It is a reckless course of conduct and recklessness is sufficient for crimes of basic intent." (Majewski était accusé de voies de fait sur un policier). Sur l'assimilation de l'intention générale à l'insouciance, voir texte *supra*, par. 96.

¹¹⁷ Voir texte *supra*, par. 187 et 193; voir également le jugement du juge Ritchie, dans l'arrêt *R. c. King*, précité, note 40.

198.- *La preuve.* L'appréciation du degré d'intoxication est une question de fait relevant du juge ou du jury, selon le cas. Le degré d'intoxication, en regard de la capacité de l'accusé de former l'intention spécifique, peut être révélé soit par une preuve circonstancielle, soit par une preuve d'expertise. La quantité de boisson ou de drogue absorbée par l'accusé avant la commission de l'infraction et son comportement pendant la commission de celle-ci sont autant de facteurs permettant au jury d'apprécier l'intoxication de l'accusé.¹¹⁸ Il est aussi permis de faire entendre un psychiatre sur la capacité de l'accusé de formuler une intention spécifique dans un tel cas.¹¹⁹ De fait, la preuve psychiatrique de l'état d'intoxication est fréquente devant les tribunaux. Alors que le jury sera amené à conclure à l'incapacité de l'accusé de former l'intention spécifique si la preuve révèle qu'il a absorbé une quantité impressionnante d'alcool ou de drogue avant l'infraction, l'expertise peut conclure à l'incapacité, même si l'accusé en a pris une dose relativement faible.¹²⁰

Lorsque l'accusé soulève son état d'intoxication pour nier sa capacité de former l'intention spécifique nécessaire à l'infraction, il doit, comme dans tous les autres cas où son état mental est en cause, combattre la présomption selon laquelle il est censé être en possession de ses facultés intellectuelles au moment de l'infraction:

*Il est présumé que l'appelant était en possession de ses facultés mentales et physiques jusqu'à ce que le contraire soit établi.*¹²¹

Cependant, les tribunaux canadiens ont assorti la réfutation de cette présomption d'une condition différente de celle proposée par Lord Birkenhead dans l'arrêt *Beard*.¹²² En effet, les tribunaux canadiens ont, d'une façon constante, décidé que l'accusé n'avait pas le fardeau de prouver son incapacité de former l'intention spécifique (*proved incapacity*); en tout état de cause, il bénéficie du doute raisonnable sur cette question, encore qu'il puisse en assumer le fardeau de présentation.¹²³ Ce faisant, les tribunaux canadiens ont mis la défense d'intoxication volontaire sur un pied d'égalité avec toutes les autres défenses, quant au fardeau de la preuve.¹²⁴

¹¹⁸ Voir par exemple, *R. c. Regehr*, (1951-52) 13 C.R. 53 (Sask. M.C.).

¹¹⁹ *Fisher c. R.*, [1961] R.C.S. 535.

¹²⁰ H.C. HUTCHISON, M. TUCHTIE, K.G. GRAY, et D. STEINBERG, "A Study of the Effects of Alcohol on Mental Functions", (1964-65) 7 *Crim. L.Q.* 343.

¹²¹ *R. c. Halmo*, (1941) 76 C.C.C. 116, 120 (Ont. C.A.) (juge Robertson): "It will be presumed that appellant was in possession of his faculties, both mental and physical, until the contrary is shown"; mais voir *R. c. Smith*, précité, note 108; *R. c. Otis*, précité, note 108, et Alan D. GOLD, "An Untrimmed "Beard": The Law of Intoxication as a Defence to a Criminal Charge", (1976) 19 *Crim. L.Q.* 34.

¹²² *D.P.P. c. Beard*, précité, note 81.

¹²³ Voir texte *supra*, par. 46.

¹²⁴ *Malanik c. R.* précité, note 110 et *R. c. Giannotti*, précité, note 110.

C. Intoxication volontaire et doctrine du *mens rea*

199.- *Logique juridique et politique criminelle.* Dans la mesure où l'intoxication obnubile le discernement de l'auteur d'une infraction, il faut conclure à la non-concomitance de l'*actus reus* et du *mens rea* au moment précis de l'infraction. Le principe du *mens rea*, *Actus non facit reum nisi mens sit rea*, devrait donc entraîner un acquittement, sans égard au fait que l'infraction reprochée exige ou non une intention spécifique, et que l'intoxication soit volontaire ou non. Un tel raisonnement est en fait le fondement de la forte dissidence enregistrée par le juge Dickson dans l'arrêt *Leary*.¹²⁵

En effet, au niveau des principes, on peut difficilement concevoir une situation où un accusé puisse être considéré incapable de formuler une intention spécifique et capable de formuler une intention générale. En ce sens, il faut admettre que la distinction entre l'intention générale et l'intention spécifique n'a aucun fondement psychologique.¹²⁶ Le seul intérêt de cette distinction réside dans la différenciation des infractions à partir d'une analyse de leurs éléments constitutifs.¹²⁷

On a vu que l'intoxication volontaire a longtemps été considérée comme un facteur non pertinent à la culpabilité.¹²⁸ Par la suite, les tribunaux ont élaboré la distinction entre les crimes d'intention spécifique et ceux ne requérant pas une telle intention, afin de n'accorder qu'une portée limitée à la défense d'intoxication volontaire. La règle sous-jacente à cette solution est la suivante: l'intoxication volontaire n'est pas une excuse. Dans cette perspective, la distinction entre crimes d'intention spécifique et crimes d'intention générale apparaît comme une mitigation, une mesure de clémence en faveur des accusés gravement intoxiqués. C'est ainsi que la Chambre des Lords rationalise, dans l'arrêt *Majewski*,¹²⁹ la règle énoncée par Lord Birkenhead. Lord Salmon constate en effet que l'extension de la règle au-delà de ses limites actuelles aurait pour conséquence qu'un individu qui commet un homicide alors qu'il s'est intoxiqué volontairement ne subirait aucune sanction et conclut que cette solution serait "un résultat peut-être logique mais certainement inquiétant au point de vue

¹²⁵ *Leary c. R.*, précité, note 78.

¹²⁶ C'est pourquoi la définition qu'en donne le juge Fauteux dans l'arrêt *George*, précité, note 108, doit être préférée à celle de son collègue le juge Ritchie. D'ailleurs, c'est cette définition qu'entérine la Chambre des Lords dans l'arrêt *D.P.P. c. Majewski*, précité, note 97.

¹²⁷ Voir texte *supra*, par. 98.

¹²⁸ Voir texte *supra*, par. 189.

¹²⁹ *D.P.P. c. Majewski*, précité, note 97.

de la sécurité publique''.¹³⁰ La Chambre des Lords soutient par ailleurs que cette solution n'est pas contraire à l'éthique. On tient en effet l'accusé responsable de certains actes posés en état d'ivresse ou sous l'effet des drogues en raison du fait qu'il a fait preuve d'insouciance en s'intoxiquant.¹³¹

La Cour suprême du Canada a entériné cette décision dans l'arrêt *Leary*¹³² et nous croyons que cette solution, bien qu'elle ne soit ni la plus logique ni la plus facile d'application,¹³³ a le mérite de protéger aussi bien les intérêts de la société que ceux du délinquant. En effet, s'il fallait considérer l'intoxication volontaire comme une cause d'exonération totale, il en résulterait un problème social et juridique évident puisque tout délinquant pourrait se mettre à l'abri de la responsabilité criminelle en choisissant délibérément de faire l'abandon de l'usage de sa raison. La loi criminelle ne sévirait alors que contre les gens sobres.

Cependant, dans la mesure où il fait reposer la recevabilité de l'intoxication sur la distinction entre l'intention spécifique et l'intention générale, le droit actuel donne ouverture à l'imprécision et à la confusion. En effet, seul un argument d'autorité, comme celui donné par la Cour suprême en matière de viol,¹³⁴ permet de déterminer la nature du *mens rea* d'une infraction donnée. Deux arguments militent donc en faveur d'une modification de la règle de droit. D'une part, la logique exige l'acquittement de l'auteur d'une infraction s'il n'a pas l'exercice de ses facultés; d'autre part, le droit doit être prévisible. Ces deux arguments trouveraient satisfaction dans une règle préconisant l'acquittement de l'intoxiqué pour le crime qu'on lui reproche, et sa condamnation pour celui qu'il a commis — intoxication volontaire et dangereuse.¹³⁵

§ 4. LA RESPONSABILITÉ ATTÉNUÉE

200.- *Introduction.* Mis à part le cas de l'intoxication volontaire qui est tout au plus, en pratique, une cause d'atténuation de responsabilité,

¹³⁰ *Id.*, 158: "Perhaps a logical, but certainly a very disconcerting result from the point of view of public safety".

¹³¹ *Id.*, 150 (Lord Elwin-Jones); voir texte *supra*, par. 197.

¹³² *Leary c. R.*, précité, note 78.

¹³³ Voir la critique qu'en fait G.L. WILLIAMS, *Textbook of Criminal Law, op. cit.*, note 13, pp. 422-430.

¹³⁴ *Leary c. R.*, précité, note 78.

¹³⁵ Cette solution est préconisée notamment par le juge Dickson qui a prononcé une forte dissidence dans l'arrêt *Leary c. R.*, précité, note 78, de même que par G.L. WILLIAMS, *Criminal Law, The General Part, op. cit.*, note 13, pp. 573-574.

le Code criminel connaît deux cas spécifiques d'atténuation de responsabilité, soit l'incrimination d'infanticide¹³⁶ et le plaidoyer de provocation, qui permet de réduire l'accusation de meurtre à celle d'homicide involontaire coupable.¹³⁷ Par ailleurs, la jurisprudence fait une place au concept de la responsabilité atténuée en matière de meurtre commis avec préméditation.¹³⁸ Elle accepte également d'atténuer la responsabilité quant à toute infraction comportant l'exigence d'une intention spécifique. La défense de provocation fait l'objet d'une étude dans le cadre des moyens de défense particuliers.¹³⁹ Il nous apparaît cependant nécessaire d'étudier ici les applications du concept de responsabilité atténuée auxquelles donnent lieu les incriminations d'infanticide et de meurtre prémédité, de même que ses incidences sur l'appréciation de l'intention spécifique nécessaire à la constitution d'une infraction puisque, dans tous les cas, la preuve invoquée au soutien de la responsabilité atténuée connote un déséquilibre mental.

201.- *L'infanticide*. Le législateur canadien, à la suite du législateur anglais, atténue la responsabilité de la femme qui cause la mort de son enfant nouveau-né alors qu'elle est sous le coup d'un déséquilibre mental consécutif à l'accouchement.¹⁴⁰ En effet, plutôt que de considérer cet homicide comme un meurtre,¹⁴¹ pour lequel la peine obligatoire est l'emprisonnement à perpétuité,¹⁴² la loi crée, dans ces circonstances, l'infraction d'infanticide et prévoit une peine d'emprisonnement d'au plus cinq ans.¹⁴³ Au moment où cette infraction a été créée en vue d'une atténuation de responsabilité, le désordre mental n'équivalant pas à l'aliénation mentale ne constituait pas un moyen de défense.¹⁴⁴ Il s'agit donc, dans cette optique, d'une véritable atténuation de responsabilité, encore que le texte de l'article 216 C. cr. compromette le but poursuivi.

¹³⁶ Art. 216 C. cr.

¹³⁷ Art. 215 C. cr.

¹³⁸ Art. 214(2) C. cr.

¹³⁹ Voir texte *infra*, c. VI, § 3.

¹⁴⁰ L'article 216 C. cr. provient de la *Loi modifiant le Code criminel*, S.C. 1948, c. 39, art. 7, elle-même inspirée du *Infanticide Act*, 1938 (U.K.), 1-2 Geo. 6, c. 36, abrogeant le *Infanticide Act*, 1922 (U.K.), 12-13 Geo. 5, c. 18.

¹⁴¹ Art. 212 C. cr.

¹⁴² Art. 218 C. cr.

¹⁴³ Art. 220 C. cr.

¹⁴⁴ Maintenant que toute anomalie mentale niant l'intention spécifique nécessaire au meurtre constitue un moyen de défense (voir texte *infra*, par. 203), cette disposition ne présente plus qu'un intérêt sur le plan de la sentence puisque la peine maximale pour l'infanticide est de 5 ans (art. 220 C. cr.), alors que l'accusation de meurtre réduite en homicide involontaire coupable serait théoriquement passible d'un emprisonnement à perpétuité (art. 219 C. cr.).

En effet, cet article crée l'infraction d'infanticide dont l'élément matériel consiste dans le fait d'une femme qui cause la mort de son enfant nouveau-né, en y joignant toutefois les conditions relatives au déséquilibre mental de l'accusée. Ceci comporte plusieurs désavantages tant du point de vue de la défense que de celui de la poursuite. En premier lieu, pour que l'accusée bénéficie de l'atténuation de responsabilité, la Couronne doit porter l'accusation d'infanticide car l'article 216 C. cr., tel que rédigé, ne permet pas à l'accusée d'invoquer son déséquilibre mental en défense à une accusation de meurtre.¹⁴⁵ Il aurait été préférable de suivre en tous points la loi anglaise qui prévoit, outre l'infraction d'infanticide, le plaidoyer de déséquilibre mental de la femme accusée du meurtre de son nouveau-né. Mais cela n'aurait pas aplani le problème de preuve que rencontre la Couronne, aussi bien avec la loi anglaise qu'avec la loi canadienne, problème qui résulte de l'obligation imposée à celle-ci de faire la preuve du déséquilibre mental de l'accusée lorsqu'est portée l'accusation d'infanticide.¹⁴⁶ Dans le but de corriger cette anomalie, le législateur stipule, à l'article 590 C. cr., que la personne accusée d'infanticide peut être déclarée coupable de cette infraction malgré le fait que la preuve n'indique pas un déséquilibre mental, à la condition toutefois que l'acte ou l'omission de l'accusée ait été volontaire. Mais en réalité, dans un tel cas, la Couronne a fait la preuve d'un meurtre. Le législateur accepte que l'infraction conserve néanmoins sa qualification d'infanticide. De plus, l'article 589, paragraphe 3 C. cr. permet au jury de rendre un verdict d'infanticide sur une accusation de meurtre si la preuve établit l'infanticide. Cette disposition permettrait peut-être à l'accusée de soulever une défense de déséquilibre mental à l'encontre de l'accusation de meurtre.

Quoi qu'il en soit, ces dispositions avaient pour effet d'introduire, dans le droit canadien, une défense additionnelle à l'accusation de meurtre si la preuve révèle un désordre mental qui ne répond pas au critère de l'aliénation mentale. La jurisprudence a, depuis lors, rendu inutile cette disposition en acceptant de considérer tout désordre mental susceptible de nier l'intention spécifique nécessaire au crime. En tout état de cause, le déséquilibre psychologique consécutif à l'accouchement pourrait donc réduire une accusation de meurtre à l'homicide involontaire.¹⁴⁷

¹⁴⁵ Par hypothèse, il s'agit ici bien sûr de la définition du meurtre portée à l'article 212 C. cr. qui, à l'époque où le crime d'infanticide a été créé, commandait la peine de mort.

¹⁴⁶ *R. c. Smith*, (1977) 32 C.C.C. (2d) 224 (Nfld. D.C.); *R. c. Jacobs*, (1953) 105 C.C.C. 291 (Ont. C.C.); *R. c. Marchello*, (1951) 100 C.C.C. 137.

¹⁴⁷ Voir texte *infra*, par. 203.

202.- *Le meurtre avec préméditation.* Jusqu'en 1961, le Code criminel ne connaissait pas de degrés dans l'accusation de meurtre. Le prévenu qui, à l'encontre d'une accusation de meurtre, soulevait sans succès une défense d'aliénation mentale devait être trouvé coupable d'un meurtre, crime qui comportait l'application de la peine capitale.

Cependant, en 1961, le législateur a établi des degrés dans le meurtre en distinguant entre le meurtre qualifié et le meurtre non qualifié, le premier se distinguant du second par la présence de circonstances aggravantes tenant soit aux circonstances de la commission du meurtre, soit à l'élément intentionnel. Quant à ce dernier aspect, était un meurtre qualifié le meurtre commis de propos délibéré ou à la suite d'un projet. Cette qualification a été abandonnée en 1968¹⁴⁸ pour être reprise cependant, dans une forme à peine modifiée, en 1976 par la qualification de meurtre au premier degré donnée au meurtre commis avec préméditation.¹⁴⁹

La qualification en raison du projet et du propos délibéré, selon le texte de 1961, a amené les tribunaux à donner un effet disculpatoire à tout désordre mental incompatible avec l'élément "projet" ou l'élément "propos délibéré" contenu dans la définition du meurtre qualifié.

La question a été soulevée devant la Cour suprême du Canada dans les arrêts *More*,¹⁵⁰ *McMartin*¹⁵¹ et *Mitchell*.¹⁵² Ces trois décisions portent, en fait, sur l'interprétation que doivent recevoir les mots "projeté et commis de propos délibéré". La Cour suprême a établi une distinction très nette dans ces trois arrêts entre le caractère intentionnel du meurtre ordinaire (maintenant le meurtre au deuxième degré) et les exigences additionnelles (le projet et le propos délibéré) nécessaires à la preuve du meurtre qualifié (maintenant le meurtre au premier degré). L'accusé qui, bien que sain d'esprit au sens de l'article 16 C. cr., fait la preuve que le meurtre a été commis alors qu'il

¹⁴⁸ La *Loi modifiant le Code criminel*, S.C. 1967-68, c. 15, art. 1, a suspendu, pour une période de cinq ans, cette notion de meurtre qualifié. Pendant cette période, le législateur n'a retenu que la qualification en raison du fait matériel quant au meurtre commis sur la personne d'un officier de police ou d'un gardien de prison dans l'exercice de ses fonctions. Cette Loi a été reconduite jusqu'en 1976, date à laquelle la peine de mort a été abolie (*Loi de 1976 modifiant le droit pénal*, no 2, S.C. 1974-75-76, c. 105), mais où ont été rétablies les distinctions pour le meurtre (art. 214 C. cr.), distinctions qui influencent le processus de la libération conditionnelle (art. 669 C. cr.).

¹⁴⁹ Art. 214 C. cr.; voir texte *supra*, par. 101.

¹⁵⁰ *More c. R.*, [1963] R.C.S. 522.

¹⁵¹ *Mc Martin c. R.*, [1964] R.C.S. 485.

¹⁵² *R. c. Mitchell*, [1964] R.C.S. 471.

souffrait d'une anomalie mentale¹⁵³ ne peut être trouvé coupable de meurtre au premier degré si cette anomalie mentale est incompatible avec le propos délibéré. Il peut cependant être trouvé coupable de meurtre au second degré. Ainsi, l'anomalie mentale qui n'équivaut pas à l'aliénation mentale au sens de l'article 16 C. cr. n'entame pas toujours la notion d'intention; souvent elle fait seulement disparaître soit le projet, soit le propos délibéré, éléments tous deux nécessaires à la constitution du meurtre qualifié.¹⁵⁴

Dans l'arrêt *More*,¹⁵⁵ le juge Fauteux a signé une dissidence énergique dans laquelle il s'oppose à ce que la responsabilité soit atténuée en raison d'une anomalie irrecevable en regard de l'article 16, paragraphe 2 C. cr. Il considère que cette façon de voir aurait pour effet d'accepter, en droit canadien, la notion de responsabilité atténuée telle que prévue par le *Homicide Act* anglais de 1957. Dans le même arrêt, le juge Cartwright justifie la décision au motif que la preuve d'une anomalie mentale chez l'accusé peut éclairer le jury sur la question de savoir si l'acte de l'accusé, tout en étant intentionnel, était un acte délibéré.

Notons que ces décisions ont eu des prolongements dans la jurisprudence en dehors de la notion de meurtre qualifié puisque la jurisprudence en a, par la suite, étendu le principe à toute infraction d'intention spécifique.

203.- *L'anomalie mentale et l'intention spécifique.* Dans l'arrêt *Blackmore*,¹⁵⁶ la division d'appel de la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse a rendu un jugement qui permet de penser que les tribunaux sont prêts à faire droit à une défense tendant à prouver que l'accusé souffrait d'une anomalie mentale affectant sa capacité de former une intention spécifique. Il s'agit là d'une interprétation tout à fait nouvelle. Blackmore était accusé du meurtre non qualifié d'un enfant. En défense, un psychiatre témoigna à l'effet qu'au moment de l'infraction, Blackmore souffrait d'une dépression qui, sous le coup

¹⁵³ V.g. un état dépressif: *More c. R.*, précité, note 150; *McMartin c. R.*, précité, note 151.

¹⁵⁴ La Cour suprême a étendu le même raisonnement aux défenses d'ivresse et de provocation. Ces deux défenses doivent obéir à certaines conditions strictes de recevabilité lorsqu'elles sont soulevées à l'encontre d'une accusation de meurtre ordinaire. Ainsi, la provocation, pour atténuer l'accusation, doit répondre aux conditions de recevabilité fixées par l'article 215 C. cr. et l'ivresse, pour sa part, doit être telle qu'elle empêche l'accusé de former l'intention spécifique de causer la mort ou des blessures. Toute provocation, de même que tout état d'ivresse, peuvent être incompatibles toutefois avec la commission du meurtre de propos délibéré: *R. c. Mitchell*, précité, note 152.

¹⁵⁵ *More c. R.*, précité, note 150.

¹⁵⁶ *R. c. Blackmore*, (1967) 1 C.R.N.S. 286 (N.S.S.C. App. Div.).

d'une frustration ou d'une impulsion, pouvait entraîner chez lui, une réaction agressive et violente. Le juge de première instance, dans ses directives au jury, ne mentionna pas la possibilité de disqualifier l'accusation pour ne retenir qu'une condamnation d'homicide involontaire coupable. Ce fut là un des nombreux motifs pour lesquels l'accusé décida de porter la cause en appel. S'autorisant de l'arrêt *McMartin*,¹⁵⁷ la Cour suprême de Nouvelle-Ecosse ordonna un nouveau procès pour le motif suivant:

*Dans McMartin c. R., supra, l'inculpation reprochait un meurtre qualifié et la Couronne devait montrer que le meurtre avait été projeté et commis de propos délibéré de la part de l'accusé. Ici, il faut prouver que l'accusé avait l'intention requise et, à mon humble avis, la preuve apportée par le Docteur Evans aurait dû être portée à l'attention du jury par le juge du procès et il aurait fallu les inviter à considérer la question de savoir si l'appelant, souffrant d'un désordre mental comme celui que le psychiatre a décrit et compte tenu de toutes les autres circonstances révélées par la preuve, avait l'intention d'infliger à la victime des blessures corporelles qu'il savait être de nature à causer sa mort et était insouciant que la mort en résulte ou non.*¹⁵⁸

Cette décision permet de porter à l'attention du jury la preuve médicale d'un désordre mental n'équivalant pas à l'aliénation mentale afin de déterminer si l'accusé avait l'intention spécifique nécessaire à la définition du meurtre. Elle constitue un point tournant dans la jurisprudence canadienne qui, jusqu'alors, avait refusé, sauf dans le cas de meurtre qualifié, de donner un effet disculpatoire à une anomalie mentale en dehors des conditions de recevabilité fixées par l'article 16, paragraphe 2 C. cr. ou encore de celles propres à la défense d'intoxication volontaire.

Depuis l'arrêt *Blackmore*, plusieurs cours d'appel se sont également prononcées en faveur de la recevabilité d'une défense de responsabilité atténuée permettant de réduire une accusation de

¹⁵⁷ *McMartin c. R.*, précité, note 151.

¹⁵⁸ *R. c. Blackmore*, précité, note 156, 297: "In *Mc Martin v. The Queen*, *supra*, the charge was one of capital murder and it was necessary for the Crown to show that the murder was planned and deliberate on the part of the accused. Here it is required to prove that the accused had the necessary intent, and it is my respectful opinion that the evidence of Dr. Evans should have been brought to the attention of the jury by the trial Judge in his summing up, and they should have been asked to consider whether the appellant, suffering from a disorder of the mind as described by the psychiatrist, and with all the other circumstances disclosed by the evidence, had the intent to cause the deceased bodily harm which he knew was likely to cause his death and was reckless whether death ensued or not."

meurtre à celle d'homicide involontaire coupable.¹⁵⁹ La Cour suprême montre des réticences à cet égard. En effet, dans les arrêts *More*¹⁶⁰ et *Chartrand*,¹⁶¹ elle s'est opposée à l'introduction en droit canadien du concept de responsabilité atténuée. Mais le courant suivi par les cours d'appel semble irréversible.

§ 5. LA CONTRAINTE MORALE

204.- *Contrainte et liberté d'action.* Dans son sens le plus large, la contrainte peut désigner tout facteur restreignant la liberté d'action. Dans ce sens, nos actes sont tous plus ou moins contraints dans la mesure où nous n'avons pas une complète liberté de choix. Il va sans dire que la notion légale de contrainte ne saurait s'entendre dans cette acception large car elle entérinerait une conception purement subjective du comportement, faisant droit à tous les mobiles.

205.- *Généralités.* Tant le droit pénal que le droit civil adoptent donc une conception objective de la contrainte en l'assortissant de conditions précises. De fait, il n'existe pas de distinction fondamentale entre la contrainte reconnue par le droit civil et celle que sanctionne le droit pénal. Mais on note une différence de degré considérable puisque, contrairement au droit civil pour lequel la contrainte résulte de la "crainte raisonnable et présente d'un mal sérieux",¹⁶² le droit criminel exige que la contrainte résulte de menaces immédiates de

¹⁵⁹ *R. c. Mulligan*, (1975) 18 C.C.C. (2d) 270 (Ont. C.A.); *R. c. Hilton*, (1977) 34 C.C.C. (2d) 206 (Ont. C.A.); *Meloche c. R.*, [1975] C.A. 558 (C.A. Qué.) (résumé); *R. c. Browning*, (1977) 34 C.C.C. (2d) 200 (Ont. C.A.); *R. c. Rabey*, précité, note 43; *R. c. Wright*, (1980) 48 C.C.C. (2d) 334 (Alta. S.C. App. Div.); *R. c. Lechasseur*, (1978) 38 C.C.C. (2d) 319 (C.A. Qué.). Par ailleurs, bien que les cours d'appel n'aient pas reçu cette défense dans des cas autres que le meurtre, on peut penser qu'un même raisonnement puisse conduire à l'acquittement de toute inculpation reprochant une infraction d'intention spécifique, dans la mesure où il y aurait un doute sur la capacité de l'accusé de la formuler. La décision de la Cour suprême dans l'affaire *Macdonald*, [1977] 2 R.C.S. 665, en est un indice. En effet, la question sur laquelle la Cour était appelée à se prononcer avait trait à la validité d'un jugement non motivé de culpabilité prononcé sur une accusation de vol qualifié. La dissidence considère, du moins implicitement, que le juge du procès aurait dû analyser la question du désordre mental. La majorité ne conteste pas davantage la pertinence de la preuve psychiatrique mais est d'avis que le fait de rendre un jugement non motivé, en l'absence de circonstances exceptionnelles, ne constitue pas une erreur de droit pouvant justifier un nouveau procès.

¹⁶⁰ *More c. R.*, précité, note 150.

¹⁶¹ *Chartrand c. R.*, [1977] 1 R.C.S. 314.

¹⁶² Art. 995 C.c.

mort ou de lésions corporelles graves.¹⁶³ La victime de la contrainte voit ainsi restreinte sa liberté normale de choisir son comportement en ce que son choix doit s'exercer entre, d'une part, la commission d'une infraction et, d'autre part, la souffrance d'un mal physique sérieux.

A. Notion

206.- *Contrainte, cas de nécessité.* La contrainte est une application particulière de la nécessité. Aussi est-il parfois difficile de la distinguer des défenses de nécessité,¹⁶⁴ d'impossibilité¹⁶⁵ et de légitime défense.¹⁶⁶

207.- *Contrainte morale et contrainte physique.* La jurisprudence distingue entre la contrainte physique¹⁶⁷ et la contrainte morale. La défense de contrainte reconnue par l'article 17 C. cr. s'entend de la contrainte morale et non de la contrainte physique. Elle suppose l'existence d'une menace amenant celui qui la subit à "choisir" de poser l'acte qu'on lui commande plutôt que de voir la menace se réaliser.

208.- *Contrainte morale et nécessité.* La contrainte morale implique donc l'opportunité d'un choix entre deux maux. De ce point de vue, elle s'apparente à la nécessité. A la différence de celle-ci, toutefois, elle a pour origine une action injuste, une menace. La défense de nécessité se justifie par la préférence d'un moindre mal; la contrainte évoque la peur ressentie par l'agent. Dans certaines circonstances, il peut être difficile de distinguer l'une de l'autre. En principe, la contrainte suppose que la personne fasse ce qui lui est intimé dans le but d'éviter la réalisation de la menace. L'infraction commise en réaction à la contrainte, mais non en conformité avec celle-ci, devrait donc être analysée en fonction de la défense de nécessité.¹⁶⁸

209.- *Contrainte morale et légitime défense.* La contrainte morale s'apparente à la légitime défense du fait que, à l'instar de celle-ci, elle procède d'une action injuste. Toutefois, l'acte posé en légitime défense a pour objet de neutraliser l'auteur de la menace et intervient

¹⁶³ Art. 17 C. cr.

¹⁶⁴ Voir texte *infra*, c. V, § 7.

¹⁶⁵ Voir texte *supra*, par. 173-175.

¹⁶⁶ Voir texte *infra*, c. V, § 1.

¹⁶⁷ Voir texte *supra*, par. 172.

¹⁶⁸ Voir, à titre d'exemple, *R. c. Smith*, (1978) 40 C.R.N.S. 390 (B.C.P.C.). Dans cet arrêt, l'accusée a commis une infraction routière (ébrété au volant) en s'enfuyant de manière à se soustraire aux menaces de son mari. Le juge l'acquitte en raison de la contrainte. L'infraction ayant été commise pour éviter un mal plus grand, et non pour obtempérer à la menace, il aurait été plus juste de retenir la défense de nécessité.

au risque de la personne menacée; en revanche, l'infraction commise en état de contrainte, loin d'être une résistance à l'agression, est un acte de soumission par lequel l'auteur détourne sur un tiers innocent le péril de la menace. C'est sans doute pour cette raison que le législateur rend la contrainte irrecevable quant à toute infraction comportant une atteinte à l'intégrité physique.

210.- *Contrainte morale et Common Law.* La défense de contrainte morale est reconnue en *Common Law* depuis longtemps sans toutefois que celui-ci fixe les conditions précises de sa recevabilité. Tout au plus a-t-il reconnu son irrecevabilité à l'encontre d'une accusation de meurtre et, quant aux autres infractions, la nécessité de montrer le caractère immédiat de la menace. En *Common Law*, bien qu'en règle générale la menace doive avoir pour objet la mort ou des blessures corporelles,¹⁶⁹ l'arrêt *Steane*¹⁷⁰ reconnaît que la contrainte puisse porter sur une menace beaucoup moins sérieuse, telle une menace d'emprisonnement.¹⁷¹

Dans l'arrêt *Carker*¹⁷² cependant, la Cour suprême a affirmé que l'article 17 C. cr. donne une définition exhaustive de la défense de contrainte morale ne laissant plus de place au *Common Law*. C'est donc l'interprétation de cet article qui détermine l'état du droit canadien en cette matière et non les précédents de droit anglais. Néanmoins, l'arrêt *Paquette*¹⁷³ appelle une réserve sérieuse sur ce point puisque la Cour suprême restreint à l'auteur réel de l'infraction les cas d'irrecevabilité de la contrainte prévus par l'article 17 C. cr.,¹⁷⁴ Les complices invoquant contrainte voient donc leur situation régie par le *Common law*.

211.- *Conditions de recevabilité.* L'article 17 C. cr. assortit la recevabilité de la défense de contrainte morale à deux types de conditions, les premières tenant à la nature de l'inculpation et les secondes à la nature de la menace.

212.- *Les conditions tenant à la nature de l'inculpation.* Le législateur énumère, à l'article 17 C. cr., les crimes pour lesquels la contrainte ne peut être invoquée: la haute trahison ou la trahison, le meurtre, la piraterie, la tentative de meurtre, l'aide à l'accomplissement d'un viol, le rapt, le vol qualifié, l'infliction de blessures corporelles ou le crime

¹⁶⁹ *R. c. M'Growther*, (1746) 18 St. Tr. 391; *R. c. Purdy*, (1946) 10 J. Crim. L. (Eng.) 182.

¹⁷⁰ *R. c. Steane*, [1947] L.R. 997 (K.B.) (Engl. C.C.A.).

¹⁷¹ Voir, sur le sujet, J.C. SMITH, B. HOGAN, *op. cit.*, note 17, pp. 203-204.

¹⁷² *R. c. Carker (no 2)*, [1967] R.C.S. 114.

¹⁷³ *Paquette c. R.*, [1977] 2 R.C.S. 189.

¹⁷⁴ Voir cependant le jugement du juge Laskin dans l'arrêt *Kirzner c. R.*, [1978] 2 R.C.S. 487, qui cite l'arrêt *Paquette* au soutien de la proposition voulant que, dans le cas de la contrainte morale, l'article 17 C. cr. ait absorbé le *Common Law*.

d'incendie. La contrainte, quelle qu'en soit la gravité, ne peut donc être plaidée à l'encontre de ces incriminations. A cet égard, l'article 17 C. cr. est beaucoup plus sévère que le *Common Law* qui, pour sa part, semble exclure la défense seulement quant aux accusations de meurtre et de trahison.¹⁷⁵ De plus, la jurisprudence de *Common Law* est inconstante puisqu'elle accepte parfois la défense à l'encontre de la trahison.¹⁷⁶

A la lecture de l'article 17 C. cr., la question se pose de savoir si l'irrecevabilité de la défense tient exclusivement à la nature de l'infraction reprochée ou s'il faut en outre considérer le rôle qu'a joué l'accusé dans l'accomplissement de l'infraction. En effet, l'énumération des infractions pour lesquelles la défense est irrecevable pose une difficulté en raison de la mention qui y est faite d'"infractions complètes", d'une part, et d'une "infraction de complicité", d'autre part. En outre, on pourrait penser que les mots "quiconque commet une infraction" doivent être interprétés à la lumière de l'article 21 C. cr. dans lequel le législateur assimile auteur réel et complice en tant que parties à une infraction. Dans une telle hypothèse, une difficulté subsisterait du fait que l'article 21 C. cr. définit la "partie à l'infraction" et emploie notamment l'expression "commet réellement" alors que l'article 17 C. cr. mentionne seulement "celui qui commet l'infraction". Pour sa part, la Cour suprême a opté pour une interprétation libérale de l'article 17 C. cr. en décidant que les exclusions étaient limitées au seul cas où l'accusé commet l'infraction énumérée à titre d'auteur réel et non en tant que partie à l'infraction. Selon l'arrêt *Paquette*,¹⁷⁷ le complice d'un meurtre ou d'un vol qualifié, par exemple, peut donc plaider la contrainte morale.¹⁷⁸ Le complice d'un viol ne peut toutefois l'invoquer puisque l'aide à

¹⁷⁵ Encore que cette défense, en *Common Law*, ne soit pas complètement définie quant à sa portée: voir *Steane c. R.*, précité, note 170, où Lord Goddard exclut la trahison et "some other felonies".

¹⁷⁶ *Oldcastle's Case*, (1419) 1 Hale 50; voir aussi *R. c. M'Growther*, précité, note 169, dans lequel la défense de contrainte soulevée à l'encontre d'une incrimination de trahison est rejetée parce que la contrainte ne comportait qu'une menace quant aux biens de l'accusé; voir aussi *R. c. Stratton*, (1779) 21 St. Tr. 1045, dans lequel il semble que, si la contrainte avait été exercée par une menace de mort, la défense aurait été acceptée à l'égard de cette même incrimination.

¹⁷⁷ *Paquette c. R.*, précité, note 173.

¹⁷⁸ La Cour suprême, dans cet arrêt, entérine l'arrêt *D.P.P. for Northern Ireland c. Lynch*, [1975] A.C. 653 (H.L.), qui restreint les cas d'exclusion de la défense au seul auteur réel, de telle sorte que les autres "parties" à l'infraction peuvent se prévaloir de la défense même si elles sont accusées d'une infraction qui, en principe, rend la défense irrecevable. Pour des applications de cette décision, voir *R. c. Curran*, (1977) 38 C.C.C. (2d) 151 (Alta. S.C. App. Div.); *R. c. Hartford and Frigon*, (1980) 51 C.C.C. (2d) 462 (B.C. C.A.); *R. c. Morrison and McQueen*, (1981) 54 C.C.C. (2d) 447 (Ont. D.C.).

l'accomplissement d'un viol est exclue du champ d'application de la défense de contrainte.¹⁷⁹

Par ailleurs, l'article 17 C. cr. empêche celui qui est partie à un complot ou membre d'une association par laquelle il est sujet à la contrainte d'invoquer la contrainte en défense. Le législateur semble référer ici aux associations de malfaiteurs exigeant de leurs membres une obéissance sous peine de sanctions. Cette disposition s'appliquerait également à celui qui est membre d'un complot et qui se voit contraint de faire plus que ce à quoi il croyait s'être engagé. Nous verrons plus loin¹⁸⁰ que la partie à un complot peut se désister des infractions commises dans la poursuite du complot à la condition que son désistement soit manifeste et intervienne avant la commission de ces infractions. L'article 17 C. cr. entérine cette obligation de désistement même en présence de menaces si, par son adhésion au complot, l'accusé s'est soumis à la contrainte. Toutefois, la seule présence d'un complot ne rend pas d'emblée cette exclusion applicable: il faut que l'adhésion au complot comporte l'acceptation de la contrainte. Les conditions d'application de l'exclusion de la contrainte en raison de complot n'ont pas fait l'objet d'application jurisprudentielle. La difficulté principale consisterait à déterminer si la contrainte est irrecevable quant à toute infraction à laquelle est partie le membre du complot ou si, au contraire, le juge devrait pondérer la gravité de la menace en regard de la gravité de l'infraction et du degré de participation de l'accusé. Cette question ne semble pas avoir été soulevée dans l'arrêt *Paquette*, la preuve ne permettant pas de penser que Paquette avait adhéré à un complot le soumettant à la contrainte de ses comparses.¹⁸¹

Enfin, l'article 150, paragraphe 3 C. cr. prévoit spécifiquement une excuse de contrainte en faveur de la victime de sexe féminin d'un inceste. Le texte de cet article est difficilement conciliable avec l'article 17 C. cr. puisqu'il suppose que la contrainte ait pour seul effet de dispenser la cour d'infliger une peine. Par contre, cet article laisse au tribunal la faculté de déterminer s'il y a contrainte ou non, sans égard aux dispositions de l'article 17 C. cr. en ce qui a trait au sérieux de la menace. Cet article, il va sans dire, n'empêcherait pas la personne qui a accepté de commettre l'inceste en raison d'une menace immédiate de mort ou de lésions corporelles graves d'invoquer la défense de contrainte de l'article 17 C. cr.

¹⁷⁹ Voir *R. c. Bergstrom*, (1980) 13 C.R. (3d) 342 (Man. C.A.).

¹⁸⁰ Voir texte *infra*, par. 359.

¹⁸¹ Voir sur la question A.T.H. SMITH, "Defences of General Application", (1978) *Crim. L.R.* 122, 126.

213.- *Les conditions tenant à la nature de la menace.* Toute menace n'est pas susceptible de donner ouverture à la défense de contrainte. L'article 17 C. cr. précise en effet qu'il doit s'agir de menaces de mort immédiate ou de lésions corporelles graves de la part d'une personne présente lorsque l'infraction est commise. Le caractère immédiat de la menace doit répondre à une double exigence. D'une part, la menace doit être exercée par une personne présente sur les lieux de l'infraction;¹⁸² d'autre part, la menace doit impliquer sa réalisation sur-le-champ si la victime ne s'y plie pas. La question de savoir si la menace est immédiate est une question de droit que le juge doit trancher afin de déterminer s'il doit saisir le jury de la défense de contrainte.¹⁸³ Les tribunaux donnent en général une interprétation restrictive des conditions fixées par l'article 17 C. cr. Par exemple, dans l'arrêt *Carker*,¹⁸⁴ la Cour suprême a refusé de voir une menace immédiate de mort dans le cas d'un prisonnier qui s'était vu contraint par ses co-détenus à briser les installations sanitaires de sa cellule. La Cour suprême estime en effet que la menace n'avait pas été proférée par une personne présente lors de la perpétration de l'infraction puisque l'auteur de la menace était lui-même incarcéré dans sa cellule et, de plus, que la menace n'était pas immédiate parce qu'elle n'était pas susceptible d'être mise à exécution sur-le-champ.¹⁸⁵ De la même manière, dans l'arrêt *Falkenberg*,¹⁸⁶ on a refusé de considérer comme immédiates les menaces proférées contre un témoin par des personnes présentes en cour dans le but de contraindre le témoin à rendre un faux témoignage. L'accusé s'est vu refuser le moyen de défense au motif qu'il aurait dû demander une protection plutôt que de se soumettre aux menaces.

Il faut de plus que l'accusé croie que les menaces seront mises à exécution. Il importe de noter ici que l'article 17 C. cr. ne comporte aucune exigence quant au caractère raisonnable de la croyance de l'accusé quant à la mise à exécution des menaces. En conséquence, il y a place pour une appréciation subjective de celle-ci. La défense de contrainte prévue par le *Common Law* exige également qu'il y ait menaces immédiates. Certains arrêts semblent cependant vouloir imposer une appréciation objective de la croyance de l'accusé relativement à la mise à exécution prochaine de celles-ci.¹⁸⁷

¹⁸² *R. c. Faustin*, [1975] C.S.P. 358 (C.S.P. Qué.).

¹⁸³ *R. c. Carker* (no 2), précité, note 172.

¹⁸⁴ *Ibid.*

¹⁸⁵ Comparer avec *R. c. Payne*, [1974] 2 W.W.R. 658 (B.C.P.C.), où l'accusée a été acquittée d'une accusation d'évasion (art. 133 C. cr.) au motif qu'elle avait voulu ainsi se soustraire à des menaces proférées par des co-détenues.

¹⁸⁶ *R. c. Falkenberg*, (1973) 13 C.C.C. (2d) 562 (Ont. C.C.).

¹⁸⁷ *D.P.P. for Northern Ireland c. Lynch*, précité, note 178 (Lord Morris); *R. c. Morrison and Mc Queen* précité, note 178.

L'article 17 C. cr. ne mentionne pas la possibilité que la contrainte provienne de menaces mettant en péril la vie ou l'intégrité d'un tiers. Dans l'hypothèse où une infraction serait commise par suite de telles menaces, les conditions de recevabilité de la défense de nécessité, plutôt que celles de la contrainte morale, devraient être analysées afin de déterminer s'il y a lieu d'exonérer l'accusé.¹⁸⁸ En effet, on conçoit que le législateur puisse imposer à un individu la conduite qu'il doit adopter lorsque celui-ci est devant l'alternative qui consiste entre subir un mal sérieux ou infliger un mal jugé également sérieux; mais d'autres considérations doivent être envisagées lorsque l'individu est placé devant l'alternative de voir une personne être blessée ou même mourir s'il ne commet pas une infraction. Dans une telle situation, les critères élaborés en regard de la défense de nécessité peuvent assister l'individu dans la solution du dilemme: il doit choisir le moindre mal.

L'article 18 C. cr. , pour sa part, abolit la présomption de *Common Law* voulant que la femme mariée commettant une infraction en présence de son mari ait agi sous la contrainte de celui-ci. En effet, le *Common Law* reconnaissait à la femme mariée ayant commis une infraction en présence de son mari la défense de *coercion*. On avance que ce moyen de défense, qui s'appliquait à toute infraction sauf la trahison et le meurtre, avait à l'origine pour but de pallier aux inégalités que créait entre les conjoints l'institution du bénéfice du clergé, par laquelle le mari excipait de la juridiction de droit commun en prouvant sa qualité de clerc pour bénéficier de la justice clémente des tribunaux ecclésiastiques. Avec le temps, l'institution a tourné en dérision parce qu'était clerc tout accusé capable de réciter devant le tribunal les premiers mots du psaume *Miserere mei deus*. L'épouse ne pouvant être clerc en raison de son sexe devait subir les rigueurs du droit commun. La défense de *coercion* lui permettait d'imputer le blâme de l'infraction à son mari. Cette défense a perdu sa raison d'être en 1692 lorsque le bénéfice du clergé a été accordé aux femmes. D'ailleurs le bénéfice du clergé a lui-même été aboli en 1827. La présomption de contrainte de l'épouse, à la base de la défense de *coercion*, a néanmoins survécu, au Canada, jusqu'en 1892 et, en Angleterre, jusqu'en 1925. L'article 18 C. cr. a tout simplement pour effet de mettre les conjoints sur un pied d'égalité.¹⁸⁹

¹⁸⁸ Voir texte *infra*, par. 290. Notons toutefois que dans l'affaire *Morrison*, précitée, note 178, le juge a considéré des menaces visant aussi bien l'accusée que ses enfants dans la détermination de la recevabilité de la défense de contrainte de *Common Law*.

¹⁸⁹ Voir, sur le sujet, *Kenny's Outlines of Criminal Law, op. cit.*, note 17, no 45, pp. 68 à 70 et no 55, pp. 97-98; Sir Frederick POLLOCK, Frederic William MAITLAND, *The History of English Law*, vol. 1, 2e éd., Cambridge, Cambridge University Press, 1898, p. 445.

B. Contrainte morale et doctrine du *mens rea*

214.- *Contrainte, intention et mobile.* La recevabilité de la contrainte morale comme cause d'exonération dépend davantage de la politique criminelle que des implications logiques de la notion de culpabilité.

La contrainte morale affecte la volonté du prévenu. Elle engendre chez sa victime un même état psychologique — la volonté de se soustraire à un mal immédiat — quelle que soit l'infraction commise sous l'effet de la contrainte. Supposons, par exemple, un vol ou un meurtre commis sous le coup de la contrainte morale. Dans l'accusation de meurtre, à la différence de celle de vol, la contrainte est un mobile irrecevable en raison des valeurs privilégiées par le législateur. Celui-ci impose aux justiciables une conception héroïque du comportement en leur demandant, en présence de maux sérieux (trahison, meurtre, piraterie, viol,¹⁹⁰ tentative de meurtre, rapt, vol qualifié, voies de fait graves ou crime d'incendie) de subir le mal plutôt que de l'infliger.¹⁹¹

Par ailleurs, la crainte de l'exercice d'une violence physique ne diffère pas, quant à sa nature, de celle portant sur une perte économique ou tout simplement de la crainte révérentielle. Elles relèvent toutes du mobile en ce qu'elles poussent à l'action, sans toutefois annihiler la volonté du prévenu;¹⁹² elles laissent donc entière l'intention de celui-ci. Comme le souligne Stephen,¹⁹³ non sans un certain cynisme, le condamné qui marche vers le lieu de l'exécution agit sous la contrainte, mais son acte est tout aussi volontaire que s'il sortait de prison pour recouvrer sa liberté. Il marche vers la mort parce qu'il préfère s'y rendre lui-même plutôt que d'y être transporté. Il a un choix, même si ce choix se situe entre des maux extrêmes.

¹⁹⁰ Art. 17 C. cr.; notons que, assez bizarrement, cet article ne mentionne pas le viol mais uniquement l'aide à l'accomplissement d'un viol. Toutefois, il semble évident que l'exclusion de l'aide au viol emporte *a fortiori* celle du viol: R. c. *Bergstrom*, précité, note 179, 347 (juge Monnin).

¹⁹¹ Le principe fondamental qui régit la contrainte morale, en droit pénal, a été énoncé par Lord Hale (traduction): "Si une personne est assaillie et se trouve en danger de mort et qu'elle ne puisse autrement s'échapper à moins de tuer une personne innocente pour satisfaire la fureur de son assaillant, la crainte et la menace ne permettraient pas d'échapper à la condamnation et à la peine pour meurtre si elle commet l'acte; cette personne devrait mourir elle-même plutôt que de tuer un innocent." (Sir M. HALE, *op. cit.*, note 17, vol. I, p. 51). Depuis l'arrêt *Paquette* (précité, note 173), il faut reconnaître que cette conception héroïque n'est désormais imposée qu'à l'auteur réel des infractions énumérées à l'article 17 C. cr. Voir texte *supra*, par. 212.

¹⁹² R. c. *Faustin*, précité, note 182.

¹⁹³ Sir James Fitzjames STEPHEN, *A History of the Criminal Law of England*, vol. II, New York, Burt Franklin, 1964, p. 102.

La Cour suprême a du mal à reconnaître que la défense de contrainte morale puisse se situer en dehors de la notion de *mens rea* au sens descriptif. Une telle constatation découle inévitablement de ses décisions contradictoires dans les arrêts *Carker*¹⁹⁴ et *Paquette*.¹⁹⁵ Dans l'arrêt *Carker*,¹⁹⁶ la Cour d'appel de Colombie-Britannique avait majoritairement conclu que la contrainte alléguée par l'accusé devait, en tout état de cause, être prise en considération en fonction du *mens rea*. La Cour suivait ainsi la voie tracée par Lord Goddard qui, dans l'arrêt *Steane*,¹⁹⁷ avait retenu la contrainte comme un facteur niant l'intention spécifique. Mais la Cour suprême a renversé cette décision en répudiant expressément cette approche.¹⁹⁸ Toutefois, dans l'arrêt *Paquette*, la Cour suprême adopte la thèse opposée sans même référer à sa décision antérieure dans l'affaire *Carker*. Elle estime en effet que la contrainte subie par Paquette a pour effet d'annuler son intention de poursuivre une fin illégale avec ses comparses. Elle détermine ainsi la recevabilité de la contrainte en fonction de son effet sur l'intention de l'accusé. L'arrêt *Paquette* illustre bien la confusion entre intention et mobile. L'intention existe dès lors que Paquette participe, en connaissance de cause, à un complot ou à un vol qualifié. La contrainte morale n'a pas pour effet de détruire l'intention entendue en ce sens descriptif.¹⁹⁹ Paquette aurait dû être acquitté plutôt en fonction des conditions propres à la recevabilité de la défense de contrainte morale qui donnent effet à la dimension normative du *mens rea*.²⁰⁰

§ 6- L'ERREUR DE FAIT ET L'ACCIDENT

215.- *Notion.* L'erreur de fait et l'accident consistent à nier le *mens rea* requis pour la constitution de l'infraction. Bien que la jurisprudence tende à les assimiler, il y a lieu de les distinguer pour deux raisons. Premièrement, l'erreur est quelque chose que l'on croit; l'accident est quelque chose qui arrive. Bien que tous deux puissent nier le *mens rea*, la façon de le faire n'est pas la même, ce qui donne lieu à une deuxième raison de les distinguer: l'erreur nie le *mens rea* d'intention ou d'insouciance, puisque l'intention subjective de l'accusé est subordonnée à la perception qu'il avait des circonstances.

¹⁹⁴ *R. c. Carker (no 2)*, précité, note 172.

¹⁹⁵ *Paquette c. R.*, précité, note 173.

¹⁹⁶ *R. c. Carker (no 2)*, précité, note 172.

¹⁹⁷ *R. c. Steane*, précité, note 170.

¹⁹⁸ *R. c. Carker (no 2)*, précité, note 172; voir également *Dunbar c. R.*, (1936) 67 C.C.C. 20 (C.S.C.).

¹⁹⁹ Voir texte *supra*, par. 94.

²⁰⁰ Voir la critique de cette décision: Louise ARBOUR, "La Cour suprême sans contrainte", (1977) 39 C.R.N.S. 265.

L'accident peut nier le *mens rea*, non pas en raison d'une perception erronée des circonstances, mais par la réalisation d'une conséquence imprévue.

A. L'erreur de fait

216.- La recevabilité de l'erreur de fait est subordonnée à deux conditions: la principale ayant trait à sa pertinence, et l'autre concernant son appréciation en regard de l'infraction reprochée.

217.- *La pertinence de l'erreur de fait.* La question de la pertinence se pose à un double point de vue: d'abord en fonction du texte d'incrimination, puis en fonction de son objet.

218.- *L'erreur et le texte d'incrimination.* Il va sans dire que le texte d'incrimination peut exclure l'erreur de fait. Par exemple, le distributeur de choses obscènes ne pourra se disculper en affirmant qu'il croyait de bonne foi que les matières n'étaient pas obscènes.²⁰¹ L'erreur est alors non pertinente. Il en va de même des infractions de responsabilité absolue qui excluent d'emblée l'erreur de fait.^{201a} Il y a donc lieu quant à toute infraction d'analyser le texte d'incrimination afin de voir l'intention du législateur.

219.- *L'erreur et son objet.* Le simple fait que le texte d'incrimination n'exclut pas l'erreur de fait ne signifie pas pour autant que toute erreur de fait est pertinente. Il faut qu'elle ait pour objet un fait pertinent à la culpabilité. Supposons, par exemple, un cas d'intrusion de nuit,²⁰² infraction qui consiste à se trouver, sans excuse légitime, sur la propriété d'autrui, près d'une maison d'habitation, pendant la nuit. Le Code criminel définit la nuit comme la période entre 21.00 et 06.00 heures. Si A est trouvé sur la propriété d'autrui à 00.45 heures, croyant qu'il n'est que 22.00 heures, il est coupable. Il en serait autrement s'il avait cru qu'il n'était que 20.30 heures.

Dans l'analyse de la pertinence de l'erreur, il faut distinguer les trois situations suivantes: 1) Subjectivement, l'auteur ne commet aucune infraction: A, trouvé en possession d'héroïne, explique en défense qu'il croyait que la substance possédée était du lait en poudre. 2) Subjectivement, l'auteur commet la même infraction: A possède la substance X croyant posséder la substance Y et est accusé de possession de la substance X en vertu d'un texte d'incrimination prohibant au même titre les substances X et Y. 3) Subjectivement, l'auteur commet une infraction autre que celle qu'on lui reproche: A, accusé de possession de la substance X, explique en défense qu'il

²⁰¹ L'obscénité étant une question de droit: art. 159(6) C. cr.

^{201a} Voir texte *supra*, par. 126-127.

²⁰² Art. 173 C. cr.

croyait posséder la substance Y, la possession de celle-ci étant une autre infraction.

220.- *Subjectivement, l'auteur ne commet aucune infraction.* C'est le cas de *Beaver*.²⁰³ L'accusé a droit à l'acquittement. Supposons que X veuille acheter du bicarbonate de soude. Y lui vend un paquet qu'il affirme contenir du bicarbonate de soude alors qu'en réalité il contient de l'héroïne. X a le paquet en sa possession. La question est de savoir si, dans les circonstances, X est coupable de possession d'héroïne.²⁰⁴ Il doit être acquitté s'il croit en une situation de fait qui rendrait sa possession innocente (possession du bicarbonate de soude). La situation s'apprécie en effet selon la perception que X en a, et non d'une manière purement objective.

221.- *Subjectivement, l'auteur commet la même infraction.* C'est le cas de l'arrêt *Burgess*.²⁰⁵ Burgess était accusé de possession illégale d'un stupéfiant — de l'opium — dont il a voulu se défendre en disant qu'il croyait posséder du haschich. Toutefois, le haschich est, au même titre que l'opium, un stupéfiant.²⁰⁶ Son erreur de fait n'est pas pertinente puisqu'elle porte en réalité sur le mode de commission de l'infraction.

222.- *Subjectivement, l'auteur commet une infraction différente de celle qu'on lui reproche.* Le problème consiste à déterminer si le *mens rea*, correspondant à l'*actus reus* de l'infraction que A commettait selon sa perception des faits (crime Y), peut être imputé à l'*actus reus* de l'infraction que A a effectivement commise (crime X). Le *mens rea* de A ne correspondant pas à l'*actus reus* qui lui est reproché, A peut-il être condamné pour le crime X alors qu'il avait le *mens rea* du crime Y? Ce problème peut être approché de deux manières: sous l'angle du principe de la concomitance *actus reus/mens rea* ou, comme le fait la jurisprudence, sous celui de la doctrine du "transfert d'intention".

223.- *Le principe de la concomitance actus reus/mens rea.* Ce principe exige, pour qu'il y ait infraction, que l'auteur ait le *mens rea* correspondant à l'*actus reus* de l'infraction reprochée. Par hypothèse, si A commet l'infraction X alors qu'il a le *mens rea* de l'infraction Y, il y a donc divergence entre *actus reus* et *mens rea*; le principe de la concomitance devrait donc amener le tribunal à acquitter A du crime X. Cela ne veut pas dire, toutefois, que A devrait rester impuni

²⁰³ *Beaver c. R.*, [1957] R.C.S. 531.

²⁰⁴ *Ibid.*; voir aussi *Bank of New South Wales c. Piper*, [1897] A.C. 383; *R. c. Tolson*, (1889) 23 Q.B.D. 168; *Wilson c. Inyang*, [1951] 2 All. E.R. 237.

²⁰⁵ *R. c. Burgess*, [1970] 2 O.R. 216; voir aussi *Blondin c. R.*, [1971] R.C.S. v, confirmant *R. c. Blondin*, (1971) 2 C.C.C. (2d) 118 (B.C.C.A.).

²⁰⁶ Voir l'annexe de la *Loi sur les stupéfiants*, S.R.C. 1970, c. N-1.

puisqu'en réalité, il a, pour le moins, tenté de commettre l'infraction Y, son erreur l'amenant à commettre l'infraction X; il devrait dès lors être trouvé coupable de tentative du crime Y.²⁰⁷ Toutefois, cette solution de principe est susceptible de créer des problèmes de preuve. En effet, le poursuivant ne peut normalement que porter l'accusation à laquelle la situation objective donne ouverture puisque la connaissance de la situation subjective ne peut provenir que d'une explication de l'accusé. La solution de principe amènerait en outre le poursuivant à retirer l'accusation originale pour y substituer l'accusation de tentative, ce qui suppose une reprise de procédure, à moins que la tentative de l'infraction Y ne soit moindre et incluse à celle de X. Aussi, les tribunaux adoptent-ils une solution plus expéditive.

224.- *La doctrine du transfert d'intention.* Cette doctrine consiste à imputer à l'*actus reus* de l'infraction objectivement commise le *mens rea* de l'infraction que l'accusé commettait subjectivement. La justification de principe de cette solution réside dans le fait que l'erreur de l'accusé n'a pas pour effet de rendre son comportement innocent ou exempt de tout blâme.

L'exemple classique en est donné par l'arrêt *Prince*,²⁰⁸ où le juge Brett conclut à la culpabilité de Prince dans une accusation d'enlèvement, en dépit de l'erreur de l'accusé quant à l'âge de la victime, car il commettait de toute façon un acte contraire aux droits parentaux ou une faute civile. De la même manière, dans l'arrêt *Ladue*,²⁰⁹ le juge Davey pose le principe que l'intention de l'accusé de commettre un crime, bien que ce crime ne soit pas celui qui lui est reproché, supplée au *mens rea* nécessaire à la constitution du crime reproché du seul fait que, dans ces circonstances, l'accusé ne pouvait prétendre qu'il agissait d'une manière légitime ou innocente. Ladue, commettant subjectivement ce qui aurait été un viol, a donc été trouvé coupable d'outrage à un cadavre. Dans l'arrêt *Kundeus*,²¹⁰ l'accusé est trouvé coupable de possession de LSD pour fins de trafic, alors qu'il croyait posséder de la mescaline, bien que le trafic de mescaline soit une infraction différente de celle de trafic de LSD.²¹¹ Le jugement de la majorité donne prise à deux interprétations tout à fait différentes: 1) ou bien la décision est fondée sur l'appréciation de la preuve, 2) ou bien elle repose sur la règle de droit suivante: le *mens rea* de l'accusé

²⁰⁷ *R. c. Kundeus*, [1976] 2 R.C.S. 272, 285 (juge Laskin).

²⁰⁸ *R. c. Prince*, [1875] L.R. 2 C.C.R. 154.

²⁰⁹ *R. c. Ladue*, [1965] 4 C.C.C. 264 (Yukon C.A.); voir aussi *R. c. McLeod*, (1955) 111 C.C.C. 106 (B.C.C.A.).

²¹⁰ *R. c. Kundeus*, précité, note 207.

²¹¹ Le LSD est une drogue d'usage restreint, *Loi sur les aliments et drogues*, S.R.C. 1970, c. F-27, arts 40 et ss et annexe H, tandis que la mescaline était une drogue qui figurait à l'époque à l'annexe F du règlement adopté en vertu de l'article 25 de la même Loi, DORS/65-548.

de commettre un crime peut être imputé au crime commis en réalité, même si les *acti rei* sont de nature et de gravité différentes. La deuxième interprétation s'imposerait dans la seule mesure où la majorité se serait prononcée sur une question de droit à partir des faits établis par le dossier. Dans cette mesure, la Cour suprême ne reprendrait pas les faits, mais déciderait d'une pure question de droit. Or, l'étude de l'opinion de la majorité montre bien que le juge de Grandpré apprécie beaucoup plus une question de preuve qu'une question de droit.

Kundeus offrait du LSD en vente. Un agent provocateur lui a demandé s'il lui en restait; Kundeus lui a répondu qu'il ne lui restait que de la mescaline. L'agent provocateur a décidé d'acheter deux doses de mescaline. Cependant l'accusé, croyant vendre de la mescaline, a effectivement vendu du LSD, d'où l'accusation de possession pour fins de trafic d'une drogue prohibée, infraction plus sérieuse que la vente de mescaline, qui constitue tout de même une infraction selon un règlement adopté en vertu de la *Loi sur les aliments et drogues*.²¹² Kundeus n'a pas témoigné pour sa défense. Les faits montrant son erreur ont été établis lors du contre-interrogatoire de l'agent provocateur. Le juge de Grandpré voit dans les faits deux interprétations possibles: 1) Kundeus voulait vendre du LSD et a, de fait, vendu du LSD. Selon cette interprétation, il n'y a pas d'erreur, cela laisse donc entière la culpabilité de l'accusé.²¹³ 2) Kundeus a vendu du LSD alors qu'il croyait vendre de la mescaline. Selon cette interprétation des faits, il aurait fallu, de l'avis du juge de Grandpré, que l'accusé repoussât la présomption d'intention. En fait, le juge de Grandpré refuse de considérer la défense d'erreur de fait parce que Kundeus n'a pas témoigné au soutien de celle-ci ou, en d'autres termes, il considère qu'il n'y a aucune preuve donnant ouverture à l'appréciation d'une erreur de fait. Le *ratio decidendi* de l'arrêt porterait uniquement sur une question de preuve et ne pourrait être cité comme une autorité définissant les conditions de recevabilité de l'erreur de fait. Mais la Cour d'appel d'Ontario, dans l'arrêt *Couture*,²¹⁴ considère l'arrêt *Kundeus* comme une autorité exigeant que l'erreur de fait de l'accusé rende son acte tout à fait innocent.

S'il faut considérer l'arrêt *Kundeus* comme une autorité définissant les règles du transfert d'intention, la solution préconisée apparaît inacceptable car elle repose en définitive sur une conception purement objective de la culpabilité: Kundeus voulant vendre de la mescaline

²¹² *Ibid.*

²¹³ Voir texte *supra*, par. 221.

²¹⁴ *R. c. Couture*, (1977) 33 C.C.C. (2d) 74 (Ont. C.A.). Au même effet, *R. c. Futa*, [1976] 5 W.W.R. 173 (B.C.C.A.); voir également *R. c. Kelly*, [1977] C.S.P. 1033 (C.S.P. Qué.).

doit être trouvé coupable de vente de LSD, qui est une infraction plus grave, du seul fait que, voulant commettre l'une, il doit assumer le risque de commettre l'autre. La doctrine du transfert d'intention apparaît acceptable en principe et en pratique si le *mens rea* est imputé entre infractions de même gravité. C'est d'ailleurs la solution préconisée par le *Model Penal Code* de l'*American Law Institute* qui établit une règle ayant pour effet de placer, du point de vue de sa gravité, l'infraction réellement commise au rang de l'infraction que l'accusé croyait commettre:

*Bien que l'ignorance ou l'erreur eût procuré par ailleurs un moyen de défense contre l'infraction reprochée, ce moyen est irrecevable si le défendeur est coupable d'une autre infraction en admettant que la situation était telle qu'il le croyait. Toutefois, dans de telles circonstances, l'ignorance ou l'erreur du défendeur ramène la gravité de l'infraction dont il peut être déclaré coupable au niveau de l'infraction dont il serait coupable si la situation avait été telle qu'il la croyait être.*²¹⁵

Notons que le juge Laskin semble souhaiter qu'une solution logique, comme celle du *Model Penal Code*, fasse partie du droit canadien.²¹⁶ Mais, tant que le législateur n'adoptera pas une règle précise pour solutionner ces difficultés, la jurisprudence aura du mal à concilier les exigences du principe du *mens rea* et celles de l'efficacité de la justice.

225.- *L'appréciation de l'erreur de fait.* L'erreur de fait obéit à des règles différentes selon le régime de responsabilité applicable à l'infraction. On sait qu'elle ne constitue pas une défense à l'encontre d'une infraction de responsabilité absolue²¹⁷ ou pour laquelle le législateur l'exclut expressément;²¹⁸ elle est, au contraire, pertinente à l'infraction exigeant le *mens rea*, de même qu'à l'infraction de responsabilité stricte ou à celle dont la culpabilité est énoncée en termes de négligence.

226.- *L'erreur de fait et le mens rea.* La formulation traditionnelle de la règle déterminant la recevabilité de l'erreur de fait exige que celle-ci soit sincère et raisonnable:

²¹⁵ AMERICAN LAW INSTITUTE, *Model Penal Code, Proposed Official Draft*, Philadelphie, American Law Institute, 1962, art. 204(2): "Although ignorance or mistake would otherwise afford a defense to the offence charged, the defense is not available if the defendant would be guilty of another offence had the situation been as he supposed. In such case, however, the ignorance or mistake of the defendant shall reduce the grade or degree of the offence of which he may be convicted to those of the offence of which he would be guilty had the situation been as he supposed."

²¹⁶ *R. c. Kundeus*, précité, note 207, 281.

²¹⁷ Voir texte *supra*, par. 126.

²¹⁸ Voir, par exemple, l'article 146 C. cr.

[...] l'absence de mens rea consiste en une croyance sincère et raisonnable de la part de l'accusé dans l'existence de faits qui, eussent-ils existé, feraient de l'acte reproché un acte innocent.²¹⁹

Dans l'arrêt *Beaver*, toutefois, la Cour suprême a modifié cette règle de manière à faire porter le critère sur le caractère sincère de la croyance en reléguant la question des motifs raisonnables au plan de la preuve:

[...] la question fondamentale est de savoir si la croyance de l'accusé est sincère et [...] l'existence ou l'absence de motifs raisonnables est simplement un élément de preuve pertinent dont le juge des faits doit tenir compte au moment de trancher la question.²²⁰

Cela veut dire qu'il suffit en principe que la croyance soit sincère pour qu'elle constitue une défense. L'existence ou l'absence de motifs raisonnables n'intervient que dans l'appréciation de la crédibilité de la version de l'accusé. L'erreur de fait s'apprécie donc subjectivement et non objectivement. Dans l'arrêt *Sault Ste-Marie*,²²¹ la Cour suprême distingue d'ailleurs la responsabilité fondée sur le *mens rea* de celle mettant en cause la négligence en fonction du caractère subjectif de la première et du caractère objectif de la seconde.

Nous avons vu que l'erreur découlant d'un aveuglement volontaire ne saurait, par hypothèse, être considérée comme sincère.²²² En revanche, celle qui est attribuable à la simple négligence, à savoir l'omission d'exercer la prudence d'une personne raisonnable dans les circonstances, détruit le *mens rea*.²²³ De la même

²¹⁹ *Bank of New South Wales c. Piper*, précité, note 204, 389-390: "[...] the absence of mens rea really consists in an honest and reasonable belief entertained by the accused of the existence of facts which, if true, would make the act charged against him innocent." Voir aussi *R. c. Tolson*, précité, note 204.

²²⁰ *Beaver c. R.*, précité, note 203, 538: "[...] the essential question is whether the belief entertained by the accused is an honest one and [...] the existence or non-existence of reasonable grounds for such belief is merely relevant evidence to be weighed by the tribunal of fact in determining the essential question"; voir aussi *Papajohn c. R.*, [1980] 2 R.C.S. 120; *D.P.P. c. Morgan*, [1976] A.C. 182 (H.L.); *Bresse c. R.*, [1978] C.A. 443 (C.A. Qué.); *R. c. Plummer and Brown*, (1975) 31 C.R.N.S. 220 (Ont. C.A.).

²²¹ *R. c. Sault Ste-Marie*, [1978] 2 R.C.S. 1299, 1309-1310.

²²² Voir texte *supra*, par. 108; voir *R. c. Stone*, (1978) 40 C.C.C. (2d) 241 (Ont. C.A.). Dans cette affaire, le juge de première instance avait appliqué le critère suivant dans une affaire de fraude, pour conclure à la culpabilité (à la p. 242): "[the accused] was aware or wilfully closed his eyes to what he should have been aware of". La Cour d'appel réitère que l'ignorance due à la négligence ne peut être assimilée à la connaissance ni à l'aveuglement volontaire. Voir aussi *R. c. Currie*, (1975) 24 C.C.C. (2d) 292 (Ont. C.A.); *R. c. F.W. Woolworth Co. Ltd.*, (1974) 18 C.C.C. (2d) 23 (Ont. C.A.).

²²³ *R. c. Sault Ste-Marie*, précité, note 221, 1310; voir par exemple *R. c. Stone*, précité, note 222.

manière, l'erreur provoquée par l'intoxication volontaire n'a pas d'effet disculpatoire, sauf si elle est pertinente à une intention spécifique.²²⁴

Dans l'infraction criminelle, l'accusé bénéficie en principe du doute raisonnable sur l'appréciation de l'erreur de fait sauf, évidemment, si le texte d'incrimination en fait inculper la preuve à l'accusé.²²⁵ En ce qui concerne l'infraction réglementaire exigeant le *mens rea*, il semble que l'accusé soit tenu, selon l'arrêt *Strasser c. Roberge*,²²⁶ de prouver l'erreur par prépondérance de preuve.

227.- *L'erreur de fait et la négligence.* L'infraction définie de manière à faire de la négligence le critère de la culpabilité — par l'expression "il (l'accusé) aurait dû savoir" — admet la défense d'erreur de fait, si celle-ci est pertinente et raisonnable.²²⁷ De la même manière, un certain nombre de textes d'incrimination du Code criminel exigent une croyance fondée sur des motifs raisonnables.²²⁸ Enfin, l'infraction réglementaire de responsabilité stricte repose sur la négligence.²²⁹ Celle-ci s'apprécie en fonction d'une norme objective — la conduite d'une personne raisonnable dans les circonstances. L'accusé est jugé ici en fonction des connaissances et de la prudence qu'aurait eues une personne raisonnable dans les circonstances. En conséquence, il ne peut se disculper que s'il montre que son erreur est telle qu'une personne raisonnable l'aurait commise dans les circonstances.

Par ailleurs, la négligence en tant qu'élément d'une infraction criminelle est en principe à la charge de la poursuite; l'accusé bénéficie donc à cet égard du doute raisonnable. Toutefois, si l'infraction est de nature réglementaire, la négligence peut être un élément de l'infraction, soit d'une manière expresse, soit d'une manière implicite.²³⁰ Dans ce dernier cas, on sait qu'il incombe à l'accusé de se disculper en réfutant, par une preuve prépondérante, l'imputation de négligence.²³¹ Si toutefois la négligence est prévue expressément, il y a lieu de penser, même en l'absence d'autorité sur ce point, que les tribunaux feront également supporter par l'accusé l'obligation de convaincre

²²⁴ Voir texte *supra*, par. 192.

²²⁵ Voir par exemple art. 253 C. cr.

²²⁶ *Strasser c. Roberge*, [1979] 2 R.C.S. 953, 979 (Juge Bectz); voir texte *supra*, par. 122.

²²⁷ Voir par exemple la trahison, art. 46(2) b) C. cr.; le meurtre, art. 212 c) C. cr.; le complot et l'incitation en tant que modes de participation criminelle, arts 21(2) et 22(2) C. cr.

²²⁸ Voir par exemple la transmission de maladie vénérienne, art. 253(2) C. cr.; la bigamie, art. 254(2) C. cr.

²²⁹ Voir texte *supra*, par. 122.

²³⁰ Voir texte *supra*, par. 90.

²³¹ Voir texte *supra*, par. 123.

qu'il n'a pas été négligent. Cela tient à deux arguments. D'abord, la nature de la négligence fait en sorte qu'elle s'infère de la preuve du comportement même de l'accusé; il en résulte, en tout état de cause, une obligation pour l'accusé de présenter une preuve susceptible de la réfuter.²³² Ensuite, l'arrêt *Strasser c. Roberge*²³³ nous fournit un argument pour soutenir que l'accusé doit assumer le fardeau de persuasion. L'opinion exprimée par le jugement de la majorité voulant que la Couronne n'ait pas à assumer le fardeau de preuve de l'élément intentionnel qui serait une composante d'une infraction réglementaire, on peut en effet penser que, *a fortiori*, l'élément "négligence" stipulé pour une infraction réglementaire n'aurait pas à être établi par la poursuite; tout au plus l'accusé pourrait-il se disculper en prouvant, par une preuve prépondérante, qu'il n'a pas été négligent.²³⁴

B. L'accident

228.- *Notion.* L'accident est le fait qui survient inopinément. Il peut expliquer un acte — A qui marche près de V frappe ce dernier en faisant une chute sur un trottoir glacé — ou ce qui semble être la conséquence d'un acte — A cause la mort de V dans le cours d'une activité légitime (v.g. conduite automobile sans négligence de sa part). On dira que la mort de V est accidentelle pour signifier qu'elle était imprévisible dans les circonstances.

En effet, dire d'une conséquence qu'elle est accidentelle, c'est affirmer qu'elle n'a été ni voulue, ni prévue comme telle. La défense d'accident est, en fait, une défense d'absence de *mens rea*. Aussi, pour qu'elle soit recevable, faut-il que l'accident soit pertinent dans le contexte de l'infraction. Il faut donc étudier chaque cas à son mérite.

229.- *L'erreur sur l'identité de la victime.* Supposons que A vise W et atteigne "accidentellement" V. La pertinence de l'accident sur l'infraction dépend de la nature du *mens rea* requis par celle-ci. En principe, comme l'intention spécifique exige le désir du résultat ou tout au moins la prévision de la réalisation quasi certaine de celui-ci,²³⁵ A ne peut être trouvé coupable d'un crime d'intention sur la personne de V que dans des circonstances où son acte visant W englobe V. Ce serait le cas, par exemple, si A, pour tuer sa femme, faisait exploser un avion, tuant ainsi d'autres passagers. La loi définissant le meurtre²³⁶ et les voies de fait avec intention de blesser²³⁷

²³² Voir texte *supra*, par. 109.

²³³ Voir texte *supra*, note 226.

²³⁴ Voir texte *supra*, par. 123.

²³⁵ Voir texte *supra*, par. 93 à 95.

²³⁶ Art. 212b) C. cr.

²³⁷ Art. 228 C. cr.

rend non pertinente l'erreur sur l'identité de la victime, facilitant ainsi la preuve de la poursuite. En l'absence de dispositions expresses cependant, le "transfert" de l'objet d'une intention spécifique poserait des difficultés sauf, évidemment, dans l'hypothèse où l'accusé a prévu la réalisation quasi certaine du résultat. Mais on ne pourrait parler d'accident dans ce cas.

D'autre part, les crimes d'intention générale se prêtent au transfert du résultat. Par exemple, A destine un coup de poing à W, manque sa cible, et frappe V. Il est accusé de voies de fait sur V.²³⁸ Il est coupable, même s'il explique qu'il voulait frapper W. Les voies de fait sont, en effet, un crime d'intention générale ou d'insouciance, c'est-à-dire que la conséquence n'est pas pertinente à l'infraction. Il suffit que A ait appliqué la force d'une manière intentionnelle, ce qu'il a fait.²³⁹ On peut aussi voir la situation sous l'angle de l'insouciance et se demander si A a prévu et assumé le risque de frapper V.²⁴⁰

Williams pose la condition que le "transfert" se fasse "dans les limites d'un même crime",²⁴¹ condition qu'approuve la jurisprudence.²⁴² Supposons que A lance une roche dans le but de briser un feu de circulation et blesse un piéton. Il avait le *mens rea* correspondant à l'*actus reus* de méfait²⁴³ mais commet ce qui semble être des voies de fait.²⁴⁴ Selon la restriction suggérée par Williams, A devrait être acquitté de l'accusation de voies de fait parce que le crime qu'il a effectivement commis est d'une nature différente de celui qu'il voulait commettre.²⁴⁵

En effet, l'infraction de voies de fait exige que l'accusé applique d'une manière intentionnelle la force contre la personne d'autrui, ce qui n'est pas le cas dans notre hypothèse, dans la mesure où A ne prévoit qu'un dommage à un bien.²⁴⁶

230.- *Accident et homicide.* En matière d'homicide, la défense d'accident suppose que la mort n'a pas été causée par un acte illégal ou

²³⁸ Art. 245 C. cr.

²³⁹ *R. c. Deakin*, (1974) 16 C.C.C. (2d) 1 (Man. C.A.), qui applique une jurisprudence constante depuis 1825; *R. c. Hunt*, (1825) 168 E.R. 1198; *R. c. Latimer*, [1886-90] All. E.R. 386 (C.C.R.).

²⁴⁰ Voir Alan W. MEWETT, Morris MANNING, *Criminal Law*, Toronto, Butterworths, 1978, pp. 275-278.

²⁴¹ G.L. WILLIAMS, *Criminal Law, The General Part*, *op. cit.*, note 13, p. 128.

²⁴² *R. c. Deakin*, précité, note 239, 5 et 10.

²⁴³ Art. 386 C. cr.

²⁴⁴ Il serait plus simple de l'accuser de négligence criminelle s'il y a lésions corporelles (art. 204 C. cr.), vu l'approche particulière des tribunaux quant au *mens rea* de cette infraction. Voir texte *supra*, par. 97.

²⁴⁵ Voir également J.C. SMITH, B. HOGAN, *op. cit.*, note 17, pp. 59-61.

²⁴⁶ Voir *R. c. Pembrton*, [1874-80] All. E.R. 1163.

par négligence criminelle.²⁴⁷ En effet, dès que l'homicide est causé par un acte illégal, c'est-à-dire un acte contraire à la loi criminelle et dangereux pour la personne,^{247a} il y a homicide coupable, sans égard à la question de savoir si l'auteur de l'acte en question a prévu ou non le risque encouru. En ce qui concerne la négligence criminelle, comme elle suppose chez l'auteur une insouciance déréglée et téméraire pour la vie et la sécurité des personnes, elle exclut du même coup l'accident qui, par hypothèse, est imprévisible.²⁴⁸

§ 7. LA DILIGENCE RAISONNABLE

231.- *Les clauses de diligence raisonnable.* Plusieurs lois prévoient spécifiquement que l'accusé peut éviter la responsabilité pénale en montrant qu'il a apporté une diligence raisonnable dans l'exercice de l'activité visée par l'infraction.²⁴⁹ Dans les lois provinciales, cette

²⁴⁷ *R. c. Kolbe*, (1974) 27 C.R.N.S. 1 (Alta. S.C. App. Div.); voir aussi *R. c. Tennant et Naccarato*, (1976) 23 C.C.C. (2d) 80 (Ont. C.A.); *Arthurs c. R.*, [1974] R.C.S. 287; *Leblanc c. R.*, [1977] 1 R.C.S. 339.

^{247a} *R. c. Larkin*, (1942) 29 Cr. App. R. 18 (Engl. C.C.A.); *D.P.P. c. Newbury*, [1977] A.C. 500 (H.L.).

²⁴⁸ Voir texte *supra*, par. 97.

²⁴⁹ La clause de diligence raisonnable apparaît dans quelque vingt lois particulières fédérales: *Loi sur l'aéronautique*, S.R.C. 1970, c. A-3, art. 17; *Loi sur les produits laitiers du Canada*, S.R.C. 1970, c. C-7, art. 21(3); *Loi sur l'immigration*, S.R.C. 1970, c. I-2, art. 49; *Loi sur la production de défense*, S.R.C. 1970, c. D-2, arts 21(5) et 22; *Loi de l'impôt sur les biens transmis par décès*, S.R.C. 1970, c. E-9, art. 50(3); *Loi sur les licences d'exportation et d'importation*, S.R.C. 1970, c. E-17, arts 20 et 21; *Loi sur la commercialisation du poisson d'eau douce*, S.R.C. 1970, c. F-13, art. 30(2); *Loi sur la production et la conservation du pétrole et du gaz*, S.R.C. 1970, c. O-4, art. 52; *Loi sur les produits antiparasitaires*, S.R.C. 1970, c. P-10, art. 10(2); *Loi sur l'indemnisation pour dommages causés par les pesticides*, S.R.C. 1970, c. P-11, art. 9(2); *Loi sur la quarantaine des plantes*, S.R.C. 1970, c. P-13, art. 10(2); *Loi sur les spécialités pharmaceutiques ou médicaments brevetés*, S.R.C. 1970, c. P-25, art. 17(1); *Loi sur la marine marchande au Canada*, S.R.C. 1970, c. S-9, art. 657; *Loi sur la prévention de la pollution des eaux arctiques*, S.R.C. 1970 (1er supp.), c. 2, art. 20(1); *Loi sur les ressources en eau au Canada*, S.R.C. 1970 (1er supp.), c. 5, art. 31; *Loi sur la sécurité des véhicules automobiles*, S.R.C. 1970 (1er supp.), c. 26, art. 18(1); *Loi sur les eaux intérieures du Nord*, S.R.C. 1970 (1er supp.), c. 28, art. 35; *Loi sur les dispositifs émettant des radiations*, S.R.C. 1970 (1er supp.), c. 34, art. 13(1); *Loi sur le poisson salé*, S.R.C. 1970 (1er supp.), c. 37, art. 29(2); *Loi sur l'étiquetage des textiles*, S.R.C. 1970 (1er supp.), c. 46, art. 13(1); *Loi sur la lutte contre la pollution atmosphérique*, S.C. 1970-71-72, c. 47, art. 36; *Loi sur les offices de commercialisation des produits de ferme*, S.C. 1970-71-72, c. 65, art. 38(2); *Loi sur l'emballage et l'étiquetage des produits de consommation*, S.C. 1970-71-72, c. 41, art. 21(1); *Loi des aliments et drogues*, S.R.C. 1970, c. F-27, art. 29(1) b); *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions*, S.R.C. 1970, c. C-23, art. 37(2). Cette liste a été établie par la COMMISSION DE REFORME DU DROIT DU CANADA, *Etudes sur la responsabilité stricte*, Ottawa, Information Canada, 1974, p. 268.

excuse est souvent désignée par l'expression "excuse de bonne foi".²⁵⁰ Le Code criminel prévoit également des moyens de défense qui peuvent être assimilés à la diligence raisonnable.²⁵¹ Parmi les clauses de diligence raisonnable, il faut distinguer entre les clauses générales et les clauses spécifiques. Les premières font tout simplement état de la possibilité pour le prévenu de se disculper en prouvant diligence raisonnable ou absence de négligence de sa part, sans définir en quoi consiste la diligence raisonnable.²⁵² Elles s'assimilent, quant à leur contenu, à la défense de *Common Law* de diligence raisonnable. Les secondes donnent un contenu précis à la diligence raisonnable en spécifiant les mesures qui doivent être prises dans l'activité visée par la loi, de manière à échapper à la responsabilité découlant de l'infraction.²⁵³

232.- *Diligence raisonnable de Common Law.* Les infractions de responsabilité stricte imposent au prévenu l'obligation de se disculper par la preuve d'une erreur de fait raisonnable ou encore d'une diligence raisonnable.²⁵⁴ Cette défense est une création de la jurisprudence, dont la portée s'apprécie en fonction de chaque infraction.

233.- *La notion de diligence raisonnable.* La diligence raisonnable de *Common Law* est simplement la preuve que l'accusé a satisfait à son obligation de prudence. La conduite de l'accusé doit, dès lors, être appréciée d'après la norme de la personne raisonnable placée dans sa situation. Ainsi, le critère d'appréciation de la faute est objectif en ce sens que l'accusé est jugé d'après la prudence, les connaissances et les aptitudes qu'il est censé avoir en tant que personne raisonnable. Il doit, en conséquence, montrer quelles précautions il a prises dans l'exercice de l'activité qui a donné lieu à l'infraction. Le tribunal juge ensuite, du point de vue de l'intérêt de la société, si ces précautions sont raisonnablement suffisantes pour maintenir l'exercice de l'activité réglementée dans un cadre légitime. Les infractions de négligence ont donc pour effet d'imposer aux justiciables un devoir de prudence dans l'exercice d'activités légitimes.

En effet, l'automobiliste, le chasseur, le commerçant, l'industriel qui exercent une activité légitime et nécessaire à la société, ne doivent pas être placés dans une situation où ils doivent assumer, du seul fait qu'ils exercent cette activité, le risque de commettre des infractions,

²⁵⁰ V.g. *Loi sur la protection du consommateur*, L.R.Q. 1977, c. P-40, art. 113.

²⁵¹ Art. 243 C. cr., envoyer en mer un navire non navigable; art. 267 C. cr., responsabilité du propriétaire d'un journal qui publie un libelle diffamatoire.

²⁵² V.g. art. 267 C. cr.

²⁵³ V.g. art. 37.3(2) de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions*, précitée, note 249, tel que modifiée par S.C. 1974-75-76, c. 76.

²⁵⁴ R. c. *Sault Ste-Marie*, précité, note 221; voir texte *supra*, par. 122 et 227.

comme c'est le cas sous le régime de la responsabilité absolue.²⁵⁵ En revanche, ils doivent répondre des infractions attribuables à leur négligence, c'est-à-dire de celles qu'ils auraient pu prévenir par l'exercice d'une prudence ou la mise en oeuvre de précautions propres à la nature de l'activité qu'ils exercent.²⁵⁶

Lorsqu'une clause de diligence raisonnable spécifie les mesures que le prévenu doit avoir prises pour éviter l'infraction, le tribunal doit donner effet à cette clause et exiger que la diligence raisonnable soit prouvée dans tous les éléments spécifiés par la loi. Il peut ainsi arriver qu'un prévenu montre l'exercice de sa part d'une diligence qui serait raisonnable aux yeux du juge, mais qui ne satisfait pas les conditions prévues par la loi. En effet, la loi peut ajouter des conditions particulières à la diligence raisonnable et ainsi écarter la diligence raisonnable de *Common Law*.²⁵⁷

234.- *Diligence raisonnable et responsabilité du fait d'autrui*. La diligence raisonnable est également une défense pour la personne à qui l'on veut imputer une responsabilité en raison de l'acte d'un tiers. C'est le cas notamment de l'employeur, personne physique ou morale, qui est poursuivi pour l'infraction commise par un employé dans le cours de son travail. La recevabilité de la défense est, dans ce cas, subordonnée à deux conditions. D'abord, l'infraction doit avoir été commise contre le gré de l'employeur et, ensuite, en dépit des mesures préventives destinées à éviter sa commission (v.g. directives aux employés, mise en place d'un système de contrôle). La responsabilité stricte a donc pour effet pratique d'éliminer la responsabilité du fait d'autrui,²⁵⁸ à moins que celle-ci ne soit prévue spécifiquement par le texte créateur de l'infraction.

235.- *Diligence raisonnable et nécessité*. La diligence raisonnable n'a rien de commun avec la nécessité. Celle-ci implique un choix chez l'agent de commettre l'infraction pour éviter un mal plus grand.²⁵⁹ Par la diligence raisonnable, au contraire, l'agent cherche à montrer que l'infraction a été commise à son insu ou en dépit de sa vigilance.

²⁵⁵ Voir *R. c. Chapin*, [1979] 2 R.C.S. 121; voir texte *supra*, par. 90.

²⁵⁶ Voir par exemple *R. c. Grotoli*, (1978) 43 C.C.C. (2d) 158 (Ont. C.A.); *Piché c. P.G. Québec*, J.E. 80-574 (C.A. Qué.); *Piette c. Electro Metallurgie SKW Canada Ltée*, J.E. 81-26 (C.S.P. Qué.); *J.E. Verreault & Fils Ltée c. Fortin*, J.E. 80-431 (C.S. Qué.); *P.G. Québec c. Price*, J.E. 80-550 (C.S.P. Qué.); *R. c. Produits Lanover Inc.*, J.E. 80-972 (C.S.P. Qué.).

²⁵⁷ Voir par exemple *R. c. Consumers Distributing Co. Ltd.*, (1981) 57 C.C.C. (2d) 317 (Ont. C.A.).

²⁵⁸ *R. c. Sault Ste-Marie*, précité note 221, 1331; voir aussi *Tesco Supermarkets Ltd c. Natrass*, [1972] A.C. 153 (H.L.); *R. c. General Nutrition Canada Ltd.*, J.E. 81-27 (C.S.P. Qué.).

²⁵⁹ Voir texte *infra*, c. V, § 7.

Par exemple, l'entrepreneur qui se voit contraint par les circonstances du marché d'embaucher une main d'oeuvre non qualifiée²⁶⁰, ou le transporteur aérien qui prétexte une urgence pour approvisionner une localité éloignée sans avoir obtenu de permis à cet effet,²⁶¹ ne peuvent invoquer une défense de diligence raisonnable. En effet, ils ne peuvent prétendre avoir pris les précautions raisonnables en vue d'éviter la commission de l'infraction. Ils choisissent plutôt de poursuivre leurs activités commerciales ou professionnelles en passant outre aux lois régissant celles-ci. L'entrepreneur ou le commerçant peut sans doute être porté à croire que la poursuite de son entreprise ou de son commerce est un intérêt supérieur à l'obéissance aux lois; mais on comprendra que les tribunaux ne veuillent pas entériner à la légère des choix de cet ordre.

²⁶⁰ *Fondation Richard Lamer Inc. c. Office de la Construction du Québec*, précité, note 30.

²⁶¹ *R. c. Gayle Air Ltd. and Belluz*, précité, note 30.

CHAPITRE V

Les faits justificatifs

236.- *Fait justificatif et responsabilité.* Le fait justificatif enlève à la conduite visée tout caractère répréhensible. Une conduite justifiée est une conduite permise. Supposons par exemple que A, accusé de voies de fait, plaide légitime défense. Il revendique, ce faisant, le droit que lui reconnaît la loi de se protéger contre un agresseur, à supposer, évidemment, qu'il y ait eu nécessité. De la même manière, l'agent de la paix qui invoque une justification découlant de l'exécution de la loi affirme qu'il a fait son devoir. Aussi le fait justificatif a-t-il pour effet de mettre celui qui en bénéficie à l'abri non seulement de la responsabilité pénale, mais également de la responsabilité civile, du fait que l'acte justifié est un acte permis par la loi. Cette idée que la justification vaut non seulement pénalement mais aussi civilement, vient du *Common Law* et a souvent été affirmée par la jurisprudence.¹

237.- *La raison d'être du fait justificatif.* Le fait justificatif découle de la nécessité. En ce qui concerne la légitime défense des personnes et des biens, la loi reconnaît le droit naturel de toute personne de défendre son intégrité physique, sa vie ou sa propriété, contre une attaque illégale.² Le fait justificatif découlant de l'ordre de la loi se fonde également sur la nécessité: "La loi justifie ce qu'elle commande".³ Dans certaines circonstances, la nécessité est elle-même une loi qui peut entrer en conflit avec une loi positive. Il s'agit alors de la défense de nécessité, dont la jurisprudence n'a pas fixé, de manière précise, les conditions de recevabilité. Du reste, ce moyen de défense peut difficilement être classé exclusivement soit comme une excuse, soit comme une justification.⁴

238.- *Le fait justificatif et la loi.* Le fait justificatif vient de la loi, en ce sens qu'il résulte d'une norme ou d'une valeur reconnue par la loi et

¹ *Green c. Pike and Bagley*, (1953) 16 C.R. 354 (Man. Q.B.); *R. Doyle*, (1921) 35 C.C.C. 6 (Sask. C.A.); *Plested c. McLeod*, (1910) 12 W.L.R. 700 (Sask. C.A.); *Priestman c. Colangelo et al.*, [1959] R.C.S. 615.

² Rapport des Commissaires impériaux, *English Draft Code*, cité dans J.C. MARTIN, *The Criminal Code of Canada with Annotations and Notes*, Toronto, Cartwright & Sons Ltd., 1955, p. 111: "There can be no doubt that a man is entitled to preserve his own life and limb; and on this ground he may justify much that would otherwise be punishable."

³ Art. 25 C. cr.

⁴ Voir texte *infra*, par. 286.

qui a pour effet de restreindre le champ d'application d'une prohibition. Par exemple, la loi criminelle protège l'intégrité des personnes à travers de nombreuses prohibitions: meurtre, voies de fait, etc. Celui qui agit en légitime défense agit conformément à cette valeur en protégeant sa vie ou son intégrité corporelle contre une agression. De la même manière, l'acte posé dans l'exécution de la loi est un acte conforme aux valeurs privilégiées par celle-ci. La prohibition des voies de fait, par exemple, doit en conséquence s'entendre d'une application intentionnelle de la violence qui n'est pas nécessaire à la légitime défense ou à l'exécution de la loi.⁵ En d'autres termes, le fait justificatif a pour effet de nier l'illégalité de la conduite. La partie générale du Code criminel définit les faits justificatifs d'application générale. Ce sont la légitime défense, la défense des biens, l'exécution de la loi, l'obéissance à l'autorité, l'exercice du droit de discipline et la justification thérapeutique. Ces faits justificatifs sont pertinents à l'infraction selon la nature de celle-ci même si le texte créateur de l'infraction n'en fait pas mention. Ils sont sous-entendus par le texte d'incrimination. En pratique, cependant, les textes d'incrimination y réfèrent explicitement en faisant une condition de l'infraction que la conduite visée soit illégale⁶ ou «sans justification».⁷

La loi prévoit également des justifications particulières que nous traitons dans un chapitre distinct.⁸ Nous ne voyons ici que les justifications d'application générale.

§ 1. LA LÉGITIME DÉFENSE

239.- *Introduction.* La légitime défense est une forme de nécessité découlant de l'instinct de conservation.⁹ On s'attend en effet à ce que la personne menacée réagisse de manière à sauvegarder sa vie et son intégrité physique en allant, au besoin, jusqu'à supprimer la menace. En principe, la loi privilégie ainsi la sauvegarde de l'agressé, en considérant que l'agresseur se place, par sa conduite illégale, hors de la protection de la loi. En pratique cependant, la légitime défense n'a pas le caractère absolu que lui donne la position de principe.

Le *Common Law*, du moins en matière d'homicide, était à l'origine très restrictif: l'homicide commis en légitime défense était tout au plus excusable c'est-à-dire que, pour éviter tout châtement,

⁵ Voir George P. FLETCHER, *Rethinking Criminal Law*, Boston, Little, Brown and Company, 1978, pp. 759 et ss.

⁶ V.g. homicide coupable (art. 205(5) a) C. cr.).

⁷ V.g. libelle (art. 262(1) C. cr.); méfait (art. 386(2) C. cr.).

⁸ Voir texte *infra*, c. VI.

⁹ Cf. *supra*, note 2.

l'auteur devait obtenir le pardon du roi.¹⁰ Même si, par la suite, la légitime défense en est venue à être considérée comme une défense complète, la jurisprudence a fixé des conditions d'application précises.

Le Code criminel reconnaît le droit de légitime défense et en fait explicitement une justification. Il prévoit les conditions d'exercice de ce droit selon deux situations. D'une part, l'article 34 prévoit la légitime défense contre une attaque sans provocation et, d'autre part, l'article 35 définit les conditions auxquelles l'agresseur peut lui-même invoquer la légitime défense.

A. Notions générales

240.- *Force préventive et défensive.* La légitime défense n'existe qu'à l'encontre d'une attaque illégale. L'attaque est définie par l'article 244 C. cr. qui codifie les notions de *Common Law* d'*assault* et de *battery*.¹¹

Il y a "attaque" dès lors qu'il y a, soit application effective de la violence à la personne d'autrui, soit un geste suscitant la crainte raisonnable sans qu'il y ait dans l'immédiat application effective de la violence. La condition minimale de l'attaque réside donc dans un geste constituant une menace de violence immédiate. Des paroles ne constituent pas à elles seules une attaque.¹² Une insulte ne peut donc, en soi, donner ouverture au droit de légitime défense.¹³

Il n'y a ouverture à légitime défense que s'il y a menace immédiate ou application effective de la force puisque c'est là la notion d'attaque. Dans ce cas, la légitime défense autorise le recours à la force défensive. Toutefois, le Code criminel permet non seulement de "repousser la violence par la violence" (art. 34(1)), mais aussi d'employer la force "pour prévenir l'attaque ou sa répétition" (art. 37). Les faits de l'arrêt *Lowther*¹⁴ donnent un exemple de l'interaction

¹⁰ Sir James Fitzjames STEPHEN, *A History of the Criminal Law of England*, Vol. 3, 1ère éd., London, 1883, New York, Burt Franklin, 1964, p. 41.

¹¹ Le premier est la tentative, par un acte ou un geste, d'appliquer la force ou la violence contre la personne d'autrui de la part d'une personne qui est en mesure actuelle, ou qui porte la victime à croire raisonnablement qu'elle est en mesure actuelle, d'accomplir son dessein (art. 244 b) C. cr.). Le deuxième est l'application intentionnelle, directe ou indirecte, de la force ou de la violence sur autrui sans son consentement ou avec son consentement obtenu par fraude (art. 244 a) C. cr.). Il n'y a plus lieu de distinguer ces deux notions parce que le Code criminel les englobe dans la définition de voies de fait ou d'attaque.

¹² Art. 244 a) C. cr.; *R. c. Byrne*, [1968] 3 C.C.C. 179 (B.C.C.A.).

¹³ Les paroles peuvent toutefois donner lieu à des incriminations particulières exorbitantes à la notion de voies de fait, telles l'intimidation (art. 381(1) b) C. cr.), les menaces (art. 331 C. cr.), l'extorsion (art. 305 C. cr.). En plus, l'insulte peut donner ouverture à la défense de provocation (art. 215 C. cr.); voir texte *infra*, par. 310.

¹⁴ *Lowther c. R.*, (1957) 26 C.R. 150 (C.A. Qué.).

des articles 34, paragraphe 1 C. cr. et 37 C. cr. Lowther était accusé de meurtre. Il plaidait légitime défense à partir des faits suivants: pendant dix-huit mois, la victime l'avait menacé constamment et avait même tenté de le tuer. La preuve montrait que le matin même du meurtre, Lowther avait été menacé. Lowther, qui avait, à plusieurs reprises mais en vain, demandé la protection de la police, a tué la victime par crainte qu'elle ne mette ses menaces à exécution. Le juge de première instance a donné au jury des directives selon lesquelles la preuve ne donnait pas ouverture à la légitime défense du fait que le meurtre avait été commis délibérément et en l'absence d'une situation de nécessité. La Cour d'appel a ordonné un nouveau procès au motif suivant:

Le savant juge avait sans aucun doute raison dans son interprétation de l'art. 34 qui parle de "repousser la force par la force" [...] mais il a oublié le texte de l'article 37 [...]. Compte tenu des termes de cet article qui doit de toute évidence se lire avec l'art. 34, je suis incapable de dire qu'il y a absence de preuve à l'effet que l'appelant ait agi pour prévenir l'attaque ou sa répétition, et la question de savoir si c'est le cas ou non est une question de fait de la compétence du jury.¹⁵

Selon cette interprétation de l'article 37 C. cr., il n'est pas nécessaire que l'attaque ait effectivement lieu pour que naisse le droit de légitime défense puisque l'accusé peut employer la force pour la prévenir ou en empêcher la répétition.

La légitime défense ne peut être invoquée à l'encontre d'actes tels que l'arrestation ou la perquisition, qui sont autorisés par la loi, ni à l'encontre de l'application de la force nécessaire à leur accomplissement.

241.- *Légitime défense et résistance à l'exécution de la loi.* Non seulement l'acte posé dans l'exécution de la loi est-il protégé par une justification mettant son auteur à l'abri de la responsabilité criminelle, mais encore la loi incrimine-t-elle la résistance ou l'entrave apportée aux actes nécessaires à son application.¹⁶ Elle considère également comme des voies de fait aggravées toute attaque livrée contre un agent

¹⁵ *Id.*, 162-163 (j. Hyde): "While the learned judge was no doubt correct in so far as he was interpreting s. 34 which speaks of "repelling force with force" and "repelling the assault", [...] he has ignored the terms of s. 37. [...] Having regard to its terms which must, of course, be read in conjunction with s. 34, I am unable to say that there is no evidence at all that appellant acted to prevent "assault or the repetition of it" and whether he did so or not was a question of fact for the jury."

¹⁶ Art. 118 a) C. cr.; *R. c. Biron*, [1976] 2 R.C.S. 56; *Moore c. R.*, [1979] 1 R.C.S. 195.

de la paix ou un fonctionnaire public dans l'exercice de leurs fonctions.¹⁷

D'autre part, l'emploi non justifié de la force constitue, par hypothèse, une attaque ou des voies de fait.¹⁸ La victime peut donc recourir à la légitime défense.¹⁹ Toutefois, le recours à la légitime défense (ou à la résistance) dans l'hypothèse de l'emploi non justifié de la force se prête rarement à une solution de principe. En effet, la loi et les tribunaux y apportent des réserves. La légalité de l'action de l'agent de la paix, par exemple une arrestation, s'apprécie d'après les motifs plausibles que celui-ci avait de croire qu'un individu commettait ou était sur le point de commettre une infraction,²⁰ et non d'après le verdict que le tribunal peut rendre sur l'accusation portée à la suite de l'arrestation. Il peut donc arriver qu'un individu, arrêté pour une infraction et qui résiste à l'arrestation, se croyant dans son bon droit, soit acquitté de l'infraction alléguée par le policier comme justifiant l'arrestation et trouvé coupable de résistance à l'agent.²¹ D'autre part, l'article 215, paragraphe 4 C. cr. empêche celui qui commettrait un homicide en résistant à une arrestation illégale d'invoquer la légitime défense; il pourrait tout au plus invoquer une défense de provocation s'il connaissait l'illégalité de l'arrestation.²² Il ne peut plaider légitime défense que si le policier savait qu'il agissait illégalement.²³ Cette disposition implique que la victime d'une arrestation illégale n'a qu'un droit de résistance modérée. Même dans l'hypothèse où la résistance est modérée, la jurisprudence met en général à la charge du prévenu de montrer l'illégalité de l'arrestation.²⁴

242.- *Légitime défense des tiers.* L'article 34 C. cr. confère à l'"innocente victime" d'une attaque le droit de se défendre. Cet article définit la légitime défense comme s'il s'agissait d'un droit purement personnel à la victime d'une attaque. Toutefois, l'article 37 C. cr. complète cette disposition en prévoyant expressément le droit des tiers d'assumer la protection d'une personne et d'exercer ainsi le droit de légitime défense au profit de cette dernière.²⁵ Il faut toutefois, aux termes de l'article, que l'accusé exerce ce droit au profit d'une

¹⁷ Art. 246(2) a) C. cr.; voir *R. c. McLeod*, (1955) 111 C.C.C. 106 (B.C.C.A.).

¹⁸ Arts 244-245 C. cr.

¹⁹ *R. c. Larham*, [1971] 4 W.W.R. 304 (B.C.C.A.); *Colet c. R.*, (1981) 57 C.C.C. (2d) 105 (C.S.C.).

²⁰ Art. 450(1) a) C. cr.

²¹ *R. c. Biron*, précité, note 16.

²² Voir texte *infra*, par. 310.

²³ *R. c. Harlton*, (1929) 51 C.C.C. 329 (Ont. S.C. App. Div.).

²⁴ *R. c. McDonald*, (1911) 18 C.C.C. 251 (B.C.S.C.); *R. c. King*, (1949) 95 C.C.C. 303 (Ont. C.A.); *R. c. Hurlen*, (1959) 123 C.C.C. 54 (Ont. C.A.); *R. c. Cook*, (1906) 11 C.C.C. 32 (B.C.C.C.); *R. c. Biron*, précité, note 16.

²⁵ *R. c. Wiggs*, [1931] 3 W.W.R. 52 (B.C.C.A.).

personne placée sous sa protection. Ce serait le cas, par exemple, des parents par rapport à leurs enfants. Si les personnes sont étrangères l'une à l'autre, le droit à la légitime défense est subordonné à celui d'arrêter l'auteur de l'infraction aux conditions prévues par l'article 25, paragraphe 3 C. cr. Dans l'arrêt anglais *Duffy*,²⁶ l'accusée plaidait légitime défense à l'encontre d'une accusation de voies de fait contre V, soutenant qu'elle avait agi pour défendre sa soeur d'une attaque de V. La Cour considère que l'accusée avait le droit d'employer la force pour défendre sa soeur, non pas parce que c'était sa soeur, mais bien parce qu'elle avait le droit de prévenir la perpétration d'une infraction. Ce pouvoir de prévention du crime est reconnu par l'article 30 C. cr., qui permet à toute personne d'intervenir pour prévenir la commission ou la répétition d'une violation de la paix, et par l'article 25 C. cr., qui justifie l'emploi de la force nécessaire à l'exécution de la loi.²⁷

B. La légitime défense contre une attaque sans provocation

243.- *Une attaque sans provocation.* Il s'agit ici de la légitime défense de la personne qui est victime d'une attaque illégale qu'elle n'a pas provoquée, soit par des coups, des paroles ou des gestes.²⁸

244.- *La défense nécessaire et proportionnée.* La règle fondamentale de la légitime défense autorise l'emploi de la force nécessaire et proportionnée à la menace. Le Code distingue, à cet égard, deux situations. L'article 34, paragraphe 1 C. cr. permet de repousser la force par la force à la condition que la riposte n'ait pas pour but d'infliger la mort ou des blessures et qu'elle n'excède pas ce que l'accusé peut raisonnablement croire être nécessaire à sa défense. L'article 34, paragraphe 2 C. cr. prévoit la situation où l'acte de défense a causé la mort ou une lésion corporelle grave. Dans ce cas, l'auteur reste dans les limites de la légitime défense s'il agit sous le coup d'une appréhension raisonnable de mort ou de blessures et s'il croit sincèrement qu'il ne peut autrement s'y soustraire. Il importe donc de distinguer les deux situations puisque les conditions d'application de la légitime défense prévues par les deux paragraphes de l'article 34 C. cr. sont différentes.

245.- *L'acte de défense n'a pas pour but d'infliger des blessures ou la mort.* L'article 34, paragraphe 1 C. cr. justifie la violence à deux conditions. Premièrement, l'agent n'a pas l'intention de tuer ou de blesser l'agresseur et, deuxièmement, la force qu'il emploie pour

²⁶ R. c. *Duffy*, [1966] Crim. L.R. 108 (Engl. C.C.A.).

²⁷ Voir texte *infra*, § 3.

²⁸ Art. 36 C. cr.

repousser l'attaque n'excède pas ce qu'il peut raisonnablement croire être nécessaire à sa défense. La première condition porte sur l'intention de l'agent dans l'emploi de la force et non sur le résultat de celle-ci. Ainsi, l'article 34, paragraphe 1 C. cr. n'est pas restreint aux seuls cas où l'acte de défense ne cause ni la mort ni une lésion grave. En effet, l'agent qui repousse une attaque sans vouloir tuer ou blesser son agresseur peut, inopinément, causer la mort ou une blessure. Si la force employée était proportionnée à la gravité de l'attaque, elle est justifiée:

Une personne qui, en se défendant contre une attaque qu'elle n'a pas provoquée, cause accidentellement la mort ou des blessures corporelles graves, sans avoir l'intention de causer la mort ou des blessures corporelles graves, est autorisée à invoquer l'art. 34(1). Si la force employée n'a pas excédé ce qui était nécessaire à la légitime défense, elle est justifiée en vertu de l'art. 34(1) et par conséquent légitime. Si une personne cause accidentellement la mort ou des blessures corporelles graves en posant un acte légitime, à la condition qu'il n'y ait pas de négligence criminelle, la mort ou les blessures sont causées accidentellement et il n'y a pas de responsabilité criminelle.²⁹

En d'autres termes, l'appréciation du caractère raisonnable de la force dépend de l'intention de l'agent et non du résultat de son acte. Cette appréciation se fait en fonction d'un critère qui n'est pas purement objectif. L'agent doit recourir à la violence dans une croyance subjective, fondée sur des motifs raisonnables, que celle-ci est nécessaire et qu'elle n'excède pas ce qui est nécessaire pour se défendre. L'erreur raisonnable de la part de l'agent sur l'appréciation de la nécessité n'a pas pour effet de le priver du bénéfice de la légitime défense. De la même manière, on ne peut attendre de l'agent qu'il mesure avec précision le degré de force nécessaire à sa défense. Le juge de fait apprécie la situation dans laquelle se trouvait l'accusé en fonction des réactions d'une personne raisonnable placée dans la même situation.³⁰ Cette appréciation porte tant sur l'état de nécessité que sur la nature de la force employée. En appréciant l'état de nécessité, c'est la crainte réelle et raisonnable que suscite l'attaque chez l'accusé qui

²⁹ *R. c. Baxter*, (1976) 27 C.C.C. (2d) 96, 110 (Ont. C.A.) (juge Martin): "A person defending himself against an unprovoked assault who did not intend to cause death or grievous bodily harm and who accidentally causes death or grievous bodily harm is entitled to invoke s. 34(1). If the force used was no more than was necessary for the purpose of self-defence, it is justifiable under s. 34(1), and hence lawful. If a person doing a lawful act accidentally kills or causes grievous bodily harm then (in the absence of criminal negligence) the death or grievous bodily harm is caused by misadventure or accident and no criminal liability is incurred".

³⁰ *Ibid.*

importe. Ainsi, il ne faut pas exiger que l'accusé soit plongé dans un état de terreur pour le considérer en situation de légitime défense:

Celui qui est attaqué par un autre n'a pas à être plongé dans un état de panique en résistant à l'attaque pour se prévaloir de la légitime défense à l'encontre d'une accusation de voies de fait [...] Il peut avoir une appréhension réelle et justifiable du danger qui le menace sans pour autant perdre le contrôle de ses actes, et cet état d'esprit le justifie d'employer la force pour résister à l'attaque pourvu que la force ne dépasse pas ce qui est nécessaire dans les circonstances.³¹

Également, l'agent n'est pas tenu d'attendre qu'un coup soit porté avant d'employer la force.³² L'appréciation du degré de force nécessaire se fait en fonction des circonstances, compte tenu de la pression que celles-ci exercent sur l'accusé:

Dans l'agonie de la situation faite à l'accusé par l'attitude et la conduite du plaignant, on peut dire comme le juge Hyndman dans R. c. Ogal [...] "Il ne lui était évidemment pas possible dans les circonstances de mesurer avec précision le degré de force nécessaire à sa protection".³³

L'appréciation du degré de force nécessaire se fait selon un critère mitigé: l'accusé doit croire sincèrement qu'il emploie une force proportionnée à la gravité de l'attaque. Toutefois, si l'accusé emploie une force excédant celle qu'il pouvait raisonnablement croire être nécessaire à sa défense, il perd le bénéfice de la légitime défense telle que définie par l'article 34, paragraphe 1 C. cr. et encourt une responsabilité en raison de l'excès de force.³⁴

246.- *L'acte de défense a pour but de causer des blessures ou la mort.* Le texte de l'article 34, paragraphe 2 C. cr. ne doit pas être pris à la lettre. Selon son libellé, il s'appliquerait uniquement à une situation où

³¹ R. c. *Antley*, [1964] 2 C.C.C. 142, 146 (Ont. C.A.) (juge Roach): "A person who is set upon by another need not be reduced to a state of frenzy in resisting the attack before self-defence is available to him as a defence to a charge of assault. [...] He may have a real and justifiable fear of the impending danger without losing his self-control and in that state of mind is justified in using force to resist the attack as long as it is not in excess of what is necessary in the circumstances."

³² Art. 37 C. cr.; R. c. *Antley*, précité, note 31; *Lowther c. R.*, précité, note 14.

³³ R. c. *Antley*, précité, note 31, 147: "In the agony of the situation in which he [l'accusé] was placed by the attitude and conduct of the complainant — to adopt the language used by Hyndman, J.A., [...] in *R. v. Ogal* [...] "It was, of course, not possible for him to measure with nicety just the amount of force necessary to protect himself, under all the attendant circumstances". Voir également *Cadwallader c. R.*, [1966] 1 C.C.C. 380 (Sask. Q.B.); R. c. *Preston*, (1953) 106 C.C.C. 135 (B.C.C.A.); R. c. *Matson*, (1971) 1 C.C.C. (2d) 374 (B.C.C.A.); R. c. *Baxter*, précité, note 29; R. c. *Bogue*, (1976) 30 C.C.C. (2d) 403 (Ont. C.A.).

³⁴ Voir texte *infra*, par. 248.

la personne, agissant en légitime défense, cause la mort ou une lésion corporelle grave en repoussant l'attaque:

Quiconque est illégalement attaqué et cause la mort ou une lésion corporelle grave en repoussant l'attaque, est justifié [...].

La Cour d'appel d'Ontario, s'appuyant sur une rédaction antérieure de cet article,³⁵ l'interprète comme s'il se lisait comme suit:

*Quiconque est illégalement attaqué, même s'il cause intentionnellement la mort de son agresseur ou lui cause intentionnellement une lésion corporelle grave [...] est justifié.*³⁶

Cette interprétation donne une fonction complémentaire aux deux paragraphes de l'article 34 C. cr. Ainsi, aux termes du paragraphe 2, l'accusé peut, en légitime défense, causer, même intentionnellement, la mort ou une lésion corporelle grave à son agresseur si sa conduite satisfait à deux conditions: premièrement, il doit agir sous le coup d'une appréhension raisonnable que la mort ou quelque lésion corporelle grave ne résulte de la violence de l'attaque dirigée contre lui,³⁷ et, deuxièmement, il doit croire sincèrement qu'il ne peut pas autrement se soustraire à la mort ou à des lésions corporelles graves.³⁸

La jurisprudence fait de la première condition une appréciation objective — toute personne raisonnable dans les circonstances aurait appréhendé la mort ou des lésions corporelles — et de la seconde, une appréciation subjective tempérée — l'accusé croit subjectivement à l'état de nécessité et sa croyance est supportée par des motifs raisonnables.³⁹

C. La légitime défense de celui qui a provoqué la violence

247.- *Une attaque provoquée.* L'article 35 C. cr. prévoit la légitime défense du provocateur. Il s'agit de celui qui provoque un autre par des coups, des mots ou des gestes⁴⁰ et qui se voit placé dans l'obligation de se défendre contre la riposte qu'il a provoquée. On conçoit donc que le Code criminel astreigne la légitime défense du provocateur à des conditions exigeantes.

³⁵ Art. 52(3) C. cr., S.R.C. 1927, c. 36.

³⁶ *R. c. Baxter*, précité, note 29, 110: "[...] a person who is unlawfully assaulted is justified even if he intentionally kills or intentionally causes bodily harm to his assailant [...]"

³⁷ Art. 34(2) a) C. cr.

³⁸ Art. 34(2) b) C. cr.

³⁹ *R. c. Baxter*, précité, note 29; *R. c. Bogue*, précité, note 33.

⁴⁰ Art. 36 C. cr.

En tout état de cause, pour que le provocateur puisse invoquer la légitime défense, il faut qu'il n'ait pas attaqué l'autre dans l'intention de causer la mort ou des lésions corporelles graves. Ensuite, il ne peut employer la force pour repousser la riposte que s'il appréhende raisonnablement la mort ou des lésions corporelles graves et s'il croit raisonnablement que cette force est nécessaire pour le soustraire à la mort ou à des lésions corporelles graves. Enfin, avant que n'ait surgi la nécessité de se soustraire lui-même à la mort ou à des lésions graves, il doit, d'une part, avoir refusé le combat ou tenté de s'en retirer et, d'autre part, il ne doit pas avoir tenté de causer la mort ou des blessures graves.

D. L'excès de force

248.- *Des solutions controversées.* Le principe relatif à l'usage d'une force excessive dans l'exercice du droit à la légitime défense est énoncé à l'article 37, paragraphe 2 C. cr.: l'infliction volontaire d'un mal ou dommage excessif échappe à la justification prévue par la loi. Cela découle de la double condition régissant l'emploi de la force en légitime défense — son caractère nécessaire et son degré proportionné. En principe, donc, l'emploi d'une force nécessaire mais non proportionnée est illégal. Par exemple, si A se défend contre une attaque menée par V, il y a légitime défense s'il emploie la force à l'encontre d'une attaque réelle ou raisonnablement appréhendée et s'il emploie une force qu'il croit subjectivement proportionnée à la situation; s'il emploie une force excédant celle qu'il pouvait raisonnablement croire être nécessaire dans les circonstances, il perd le bénéfice de la justification.

Toutefois, dans l'état actuel de la jurisprudence, le sort de l'accusé qui a commis un excès de force est sujet à controverses. La jurisprudence anglaise écarte la justification estimant que l'excès de force laisse entière la responsabilité de l'accusé. Par exemple, si A, agissant en légitime défense, emploie une force excessive causant la mort de V et se trouve de ce fait accusé de meurtre, il devrait être trouvé coupable de cette infraction:

*De deux choses l'une: la défense de légitime défense est acceptée et entraîne un acquittement ou elle est repoussée par la preuve, auquel cas elle est rejetée.*⁴¹

Cette position est également celle de la Cour d'appel d'Ontario.⁴²

⁴¹ *Palmer c. R.*, [1971] 1 All E.R. 1077, 1088 (C.P.): "The defence of self-defence either succeeds so as to result in an acquittal or it is disproved in which case as a defence it is rejected."

⁴² *R. c. Hay*, (1973) 22 C.R.N.S. 191 (Ont. C.A.); mais voir *R. c. Trecroce*, (1981) 55 C.C.C. (2d) 202 (Ont. C.A.) où le juge Martin rendant le jugement de la Cour estime que la question est ouverte. Voir aussi: *R. c. Mulder*, (1978) 40 C.C.C. (2d) 1 (Ont. C.A.) et *R. c. Campbell*, (1977) 38 C.C.C. (2d) 6 (Ont. C.A.).

La jurisprudence australienne estime au contraire que l'excès de force, tout en faisant perdre à l'accusé le bénéfice de justification fondée sur la légitime défense, peut néanmoins entraîner, dans le cas d'une accusation de meurtre, un verdict d'homicide involontaire coupable.⁴³ Cette position est celle adoptée par un bon nombre de cours d'appel au Canada.⁴⁴ Les raisons sur lesquelles elle s'appuie ne font pas l'unanimité. Une première approche considère que l'homicide commis par l'emploi d'un excès de force en légitime défense peut ne pas être un meurtre et constituer un homicide involontaire coupable si l'accusé, sous le coup de la pression exercée sur lui par la situation, n'a pas eu l'intention spécifique nécessaire au meurtre.⁴⁵ Une seconde approche assimile l'excès de force en légitime défense à la défense de provocation, jugeant que celui qui cause volontairement la mort d'un autre sous le coup d'une appréhension raisonnable pour sa propre sécurité, encore qu'il emploie pour se défendre une force excessive, doit bénéficier, à l'instar de celui qui plaide provocation, de la clémence du législateur.⁴⁶ Le problème le plus fondamental que l'excès de force pose en droit canadien consiste à déterminer si celui-ci constitue un moyen de défense. Le *Common Law* est contradictoire sur la question comme nous pouvons le constater d'après la jurisprudence anglaise et australienne. Même si le *Common Law* reconnaissait clairement ce moyen de défense, il n'est pas du tout certain que l'article 7, paragraphe 3 C. cr. ait pour effet de l'intégrer au droit canadien. Cette disposition fait entrer dans le droit canadien les principes et les règles de *Common Law* donnant ouverture à un moyen de défense, dans les seuls cas où la loi canadienne n'en dispose pas autrement. Or, l'article 37, paragraphe 2 C. cr. statue que l'infliction volontaire d'un mal par l'emploi d'une force excessive n'est pas justifiée. Cette disposition empêche-t-elle d'assimiler la légitime défense excessive à la provocation? Celle-ci atténue la responsabilité pour un meurtre, supposant qu'il y eut intention de tuer, au motif que l'auteur a perdu le contrôle de ses actes.⁴⁷ L'article 37, paragraphe 2 C. cr. stipule que l'infliction volontaire d'un mal n'est pas justifié. La

⁴³ *R. c. Howe*, (1958-59) 100 C.L.R. 448; *Viro c. R.*, (1978) 18 A.L.R. 257.

⁴⁴ Colombie-Britannique: *R. c. Barilla*, (1944) 82 C.C.C. 228 (B.C.C.A.); *R. c. Ouellette*, (1950) 98 C.C.C. 153 (B.C.C.A.); *R. c. Stanley*, (1977) 36 C.C.C. (2d) 216 (B.C.C.A.); Saskatchewan: *R. c. Crothers*, (1978) 43 C.C.C. (2d) 27 (Sask. C.A.); Alberta: *R. c. Fraser*, (1981) 55 C.C.C. (2d) 503 (Alta. C.A.); *R. c. Gee*, (1981) 55 C.C.C. (2d) 525 (Alta. C.A.); Québec: *Brisson c. R.*, [1980] C.A. 457 (C.A. Qué.). Voir également Alan D. GOLD, "Manslaughter and Excessive Self-Defence", (1975) 28 C.R.N.S. 265.

⁴⁵ *R. c. Deegan*, (1980) 49 C.C.C. (2d) 417 (Alta. C.A.) (juge Prowse); *R. c. Gee*, précité, note 44 (juge Prowse).

⁴⁶ *R. c. Gee*, précité, note 44 (juge Moir); *R. c. Fraser*, précité, note 44 (juge Moir); sur la défense de provocation, voir texte *infra*, ch. VI, § 3.

⁴⁷ Art. 215 C. cr.; voir texte *infra*, par. 308.

jurisprudence qui opte pour l'atténuation de responsabilité en cas de légitime défense excessive n'a pas pour effet de *justifier* la conduite mais seulement de l'*excuser* partiellement. Certes, pour ce faire, elle applique une règle controversée du *Common Law* plutôt que d'interpréter le texte législatif approprié. L'article 26 C. cr. traite également de l'excès de force mais uniquement dans le contexte de la justification découlant de l'exécution de la loi. La règle qu'il impose à cet égard veut que l'excès de force laisse entière la responsabilité pénale de l'auteur de l'excès en fonction de la nature et de la qualité constituant l'excès.⁴⁸

Considérer que la légitime défense excessive atténue la responsabilité du meurtre à l'homicide involontaire coupable ne semble pas faire violence aux termes de l'article 37, paragraphe 2 C. cr. ni même à ceux de l'article 26 C. cr. En effet si, par hypothèse, l'homicide commis par excès de force est volontaire et devrait, de ce fait, être un meurtre, la responsabilité morale de celui qui cause la mort en se défendant d'une attaque n'apparaît pas plus grave, bien au contraire, que celle de l'auteur d'un meurtre commis sous l'effet d'une provocation. Dans les deux cas, le meurtre est commis sous le coup d'une pression extrême exercée sur l'accusé par un acte injuste. Il n'est que logique que la clémence prévue expressément par la loi en faveur de celui qui tue sous l'effet d'une provocation soit étendue par une règle jurisprudentielle à celui qui tue en réaction à une agression.

E. La preuve

249.- *Application des articles 34, 35 et 37 C. cr.* Le juge siégeant avec jury a le devoir de soumettre au jury tous les moyens de défense auxquels la preuve donne ouverture. En ce qui concerne la légitime défense, le juge doit expliquer au jury les conditions des articles 34 et 37 C. cr., et le cas échéant, celles de l'article 35 C. cr., en attirant l'attention du jury sur les conditions propres à chaque disposition. Il est du ressort du jury de décider, d'après la preuve, de l'application de la disposition qu'il juge appropriée.⁴⁹

Ainsi, le jury doit d'abord déterminer si l'accusé a employé la force contre la victime dans une croyance raisonnable que sa vie ou son intégrité physique était en péril. L'appréciation du caractère raisonnable de la croyance de l'accusé se fait *in concreto*, c'est-à-dire qu'il s'agit de déterminer ce que l'accusé pouvait lui-même dans ces circonstances croire être raisonnablement nécessaire à sa défense. Ce qu'aurait pensé une personne raisonnable dans les circonstances

⁴⁸ Voir *contra* R. c. *Gee*, précité, note 44, où le juge Prowse applique cet article à la légitime défense.

⁴⁹ Voir R. c. *Mulder*, précité, note 42.

permet de déterminer si ce que l'accusé a pensé était raisonnable. Si le jury est convaincu hors de tout doute raisonnable que l'accusé n'a pas pu raisonnablement appréhender un danger pour sa vie et sa sécurité, il n'y a pas lieu à légitime défense. Si, au contraire, le jury entretient un doute raisonnable sur cette question, il doit déterminer ensuite si l'accusé a employé une force qu'il croyait sincèrement être raisonnablement nécessaire à sa défense. Dans l'appréciation de cette question, il y a acquittement si le jury n'est pas convaincu hors de tout doute raisonnable que l'accusé a employé une force excédant celle qu'il croyait être raisonnablement nécessaire à la défense.

Si l'accusation reproche un crime autre qu'un meurtre et que le jury est convaincu hors de tout doute raisonnable que l'accusé a employé une force excédant ce qui aurait été raisonnablement nécessaire à sa défense, il y a verdict de culpabilité. Mais si l'accusation reproche un meurtre et que le jury est convaincu hors de tout doute raisonnable que l'accusé a employé une force excédant ce qui aurait été raisonnablement nécessaire à sa défense, il y a verdict de culpabilité soit pour meurtre soit pour homicide involontaire coupable; il y a lieu à un verdict de meurtre si le jury est convaincu hors de tout doute raisonnable que l'accusé ne croyait pas sincèrement que la force employée était raisonnablement proportionnée à l'attaque; si le jury a un doute raisonnable sur cette question, un verdict d'homicide involontaire coupable se justifie.

250.- *Fardeau de preuve*. La défense de légitime défense est soumise à la doctrine du doute raisonnable. L'accusé a droit à l'acquittement si, d'après l'ensemble de la preuve, il y a un doute raisonnable sur la question de savoir s'il a posé les actes reprochés en légitime défense. La poursuite assume le fardeau de persuader le juge de fait au-delà du doute raisonnable que l'accusé n'a pas agi dans les conditions prévues pour la légitime défense. Cependant, l'accusé peut devoir assumer le fardeau de présentation de la défense, c'est-à-dire l'obligation d'apporter en preuve des faits de nature à donner ouverture à la légitime défense.⁵⁰

§ 2. LA DÉFENSE DES BIENS

251.- *Introduction*. La légitime défense des biens fait l'objet de conditions précises variant selon la nature du bien et les droits des

⁵⁰ Voir *Picariello et al. c. R.*, (1923) 39 C.C.C. 229 (C.S.C.); *R. c. Mc Quarrie*, (1943) 81 C.C.C. 20 (Sask. C.A.); *R. c. Bogue*, (1977) 30 C.C.C. (2d) 403 (Ont. C.A.); *Linney c. R.*, (1977) 32 C.C.C. (2d) 294 (C.S.C.); *R. c. Mulder*, précité, note 42.

personnes en présence. Signalons, au point de départ, que le législateur ne restreint pas le droit de défense au propriétaire ou possesseur d'un bien mais qu'il l'étend également à toute personne leur prêtant main-forte. Avant d'étudier les conditions de recevabilité de la défense, il faut dégager le sens de notions fondamentales pour la compréhension des modalités d'application de la justification.

A. Notions fondamentales

252.- *La possession paisible*. La possession paisible est celle qui n'est pas susceptible, en elle-même, de provoquer une violation de la paix. Elle suppose en général une apparence de droit sur la chose possédée.⁵¹

253.- *L'intrus*. L'intrus (*trespasser*) est généralement celui qui, sans prétendre à un droit, empiète sur le droit ou la propriété d'un autre.⁵²

254.- *Le "droit invoqué"* (claim of right). Cette expression désigne toute prétention faite de bonne foi à l'existence d'un droit reconnu par la loi (v.g. droit de propriété, de gage, de rétention, reconnus par le droit civil).⁵³

255.- *La maison d'habitation, le bien meuble et le bien immeuble*. Le Code criminel donne une définition de la maison d'habitation à l'article 2. Quant à la distinction entre bien meuble et bien immeuble, ce sont les notions de droit civil qui reçoivent application.⁵⁴

B. La mesure de la justification

256.- Le législateur régleme la défense des biens d'une manière différente selon que le bien est un meuble ou un immeuble.

257.- *La défense des biens meubles*. L'article 38, paragraphe 1 C. cr. permet au possesseur paisible d'un bien meuble de défendre sa possession en empêchant un intrus de s'emparer ou même de reprendre son bien, à la condition toutefois de ne pas frapper l'intrus ni de lui infliger des lésions corporelles. La justification conférée par l'article 38 C. cr. vise donc uniquement le droit de garder ou de reprendre la chose mais ne permet pas l'exercice de violence contre la personne de

⁵¹ R. c. *Spencer*. (1978) 38 C.C.C. (2d) 303 (B.C.S.C.).

⁵² Voir *The Encyclopedia of Words and Phrases, Legal Maxims*, vol. 5, 2e éd., Toronto, Richard de Boo Limited, 1965, 478 et ss.

⁵³ Voir R. c. *Watier*. (1910) 15 W.L.R. 427 (Yukon Police Ct.); *The Encyclopedia of Words and Phrases, Legal Maxims*, précité, note 52, vol. 1, 495.

⁵⁴ Voir arts 374-398 C.c.

l'intrus, pas plus qu'elle ne confère au possesseur paisible de droit à l'encontre de la personne qui a légalement droit au bien.⁵⁵

Aux termes de l'article 39, paragraphe 1 C. cr., seul le possesseur paisible en vertu d'un droit invoqué peut défendre la possession de son meuble contre toute personne, y incluant celle qui y a légalement droit.⁵⁶ Toutefois, il ne peut employer plus que la force nécessaire à cette fin.

258.- *La défense des biens immobiliers.* Les articles 40 et 41, paragraphe 1 C. cr. confèrent au possesseur paisible d'une maison d'habitation ou d'un immeuble le droit d'employer la force nécessaire afin d'empêcher une effraction ou une intrusion sur sa propriété.⁵⁷ Toutefois, ses droits sont plus limités à l'encontre d'une personne ayant légalement droit à la possession du bien. En effet, ce n'est que dans la mesure où le possesseur paisible invoque un droit qu'il est justifié de se porter à des voies de fait contre la personne revendiquant un droit et qui entre, de jour, afin de faire valoir celui-ci.⁵⁸ Il faut noter cependant que la personne revendiquant le bien et qui veut en reprendre possession de nuit est assimilée à un intrus; en conséquence tout possesseur paisible est justifié d'employer la force nécessaire à l'encontre de cette dernière.

259.- *La légitime défense des personnes et des biens.* Le législateur a voulu que la défense des biens, tant mobilier qu'immobilier, puisse donner lieu à l'application des règles de la légitime défense des personnes. Il stipule en effet que certaines personnes, en certaines circonstances, sont réputées commettre des voies de fait ou se livrer à une attaque. C'est le cas notamment de l'intrus qui persiste à vouloir garder le bien meuble ou à l'enlever au possesseur paisible⁵⁹ ou qui résiste activement au possesseur paisible d'une maison d'habitation ou d'un immeuble qui tente de l'empêcher d'entrer ou de l'éloigner.⁶⁰ C'est le cas également du possesseur paisible, mais sans droit invoqué, d'une maison d'habitation ou d'un immeuble qui se porte à des voies de fait contre la personne ayant légalement droit au bien.⁶¹ C'est

⁵⁵ Art. 39(2) C. cr.

⁵⁶ Notons que, en raison du libellé de l'article 39(1) C. cr., la jurisprudence assimile à un intrus la personne ayant légalement droit au bien meuble et qui use de violence à l'encontre du possesseur paisible en vertu d'un droit invoqué: *R. c. Doucette, Dongen and McNutt*, (1960) 129 C.C.C. 102 (Ont. C.A.).

⁵⁷ *R. c. Stanley*, précité, note 44; *R. c. Crothers*, précité, note 44.

⁵⁸ Art. 42(2) et (3) C. cr.

⁵⁹ Art. 38(2) C. cr.

⁶⁰ Art. 41(2) C. cr. On a en effet décidé dans *R. c. Kellington*, (1972) 7 C.C.C. (2d) 564 (B.C.S.C.), qu'une personne qui participe à une occupation et qui refuse de quitter les lieux lorsque requise de le faire tout en n'offrant qu'une résistance passive ne peut être trouvée coupable de voies de fait aux termes de cet article.

⁶¹ Art. 42(2) C. cr.

finalement le cas de la personne ayant légalement droit à la maison d'habitation ou à l'immeuble lorsque les voies de fait sont commises par le possesseur paisible en vertu d'un droit invoqué qui résiste ainsi à une tentative de dépossession.⁶² Par le jeu de ces présomptions, toutes ces personnes sont par conséquent assimilées à l'agresseur et sont, de ce fait, soumises aux règles de la légitime défense de celui qui a provoqué la violence.⁶³ Leurs opposants peuvent, pour leur part, invoquer les règles de la légitime défense contre une attaque sans provocation.⁶⁴

§ 3. L'EXÉCUTION DE LA LOI

260.- *Introduction.* L'article 25 C. cr. a pour objet de justifier la personne qui pose un acte requis ou autorisé par la loi, d'une part, à poser cet acte et, d'autre part, à employer la force nécessaire à l'exécution de cet acte. Au point de départ, la personne invoquant cette justification doit poursuivre l'accomplissement d'un acte *requis* ou *autorisé* par la loi. Donc toute personne obligée ou autorisée à agir dans l'application ou l'exécution de la loi, et devant recourir à la force, peut se prévaloir du moyen d'exonération ainsi reconnu. Cet article justifie entre autres les violences nécessaires à l'arrestation, à la perquisition et à l'exécution des ordonnances judiciaires, des jugements et des sentences.

Avant d'étudier la mesure de justification des actes découlant de l'application de la loi, il faut définir certaines notions fondamentales de même que les conditions de régularité des interventions les plus fréquentes: l'arrestation et la perquisition.

A. Notions fondamentales

261.- *Agent de la paix.* L'article 2 C. cr. en donne une définition qui n'est pas limitative.⁶⁵ La notion d'agent de la paix réfère notamment au maire d'une municipalité de même qu'à tout employé permanent d'une prison, toute personne employée à la préservation et au maintien de la paix publique ou à la signification ou à l'exécution des actes

⁶² Art. 42(3) C. cr.

⁶³ Art. 35 C. cr.; voir texte *supra*, par. 247.

⁶⁴ Art. 34 C. cr.; voir *R. c. Stanley*, précité, note 44; *R. c. Crothers*, précité, note 44; *R. c. Baxter*, précité, note 29; voir texte *supra*, par. 243-246.

⁶⁵ *R. c. Watson*, (1953) 106 C.C.C. 97 (Ont. C.A.); *R. c. Wallace et al.*, (1959) 125 C.C.C. 72 (Ont. Mag. Ct.).

judiciaires ou civils. Les fonctionnaires préposés des douanes, de l'accise ou des pêcheries, lorsqu'ils sont dans l'exécution de leurs fonctions, les pilotes commandant un aéronef pendant que l'aéronef est en vol et, finalement, les officiers des forces armées canadiennes sont également des agents de la paix.

262.- *Particulier*. Ce mot désigne toute personne, qui n'est ni fonctionnaire public ni agent de la paix, agissant de son propre chef lorsque la loi l'y autorise, ou en prêtant main-forte à l'agent de la paix, de son propre gré ou lorsque requis de le faire.⁶⁶ Le particulier est alors assimilé à l'agent de la paix quant à l'appréciation de la légalité de son action.

263.- *Fonctionnaire public*. L'article 25 C. cr. prévoit spécifiquement le cas du fonctionnaire public dans l'exécution de ses fonctions. L'article 2 C. cr. donne une définition non limitative de la notion de fonctionnaire public. Est un fonctionnaire public quiconque remplit une fonction en faveur du public et qui est payé par les fonds publics.⁶⁷ Bien qu'en général il s'agisse ici des actes posés par les auxiliaires de la justice, le fonctionnaire public bénéficie de la justification de l'article 25 C. cr. pour tous les actes qu'il doit poser en raison de ses fonctions dans l'application ou l'exécution de la loi.

264.- *Violation de la paix*. Cette notion n'est pas clairement définie par la jurisprudence. Selon le juge Lagarde, "tout acte criminel constitue une violation de la paix",⁶⁸ et certaines infractions correspondent tout spécialement à la notion (v.g. bagarre, assemblée illégale, émeute). Selon Glanville Williams,⁶⁹ la violation de la paix connote le danger de lésions corporelles. Ces définitions nous semblent trop restrictives.⁷⁰ D'une part, rien ne justifie la restriction de la violation de la paix à l'acte criminel. Par exemple, les voies de fait sont de toute évidence une violation de la paix bien qu'elles constituent une infraction sommaire.⁷¹ D'autre part, il n'y a pas davantage lieu de restreindre la violation de la paix au danger de blessures corporelles

⁶⁶ Art. 118 b) C. cr.

⁶⁷ R. c. *Sheets*, [1971] R.C.S. 614.

⁶⁸ Irénée LAGARDE, *Droit Pénal Canadien*, 2e éd., Montréal, Wilson et Lafleur (limitée), 1974, p. 151.

⁶⁹ Glanville WILLIAMS, *Criminal Law, The General Part*, 2e éd., London, Stevens & Sons, 1961, p. 715.

⁷⁰ *The Oxford English Dictionary*, vol. I, James Augustus Henry MURRAY *et al.* (éd.), Oxford, Clarendon Press, 1961, p. 1067, donne de *breach of (the) peace* la définition suivante: "an infringement or violation of the public peace by an affray, riot or other disturbance". Le *Wharton's Law Lexicon*, 14e éd., par A.S. Oppé, London, Stevens & Sons, 1938, p. 143, la définit: "offences against the public which are either actual violations of the peace, or constructive violations, by tending to make others break it".

⁷¹ Art. 245(1) C. cr.

puisque les atteintes aux biens (v.g. méfait) peuvent troubler particulièrement l'ordre public. Une chose est certaine depuis l'arrêt *Frey c. Fedoruk*:⁷² les notions de *Common Law* de violation de la paix ne peuvent pas recevoir application au Canada, en ce sens qu'un comportement jugé injurieux pour le public ne constitue pas en soi une violation de la paix en l'absence d'un texte créateur d'infraction. Il y a violation de la paix lorsqu'effectivement une infraction est commise ou sur le point d'être commise; est également une violation de la paix, la conduite susceptible de provoquer la perpétration d'une infraction. Toujours selon l'arrêt *Frey c. Fedoruk*, si la notion de violation de la paix exige qu'il y ait infraction, toute infraction ne constitue pas nécessairement une violation de la paix: il faut qu'elle soit de la nature d'un attroupement illégal ou d'une émeute, ou qu'elle soit susceptible de provoquer la violence.

B. Le droit d'arrestation et de perquisition

265.- *L'arrestation.* L'arrestation suppose contrainte physique ou restriction dans la liberté d'aller et venir.⁷³ Elle comporte également détention. L'appréciation de la légalité de l'arrestation pose la question de savoir non pas, par exemple, si le mandat était valide ou si le prévenu commettait effectivement une infraction, mais plutôt celle de savoir si la personne effectuant l'arrestation avait des motifs raisonnables et plausibles de le faire.⁷⁴

En principe, l'arrestation doit avoir lieu sur ordre judiciaire. C'est le juge de paix qui, saisi d'une dénonciation, décide s'il y a lieu de lancer un mandat d'arrestation plutôt que d'émettre une sommation.⁷⁵ L'émission du mandat d'arrestation doit obéir à certaines conditions de forme.⁷⁶ Son exécution également est entourée de certaines conditions, notamment l'agent de la paix qui exécute le mandat doit le porter sur lui et le produire avant de l'exécuter.⁷⁷

Le Code criminel autorise aussi l'arrestation sans mandat. Des dispositions particulières précisent quand elle peut avoir lieu et désignent qui peut l'effectuer selon que l'on est en présence d'une violation de la paix, d'un acte criminel ou d'une infraction sommaire.⁷⁸

⁷² *Frey c. Fedoruk et Stone*, [1950] R.C.S. 517.

⁷³ *R. c. Whitfield*, [1970] R.C.S. 46.

⁷⁴ *R. c. Biron*, précité, note 16.

⁷⁵ Art. 455.3 C. cr.; *Loi sur les poursuites sommaires*, L.R.Q. 1977, c. P-15, art. 15.

⁷⁶ Art. 455.3(5) et Formule 7 C. cr.; arts 20 et 21 de la *Loi sur les poursuites sommaires*, précitée, note 75.

⁷⁷ Art. 29 C. cr.; art. 19 de la *Loi sur les poursuites sommaires*, précitée, note 75. *Gamracy c. R.*, [1974] R.C.S. 640.

⁷⁸ Arts 30-31, 449-450 C. cr.; voir texte *supra*, par. 64 et Tableau III.

Il faut noter que ces dispositions s'appliquent pour des contraventions aux autres lois fédérales silencieuses à cet égard, en raison de l'article 27 de la Loi fédérale d'interprétation.⁷⁹ Il va sans dire que les dispositions contenues dans une loi particulière dérogeant au Code criminel auront préséance sur ce dernier.

En droit provincial, par contre, il n'existe pas de loi générale autorisant l'arrestation sans mandat. Mais les lois particulières peuvent y pourvoir.⁸⁰ Il faut noter en outre que les infractions municipales ne peuvent en principe justifier une arrestation sans mandat à moins qu'elles ne présentent un danger pour la paix, l'ordre, la santé ou la sécurité publics. Cela ressort clairement de l'article 71 de la *Loi de police*.⁸¹

266.- *La perquisition.* La perquisition désigne toute recherche de preuve dans un lieu quelconque. Sa légalité doit s'apprécier à partir de dispositions législatives expresses qui en réglementent l'exercice.⁸² Elle se distingue de la fouille qui désigne une recherche sur la personne et est un corollaire de l'arrestation.⁸³ La perquisition, elle, n'est pas liée à l'arrestation. Néanmoins, le droit d'arrestation comporte celui de pénétrer de force dans la maison où l'agent de la paix a des motifs raisonnables de croire que la personne à arrêter s'est réfugiée.⁸⁴

En principe, la perquisition doit être autorisée par un mandat du juge de paix, à la suite d'une dénonciation décrivant la nature de l'infraction soupçonnée, les lieux devant être perquisitionnés et les preuves susceptibles d'y être trouvées.⁸⁵ Les rigueurs entourant la perquisition s'expliquent par le principe de l'inviolabilité du domicile traditionnellement reconnu par le droit anglais.⁸⁶

L'agent de la paix peut, exceptionnellement, procéder à des perquisitions sans mandat en matière d'armes à feu,⁸⁷ de protection des

⁷⁹ *Loi d'interprétation*, S.R.C. 1970, c. I-23.

⁸⁰ V.g. *Code de la route*, L.R.Q. 1977, c. C-24, art. 99.

⁸¹ *Loi de police*, L.R.Q. 1977, c. P-13: "(1) Nonobstant toute disposition inconciliable de la charte d'une municipalité, nul ne peut être arrêté pour avoir commis une infraction à la Loi des cités et villes, au Code municipal, à la charte d'une municipalité ou à un règlement municipal à moins qu'un mandat n'ait été délivré à cette fin par un juge de paix.

(2) Toutefois, tout policier municipal peut arrêter sans mandat toute personne qu'il trouve en train de troubler la paix, l'ordre, la santé ou la sécurité publics contrairement à un règlement municipal."

⁸² *Laporte c. Laganière J.S.P. et al.*, (1972) 18 C.R.N.S. 357 (B.R. Qué.)

⁸³ *R. c. Brezack*, (1949) 96 C.C.C. 97 (Ont. C.A.); *Reynen c. Antonenko et al.* (1975) 30 C.R.N.S. 135 (Alta S.C.).

⁸⁴ *Eccles c. Bourque et al.*, [1975] 2 R.C.S. 739.

⁸⁵ Art. 443 C. cr.; art. 8 L.P.S.

⁸⁶ *Seymayne's Case*, [1558-1774] All E.R. 62 (Engl. K.B.).

⁸⁷ Art. 99 C. cr.

animaux⁸⁸ de maison de jeux⁸⁹ et de monnaie contrefaite,⁹⁰ le Code criminel lui conférant expressément ce droit. Plusieurs lois autres que le Code criminel prévoient également des pouvoirs spéciaux en matière de perquisition.⁹¹ En outre, certaines lois⁹² stipulent que la Cour fédérale peut autoriser certains fonctionnaires, en vertu de mandats de main-forte, à perquisitionner dans tous lieux sans avoir à requérir de mandats spécifiques.

La perquisition faite légalement a pour corollaire le droit de saisie et de détention.⁹³

C. La mesure de justification

267.- Les articles 25 à 33 C. cr. entourent la justification de l'emploi de la force dans l'exécution de la loi de conditions fixant, d'une part, la portée et, d'autre part, le critère de la justification.

268.- *La portée de la justification.* L'article 25, paragraphe 1 C. cr. pose le principe de la justification de la force jugée raisonnablement nécessaire à l'application ou à l'exécution de la loi. Cet article suggérerait, à première vue, l'idée que l'agent a la libre détermination de la nature et du degré de force à employer pourvu que sa décision s'appuie sur des motifs raisonnables et plausibles. Toutefois, cette conclusion serait inexacte car le législateur précise au paragraphe 3 du même article que la force ne doit pas avoir pour but, ni être susceptible, de causer la mort ou des lésions corporelles graves.⁹⁴ Le principe posé par la loi est donc le suivant: l'agent ne doit pas mettre en péril la vie et l'intégrité corporelle dans l'exécution de ses fonctions.

La loi prévoit trois cas où l'agent engagé dans l'exécution de la loi, peut recourir à la violence grave. D'abord, s'il se trouve, à l'occasion de son devoir, dans une situation de légitime défense, il peut infliger des lésions corporelles graves et même causer la mort.⁹⁵ Ensuite, l'agent de la paix qui effectue l'arrestation légale d'un

⁸⁸ Art. 403 C. cr.

⁸⁹ Art. 181(2) C. cr.

⁹⁰ Art. 420(2) C. cr.

⁹¹ V.g. *Loi des aliments et drogues*, S.R.C. 1970, c. F-27, art. 37; *Loi sur les stupéfiants*, S.R.C. 1970, c. N-1, art. 10; *Loi sur les enquêtes sur les coalitions*, S.R.C. 1970, c. C-23, art. 10.

⁹² V.g. *Loi sur l'accise*, S.R.C. 1970, c. E-12, arts 76, 78-79; *Loi sur les douanes*, S.R.C. 1970, c. C-40, arts 139 et 145; *Loi sur les stupéfiants*, précitée, note 91, art. 10(3); *Loi sur les aliments et drogues*, précitée, note 91, art. 37(3).

⁹³ Voir les articles 445, 446 et 447 C. cr. En revanche, le droit de confiscation ne comporte pas le droit de perquisition: *Colet c. R.*, précité, note 19.

⁹⁴ Voir *R. c. Walker*, (1980) 48 C.C.C. (2d) 126 (Ont. C.C.) et *R. c. Redshaw*, (1975) 31 C.R.N.S. 255 (Ont. C.C.).

⁹⁵ Arts 25(3) et 34 C. cr.; voir texte *supra*, par. 241.

délinquant pouvant être appréhendé sans mandat et qui s'enfuit afin d'échapper à l'arrestation peut employer la force nécessaire pour empêcher la fuite du délinquant.⁹⁶ Selon la jurisprudence, cette disposition autorise l'emploi d'armes à feu pour prévenir la fuite lors d'une arrestation.⁹⁷ Enfin, l'agent de la paix engagé dans la répression d'une émeute peut employer la force qu'il croit nécessaire et qu'il estime non excessive.⁹⁸

En résumé, la violence légère mais superflue est fautive; la violence grave mais nécessaire ne l'est pas. En effet, l'article 29 C. cr. prévoit la responsabilité criminelle de l'auteur de tout excès de force selon la nature et la qualité de l'acte constituant l'excès. De plus, l'acte non justifié ne met pas non plus son auteur à l'abri de la responsabilité civile.

269.- *Le critère de la justification.* La loi justifie l'emploi de la force "raisonnablement nécessaire" à son exécution.⁹⁹ Le critère de la justification est double. Il faut d'abord que la force ait été nécessaire; il faut également qu'elle ait été proportionnée. La force est nécessaire lorsque, sans elle, l'acte devant être posé (v.g. arrestation) ou prévenu (v.g. violation de la paix) n'aurait pu être accompli. C'est en effet la nécessité qui justifie le recours à la force. La question de savoir quel degré de force devrait être employé relève de la proportionnalité. Mais, selon quels critères apprécier la nécessité et la proportionnalité de la force? Le législateur exige ici une croyance fondée sur des motifs raisonnables et plausibles. Il s'agit donc d'un critère subjectif tempéré: d'une part l'existence de motifs raisonnables ne donne pas ouverture à la justification à moins que l'agent n'ait été persuadé de la nécessité d'agir comme il l'a fait; d'autre part, une croyance de bonne foi ne justifie pas la conduite si elle ne prend pas appui sur des motifs raisonnables et plausibles. En d'autres termes, l'agent qui invoque la justification doit faire état non seulement de sa croyance, mais aussi rendre compte des motifs qui l'ont amené à recourir à la force.

270.- *Recevabilité de la preuve illégalement obtenue.* En général, l'action policière non justifiée n'a pas d'effet sur la recevabilité de la poursuite: la preuve illégalement obtenue (v.g. par une perquisition ou une confiscation illégale) est recevable.¹⁰⁰ Mais la recevabilité en preuve des communications privées interceptées illégalement fait l'objet d'une règle spéciale énoncée à l'article 178.16 C. cr.

⁹⁶ Art. 25(4) C. cr.

⁹⁷ *R. c. Purvis*, (1929) 51 C.C.C. 273 (Ont. C.C.); *R. c. Smith*, (1907) 13 C.C.C. 326 (Man. K.B.); *Priestman c. Colangelo et al.*, précité, note 1.

⁹⁸ *Hébert c. Martin et al.*, [1931] R.C.S. 145.

⁹⁹ Arts 25(1), 27, 30, 32 C. cr.

¹⁰⁰ *Kuruma c. R.*, [1955] A.C. 197 (H.L.); *R. c. Wray*, [1971] R.C.S. 272.

271.- *Arrestation illégale et juridiction du tribunal.* La question de savoir si l'arrestation illégale affecte la compétence du tribunal sur le prévenu ainsi amené devant lui fait l'objet de deux courants jurisprudentiels. La jurisprudence anglaise décide d'une manière constante que l'illégalité de l'arrestation n'affecte pas la compétence du tribunal.¹⁰¹ La jurisprudence canadienne dominante est au même effet.¹⁰² Selon cette jurisprudence, le prévenu ne peut contester la juridiction du tribunal sur l'accusation consécutive à une action policière illégale. Cependant un courant minoritaire constate l'incompétence du tribunal si l'irrégularité de l'arrestation a été soulevée dès le début du procès.¹⁰³

D. Les sanctions contre l'auteur de l'acte non justifié

272.- *Les sanctions pénales.* L'article 26 C. cr. retient la responsabilité criminelle de l'auteur d'un excès de force dans l'exécution de la loi. L'acte non justifié peut en effet constituer une infraction.¹⁰⁴ Nous en voyons ici les principales illustrations. L'arrestation illégale, même effectuée sans violence, peut constituer une infraction aux termes de l'article 247, paragraphe 2 C. cr. Toutefois la jurisprudence ne rapporte aucun cas où cette accusation aurait été portée. Les accusations reprochant des atteintes à l'intégrité corporelle lors d'arrestations sont plus fréquentes.¹⁰⁵ Les perquisitions illégales peuvent donner lieu à des poursuites pénales pour méfait,¹⁰⁶ présence illégale dans une maison d'habitation,¹⁰⁷ introduction par effraction¹⁰⁸ et vol.¹⁰⁹ La jurisprudence est avare de cas où des accusations de cette nature ont été portées. Néanmoins, on peut signaler le cas de la perquisition illégale à l'Agence de Presse Libre du Québec qui a donné

¹⁰¹ R. c. *Hughes*, (1878-79) 4 Q.B.D. 614, (Engl. C.C.A.); *Leachinsky c. Christie*, [1947] A.C. 573, (H.L.).

¹⁰² R. c. *Isbell*, (1928) 50 C.C.C. 81 (Ont. S.C.); *Sorgius c. Bouchard*, (1917) 26 B.R. 242 (C.A. Qué.); R. c. *Benoit*, (1952) 105 C.C.C. 185 (C.S.P. Qué.).

¹⁰³ R. c. *Pollard*, (1917) 29 C.C.C. 35 (Alta S.C.); R. c. *Suchacki*, (1924) 41 C.C.C. 166 (Man. C.A.); R. c. *Harrison and Burdeyney*, [1965] 1 C.C.C. 367 (B.C.S.C.).

¹⁰⁴ R. c. *Walker*, précité, note 94.

¹⁰⁵ V.g. voies de fait graves (art. 245(2) C. cr.): R. c. *Flaten*, (1960) 127 C.C.C. 81 (B.C.C.A.); R. c. *Hastings*, (1947) 90 C.C.C. 150 (N.B.S.C. App. Div.); R. c. *Mitchell*, (1937) 69 C.C.C. 406 (Ont. C.C.); homicide involontaire coupable (art. 217 C. cr.): R. c. *Smith*, (1907) 13 C.C.C. 326 (Man. K.B.); R. c. *Crandall*, (1919) 33 C.C.C. 373 (B.R. Qué.); R. c. *Purvis*, précité, note 97; meurtre (art. 212 C. cr.): *Savard et Lizotte c. R.*, [1946] R.C.S. 20.

¹⁰⁶ Art. 387 C. cr.

¹⁰⁷ Art. 307 C. cr.

¹⁰⁸ Art. 306 C. cr.

¹⁰⁹ Art. 283 C. cr.

lieu à un plaidoyer de culpabilité de la part des policiers à une accusation portée, chose curieuse, selon l'article 115 C. cr.¹¹⁰

273.- *Les sanctions civiles.* Les poursuites civiles intentées contre les auteurs d'acte non justifiés prétendument posés dans l'exécution de la loi sont plus fréquentes. Ce sont évidemment les règles de la responsabilité délictuelle qui déterminent l'issue de ces poursuites. Le demandeur doit prouver la faute du défendeur et le dommage que celle-ci lui a causé.

En vertu des règles du droit civil, la responsabilité pour l'acte délictueux s'attache non seulement contre l'auteur matériel de la faute et du dommage mais également contre le commettant dans la mesure où la faute est intervenue alors que préposé était dans l'exercice de ses fonctions. Ainsi, un agent privé de sécurité engage la responsabilité de son employeur,¹¹¹ un agent de la Sûreté du Québec celle du procureur-général du Québec.¹¹² En ce qui concerne les policiers municipaux, une modification récente de la *Loi de police*¹¹³ précise qu'ils ne cessent pas d'agir à titre de préposés lorsqu'ils agissent en qualité d'agents de la paix. Ce texte ferme la porte à une jurisprudence discutable voulant que le policier municipal n'engage la responsabilité de la municipalité qui l'emploie que dans l'exercice de ses fonctions de préposé municipal, c'est-à-dire dans l'application des règlements municipaux, et non dans l'application des lois criminelles en qualité d'agent de la paix.¹¹⁴

274.- *Les sanctions disciplinaires.* La *Loi de police*,¹¹⁵ prévoit la création de la Commission de police du Québec, chargée notamment de veiller à l'éthique des divers corps de police municipaux et de la Sûreté du Québec. Elle est appelée à faire enquête à la suite de plaintes formulées à l'égard de la conduite des policiers ou d'un corps de police. Ces plaintes peuvent provenir notamment des citoyens.¹¹⁶ A la suite d'une telle enquête, la Commission de police doit remettre au procureur-général un rapport écrit et, si la plainte émane d'un citoyen, elle peut aviser celui-ci de ses conclusions.¹¹⁷

¹¹⁰ *R. c. Cobb*, C.S. Mtl, no 01-4823-77 (C.S.P. Qué.); *R. c. Coutellier*, C.S. Mtl, no 01-4813-77 (C.S.P. Qué.); *R. c. Cormier*, C.S. Mtl, no 01-4822-77 (C.S.P. Qué.).

¹¹¹ *Zalter c. Miracle Mart Stores Inc.*, J.E. 79-386 (C.S. Qué.).

¹¹² *Chartier c. P.G. Qué.*, [1979] 2 R.C.S. 474.

¹¹³ L.Q. 1979, c. 67, art. 2.

¹¹⁴ *Caporicci c. Ville de Montréal et al.*, [1975] C.S. 649; *Courcy c. C.U.M.*, [1976] C.S. 1678 (résumé); *Norris et Fox c. Quinion et al.*, [1977] C.S. 908; *Carrière c. Cité de Longueuil*, [1957] C.S. 143; *Roy c. The Municipal Corporation of Thetford Mines et Doyon*, [1954] R.C.S. 395.

¹¹⁵ *Loi de police*, précitée, note 81.

¹¹⁶ *Id.*, art. 21.

¹¹⁷ *Id.*, art. 35.

§ 4. L'OBÉISSANCE À L'AUTORITÉ

275.- *Notion.* En règle générale, l'auteur d'une infraction ne peut se justifier, ni s'excuser, du fait qu'il a commis l'infraction en obéissant à l'autorité ou en se prévalant d'une autorisation. Nul ne peut, en effet, autoriser la perpétration d'une infraction et, dans la mesure où l'autorisation est illégale, l'auteur de l'infraction ne peut l'invoquer. Toutefois, le principe général appelle certaines réserves selon la nature de l'autorité en cause.

A. L'obéissance à la loi *de facto* ou *ultra vires*

276.- *La loi de facto.* L'article 15 C. cr. dispose que:

Nul ne doit être déclaré coupable d'une infraction à l'égard d'un acte ou d'une omission en exécution des lois alors édictées et appliquées par les personnes possédant de facto le pouvoir souverain dans et sur le lieu où se produit l'acte ou l'omission.

Cet article est basé sur une loi d'Henri VII qui mettait à l'abri d'une condamnation pour trahison celui qui faisait la guerre pour le compte d'un roi *de facto* contre un roi *de jure*.¹¹⁸ L'application de ce moyen de défense suppose qu'il y ait usurpation du pouvoir, que les usurpateurs adoptent des lois contraires aux lois ordinaires du pays, et que, le pouvoir légitime une fois rétabli, des accusations soient portées contre ceux qui ont enfreint les lois ordinaires en obéissant aux lois édictées par l'usurpateur. Un arrêt de la Cour supérieure du Québec voit dans l'article 15 C. cr. une disposition déclaratoire du *Common Law* et l'applique aux actes permis par une loi *ultra vires*.¹¹⁹

277.- *La loi ultra vires.* Supposons qu'une loi fédérale fasse d'une conduite donnée une infraction et qu'une loi provinciale permette cette même conduite. Tant que les tribunaux n'auront pas déterminé laquelle des lois en présence est valide, le justiciable se trouve placé dans une situation difficile. La *Loi sur le dimanche*¹²⁰ a donné lieu à une telle situation: elle prohibait certaines activités commerciales le dimanche, activités qu'un règlement de la Ville de Montréal permettait explicitement.

Deux arrêts donnent des réponses différentes au problème. L'arrêt *Couillard*¹²¹ montre que, dans un tel cas, la règle de l'irrecevabilité de l'ignorance de la loi ne s'applique pas. En effet, l'accusé plaide non

¹¹⁸ *Sir H. Vane's Case*, (1662), Kel. 15, cité dans J.C. MARTIN, *op. cit.*, note 2, pp. 54-55.

¹¹⁹ *Kokoliades c. Kennedy*, (1911) 18 C.C.C. 495 (C.S. Qué.).

¹²⁰ S.R.C. 1970, c. 1-13.

¹²¹ *Kennedy c. Couillard*, (1910) 17 C.C.C. 239 (B.R. Qué.).

pas qu'il ignorait la prohibition ni même qu'il se trompait sur la portée de celle-ci, mais bien qu'il a agi d'après l'autorité d'une loi présumée valide. En conséquence, la croyance de l'accusé détruit le *mens rea* et il y a acquittement. L'arrêt *Kokoliades* applique l'article 15 C. cr. et donne une véritable immunité à l'auteur de l'infraction:

*La volonté de la législature telle qu'exprimée et rendue authentique par une loi formelle, protège tous ceux qui s'y conforment et justifie tous ceux qui font ce qu'elle autorise jusqu'à ce que cette volonté ainsi exprimée ait été déclarée ultra vires.*¹²²

Dans l'état actuel de la jurisprudence, le principe posé par cet arrêt n'a pas été mis en doute dans la mesure où il s'applique à des lois contradictoires. Mais plusieurs arrêts ont refusé de l'étendre aux autorisations ou tolérances administratives.

B. L'autorisation administrative

278.- *La permission réglementaire.* L'autorisation administrative a une valeur justificative dans la mesure où elle est donnée conformément à la loi. Ainsi, plusieurs lois créatrices d'infractions réservent explicitement la possibilité d'une autorisation administrative. C'est le cas, par exemple, de la *Loi sur les stupéfiants* dont le premier alinéa de l'article 3 dispose:

*Sauf ainsi que l'autorisent la présente loi ou les règlements, nul ne peut avoir un stupéfiant en sa possession.*¹²³

Aussi, dans la mesure où la possession est autorisée conformément à la loi, elle ne saurait constituer une infraction.

On peut se demander, cependant, si l'autorisation doit effectivement exister ou s'il suffit que l'accusé croit qu'elle existe. Dans l'arrêt *Darquea and Martyn*,¹²⁴ la Cour d'appel d'Ontario a jugé que deux employés d'un laboratoire, accusés de possession pour fins de trafic d'une drogue d'usage restreint,¹²⁵ pouvaient invoquer avec succès une défense d'erreur de fait s'ils croyaient que leur employeur avait une autorisation en vertu de la loi. Dans les circonstances de cette cause, la validité de la décision ne fait pas de doute. Cependant, si la croyance en l'existence d'une autorisation est une question de fait, celle de

¹²² *Kokoliades c. Kennedy*, précité, note 119, 501: "The will of the legislature, as expressed and made authentic by a solemn statute, protects all who obey it and justifies all who do what it authorizes, until the will as so expressed has been declared *ultra vires* of the legislature".

¹²³ *Loi sur les stupéfiants*, précitée, note 91, art. 3(1); voir également *Loi des aliments et drogues*, précitée, note 91, art. 3(3).

¹²⁴ *R. c. Darquea et Martyn*, (1979) 47 C.C.C. (2d) 567 (Ont. C.A.).

¹²⁵ *Loi des aliments et drogues*, S.R.C. 1970, c. F-27, art. 42(2).

savoir si l'autorisation est requise ou si elle est conforme à la loi est une question de droit. Ainsi, la croyance erronée que l'autorisation n'est pas requise ou que la possession est couverte par une autorisation qui en fait ne la couvre pas serait une erreur de droit irrecevable.¹²⁶

279.- *La tolérance administrative.* Dans quelle mesure le justiciable peut-il s'appuyer sur des décisions des organismes administratifs ou sur les avis officieux des responsables de l'administration d'une loi pour régler sa conduite? D'une manière générale, la jurisprudence fait porter sur le justiciable le poids des incohérences du système et de l'administration.

Ainsi, celui qui est accusé d'obscénité ne peut se défendre même en montrant qu'il s'est fié, par exemple, au visa de classement d'un organisme de censure pour montrer un film¹²⁷ ou à la tolérance des officiers des douanes qui ont laissé passer aux frontières des articles prohibés.¹²⁸

L'arrêt *Potter*¹²⁹ est particulièrement significatif. Potter travaillait comme gérant pour une compagnie qui importait au Canada des planches à poinçonner fabriquées aux Etats-Unis. La possession de telles planches est une infraction aux termes de l'article 186, paragraphe 1(b) C. cr. Potter a été trouvé en possession de quelque six cents caisses de planches à poinçonner. Chacun des envois avait été autorisé par les officiers des douanes et Potter avait payé les droits de douanes requis, soit environ \$5,000.00 par mois pendant deux ans. L'exportateur américain a tenté à plusieurs reprises, mais en vain, de s'informer de la légalité de l'importation de ces produits au Canada. Le responsable des douanes se préoccupait uniquement de percevoir les droits de douanes, non sans omettre, toutefois, de signaler à la Gendarmerie royale chacun des envois. Au bout de deux ans, soit après quelque trente envois, celle-ci a effectué une saisie chez Potter. Le tribunal ne peut que constater que Potter avait toutes les raisons de croire que l'importation et la possession des planches à poinçonner étaient légales:

Si les officiers de la Couronne, soit des douanes ou de la Gendarmerie Royale approuvaient en réalité la perpétration de l'infraction et si les Douanes comme c'était le cas ont constamment approuvé le passage des biens pendant toute la période où Potter a été engagé dans l'opération, à la seule condition que celui-ci paie les droits exigés, il est déraisonnable

¹²⁶ Voir texte *supra*, par. 103 et 105.

¹²⁷ *R. c. Daylight Theatre Co. Ltd.*, (1974) 13 C.C.C. (2d) 524 (Sask. C.A.).

¹²⁸ *R. c. 294555 Ontario Ltd et al.*, (1978) 39 C.C.C. (2d) 352 (Ont. C.A.); *R. c. Potter*, (1978) 39 C.C.C. (2d) 538 (P.E.I.S.C.).

¹²⁹ *R. c. Potter*, précité, note 128.

*de penser que Potter devait s'assurer de la légalité non seulement de l'importation mais aussi de la possession. Je conclus que Potter agissait sous le coup d'une erreur de droit [...] et que cette erreur de sa part n'était pas fautive.*¹³⁰

Toutefois, ayant caractérisé l'erreur de Potter comme une erreur de droit, le tribunal se croit obligé de prononcer une condamnation, quitte à se montrer clément dans le choix de la sentence.

Sans doute une infraction grave à connotation morale évidente ne saurait être excusée au motif que l'auteur s'est autorisé d'une tolérance administrative.¹³¹ Il peut en être autrement d'une infraction réglementaire pour laquelle le justiciable ne peut se fier que sur les politiques de l'administration. Dans l'arrêt *Walker and Somma*,¹³² la Cour d'appel d'Ontario considère cette question comme étant non tranchée. Dans l'instance, les accusés ont été trouvés coupables d'importation illégale d'un diamant même s'ils pensaient que le diamant n'était pas soumis à la douane:

*Je ne voudrais pas que l'on pense que je souscris à la proposition voulant que si un officier public responsable poussait un défendeur à croire que l'acte qu'il veut poser est légal, ce défendeur n'aurait pas de défense s'il devait par la suite être accusé en vertu d'une loi réglementaire d'avoir enfreint la loi [...]. Je passe sur cette question jusqu'à ce qu'il soit nécessaire d'en décider. Il suffit de dire dans le présent cas que la question de savoir si les intimés ont été trompés par les officiers des Douanes ne se pose pas.*¹³³

¹³⁰ *Id.*, 544 (juge McQuaid): "If the officers of the Crown, be they either Customs or R.C.M.P. were, in effect, condoning the commission of the offence, and if Customs, as they were, were continuously over the period during which Potter was engaged in the operation, releasing the goods on the payment of the stipulated levy, it is unreasonable to hold that Potter was to be put to inquiry as to the legality, not only to import, but as well, to have in his possession or custody when imported. I hold, then, that Potter was operating under mistake of law [...] and that this was not culpable mistake on his part".

¹³¹ *R. c. Lemire*, [1965] R.C.S. 174, 193 (juge Martland): "To me the idea that it is an answer to a charge of fraud to say that the fraud was suggested by the superior of the accused is completely erroneous in law, as is also the proposition that the Province of Quebec and the public of Quebec were not defrauded by paying, out of public funds, false expense accounts, merely because Lemire's salary was less than what he and his superiors thought it ought to be."

¹³² *R. c. Walker and Somma*, (1980) 51 C.C.C. (2d) 423 (Ont. C.A.).

¹³³ *Id.*, 429 (juge Martin): "I would not wish to be taken to assent to the proposition that if a public official charged with responsibility in the matter led a defendant to believe that the act intended to be done was lawful, the defendant would not have a defence if he were subsequently charged under a regulatory statute with unlawfully doing that act [...]. I leave aside that difficult question until it is necessary to decide it. Suffice it to say that no suggestion arises in this case that the respondents were misled by Customs officials."

C. Les ordres illégaux

280.- *L'ordre militaire.* La *Loi sur la défense nationale* impose l'obligation d'obéissance à l'ordre légal du supérieur hiérarchique.¹³⁴ Le subordonné peut toutefois croire que l'ordre est légal alors qu'il ne l'est pas, agissant ainsi sous le coup d'une erreur de droit. Dans un tel cas, il faut déterminer si l'ordre est manifestement illégal. C'est ce critère que retient le législateur pour définir le devoir d'obéissance d'un militaire engagé dans la répression d'une émeute:

*Toute personne qui est tenue, par la loi militaire, d'obéir au commandement de son officier supérieur est fondée à obéir à tout commandement donné par ce dernier en vue de la répression d'une émeute, à moins que l'ordre ne soit manifestement illégal.*¹³⁵

La même disposition fait une question de droit de l'appréciation de la légalité de l'ordre.¹³⁶

L'arrêt *Smith* propose la règle suivante:

*Je pense que c'est adopter une règle prudente que de dire que le soldat qui croit sincèrement faire son devoir en obéissant aux ordres de son supérieur qui ne sont à ce point manifestement illégaux qu'il doit ou devrait savoir qu'ils sont contraires à la loi doit être protégé par les ordres de ce supérieur.*¹³⁷

Cette règle n'est pas satisfaisante en raison de l'accent qu'elle met sur la croyance subjective de l'agent. La question fondamentale est en effet celle de savoir si l'ordre est ou non manifestement illégal et non pas ce que l'agent peut en penser. Si l'ordre est manifestement illégal et que l'accusé l'ait quand même exécuté, le croyant légal, il doit y avoir culpabilité, car il s'agit ni plus ni moins d'une erreur de droit.¹³⁸

281.- *L'ordre judiciaire.* Le législateur protège les personnes qui sont légalement obligées ou autorisées à exécuter un acte judiciaire ou une sentence même dans l'hypothèse où l'acte est défectueux quant au fond

¹³⁴ S.R.C. 1970, c. N-4, art. 73.

¹³⁵ Art. 32(2) C. cr.

¹³⁶ Art. 32(5) C. cr.

¹³⁷ *R. c. Smith*, [1900] 17 S.C.R. 561: "I think it is a safe rule to lay down that if a soldier honestly believes he is doing his duty in obeying the commands of his superior, and if the orders are not so manifestly illegal that he must or ought to have known they are unlawful, the private soldier would be protected by the orders of his superior officer..." cité par John Cyril SMITH, Brian HOGAN, *Criminal Law*, 4e éd., London, Butterworths, 1978, p. 210.

¹³⁸ J.C. SMITH, B. HOGAN, *Criminal Law*, précité, note 137, p. 210. C'est la solution retenue par le seul précédent anglais sur la question: *R. c. Thomas*, (1816) 4 M. & S. 441, rapporté dans J.W. Cecil TURNER, A. I.I. ARMITAGE, *Cases on Criminal Law*, 3e éd., Cambridge, Cambridge University Press, 1964, pp. 67-68.

ou à la forme ou est entaché d'un vice de compétence. En réalité, cette justification couvre l'exécution d'un acte judiciaire illégal. Elle repose sur le fait que celui qui est tenu d'exécuter un ordre judiciaire est fondé à en présumer la légalité.¹³⁹

La justification couvre non seulement un défaut de forme ou de fond, mais également un défaut de compétence matérielle. Le *Common Law* ne couvrirait que le vice de fond ou de forme, exigeant, en tout état de cause, que l'ordre émane d'une cour habilitée à le rendre même si, dans l'espèce, un vice pouvait entacher la compétence personnelle ou territoriale de la cour émettant l'ordre en cause.¹⁴⁰ Cette interprétation est trop étroite en regard du texte de l'article 25, paragraphe 2 C. cr. qui couvre spécifiquement l'absence et l'excès de juridiction. Du reste, la doctrine de l'autorité *de facto* permet à celui qui exécute un acte judiciaire de présumer l'autorité de la personne d'où émane l'ordre, même si, en fait, cette personne n'a qu'une autorité apparente.¹⁴¹ La condition fondamentale de la justification couvrant l'exécution d'un acte judiciaire illégal réside dans la bonne foi de celui qui l'exécute.

§ 5. LA JUSTIFICATION THÉRAPEUTIQUE

282.- *Notion.* Les interventions chirurgicales seraient certes des voies de fait¹⁴² si elles étaient pratiquées sans le consentement du patient. Cela explique sans doute pourquoi le législateur a cru bon d'édicter l'article 45 C. cr. qui met à couvert de responsabilité criminelle la personne qui pratique une opération chirurgicale en se conformant aux conditions qu'il énumère. D'abord l'opération doit être pratiquée pour le bien de la personne; ensuite, elle doit l'être avec des soins et une habileté raisonnables; et, finalement, il doit être raisonnable de la pratiquer compte tenu de l'état de santé de la personne et des autres circonstances.

Cette disposition n'a pas fait l'objet d'une jurisprudence abondante, de sorte qu'il est difficile d'en connaître la portée exacte. La Cour suprême s'y est penchée à l'occasion de l'arrêt *Morgentaler*,¹⁴³

¹³⁹ L'arrêt *Sleeth c. Huribert*, (1894-96) 25 R.C.S. 620, 628 adopte cette interprétation (juge Sedgewick): "If the subject-matter of a suit is within the jurisdiction of a court, but there is a want of jurisdiction as to the person or place, the officer who executes process in such suit is no trespasser unless the want of jurisdiction appears by such process."

¹⁴⁰ *Ibid.*

¹⁴¹ *O'Neil c. A.G. Canada*, (1896) 1 C.C.C. 303 (C.S.C.).

¹⁴² Art. 244 C. cr.

¹⁴³ *Morgentaler c. R.*, [1976] 1 R.C.S. 616.

une des questions en litige dans cette affaire étant la recevabilité de la justification thérapeutique énoncée par l'article 45 C. cr. à l'encontre d'une accusation d'avortement illégal¹⁴⁴ compte tenu de la justification particulière énoncée par l'article 251, paragraphe 4 C. cr. Bien que cette affaire ait divisé les juges du plus haut tribunal, il en ressort que les termes employés par l'article 45 C. cr. sont suffisamment explicites pour reconnaître que la justification ne couvre pas tous les actes médicaux; elle ne protège en effet que les interventions chirurgicales. D'autre part, une appréciation objective de la défense s'impose de sorte que la simple bonne foi du médecin ou de toute autre personne pratiquant une intervention chirurgicale serait insuffisante pour exonérer l'auteur d'une intervention injustifiable ou qui ne serait pas pratiquée selon les règles de l'art.¹⁴⁵ Mais il est difficile de savoir si la justification que reconnaît l'article 45 C. cr. vaut uniquement à l'égard d'une intervention chirurgicale pratiquée sur un patient inconscient et, partant, incapable de consentir, comme l'a affirmé le juge Dickson,¹⁴⁶ ou à l'égard de toute intervention chirurgicale, comme l'a soutenu le juge Laskin. Ce dernier, après avoir retracé dans le *English Draft Code* l'origine de la disposition, affirme que:

*Le Digest of the Criminal Law de Stephen (5ème éd. 1894), à la p. 164, nous indique que cet art. 67 devait selon lui s'appliquer aux interventions chirurgicales faites même sans le consentement du patient. Il n'y a certainement dans l'art. 45 ou ailleurs dans le Code criminel aucune restriction suggérant qu'il ne s'appliquerait que lorsque la personne sur qui l'opération chirurgicale est pratiquée est inconsciente ou paralysée et incapable de donner un consentement.*¹⁴⁷

Dans l'état actuel de la jurisprudence, il n'y a pas de jugement faisant autorité entre les deux approches. L'économie du Code voudrait que la justification ne soit nécessaire que dans les cas où il y aurait eu intervention chirurgicale sur un patient incapable de consentir compte tenu de la définition des voies de fait. Mais l'incertitude qui subsiste dans la jurisprudence sur la possibilité pour un individu de consentir à une mutilation¹⁴⁸ ne nous permet pas d'être aussi catégorique sur la portée réelle de l'article 45 C. cr. Aussi l'approche du juge Laskin a-t-elle le mérite de protéger le médecin qui pratique une intervention chirurgicale en se conformant aux exigences de l'article 45 C. cr., en dépit des incertitudes juridiques entourant la validité du consentement

¹⁴⁴ Art. 251(1) C. cr.

¹⁴⁵ *Morgentaler c. R.*, précité, note 143, 653 (juge Laskin).

¹⁴⁶ *Id.*, 676 (juge Dickson); voir aussi *Laporte c. Laganière J.S.P. et al.*, précité, note 82, 361 (juge Huggessen).

¹⁴⁷ *Morgentaler c. R.*, *id.*, 643 (juge Laskin).

¹⁴⁸ Voir texte *infra*, par. 302 et 303.

à des interventions chirurgicales dont la valeur thérapeutique peut être mise en doute par certains, comme c'est le cas notamment pour la stérilisation de convenance.¹⁴⁹

Les exigences que nous avons étudiées ci-haut n'ont cependant cours que dans les circonstances normales car, en cas de nécessité, l'obligation légale de compétence et de diligence s'estompe¹⁵⁰ afin de justifier le traitement médical administré de bonne foi.

§ 6. LE DROIT DE DISCIPLINE

283.- *Notion.* L'article 43 C. cr. justifie l'emploi d'une force raisonnable pour la discipline d'un enfant.

Le droit de discipline appartient à "[t]out instituteur, père ou mère, ou toute personne qui remplace le père ou la mère", dit l'article. L'instituteur bénéficie donc de la justification quant à son élève, au même titre que le père ou la mère de l'enfant. Quant aux personnes remplaçant le père ou la mère, ce sont toutes celles qui, pour des fins d'éducation, de bien-être ou de sécurité, sont appelées à remplacer les parents de l'enfant. Par exemple, le conducteur d'un autobus scolaire a un droit de discipline sur l'enfant qu'il est chargé de transporter.¹⁵¹

284.- *Le caractère raisonnable de la correction.* L'article 43 C. cr. exige que la force employée le soit à des fins de correction et qu'elle ne dépasse pas la mesure raisonnable dans les circonstances. Mais la jurisprudence est favorable à celui qui exerce le droit de correction. Ainsi, dans l'arrêt *Haberstock*,¹⁵² le tribunal a acquitté un instituteur qui, croyant erronément qu'un enfant s'était moqué de lui trois jours auparavant, l'a giflé avec une force telle que l'enfant a eu une molaire brisée. En règle générale, cependant, les tribunaux exigent que la force employée soit modérée, la correction méritée, et que le mode de correction ne risque pas d'infliger une blessure à l'enfant.¹⁵³ Ainsi, frapper délibérément à la tête, aux jointures, sur la colonne vertébrale, est évidemment injustifiable.¹⁵⁴ En revanche, une force causant un inconfort passager, et même des ecchymoses passagères, peut être justifiée.¹⁵⁵

¹⁴⁹ Voir texte *infra*, par. 306.

¹⁵⁰ Art. 198 C. cr.

¹⁵¹ *R. c. Trynchy*, (1970) 11 C.R.N.S. 95 (Yukon Mag. Ct.).

¹⁵² *R. c. Haberstock*, (1971) 1 C.C.C. (2d) 433 (Sask. C.A.).

¹⁵³ *Brisson c. Lafontaine*, (1864) 13 R.J.Q. 154 (C.S. Bas-Canada); *R. c. Gaul*, (1903) 8 C.C.C. 178 (N.S.S.C.).

¹⁵⁴ *Campeau c. R.*, (1952) 14 C.R. 202 (B.R. Qué.).

¹⁵⁵ *R. c. Metcalfe*, (1927) 49 C.C.C. 260 (Sask. D.C.); *R. c. Corkum*, (1937) 67 C.C.C. 114 (N.S.C.C.); *R. c. Zinck*, (1910) 18 C.C.C. 456 (N.S.C.C.); *R. c. Matieux*, [1972] R.L., n.s. 526.

§ 7. LA NÉCESSITÉ

285.- Nous avons vu que l'état de nécessité est un facteur important de l'appréciation des faits justificatifs. Il nous faut maintenant l'analyser en tant que moyen de défense autonome.

286.- *La nécessité dans les textes de loi.* Certains textes de loi font de la nécessité une défense. C'est le cas notamment de l'article 221, paragraphe 2 C. cr. qui justifie par la nécessité de sauver la vie de la mère le fait de causer la mort du fœtus au cours de l'accouchement et de l'article 198 C. cr. qui impose un devoir de compétence et de diligence à la personne qui administre un traitement médical ou chirurgical à moins qu'elle n'agisse dans un cas de nécessité. Par ailleurs, les textes d'incrimination qui confèrent une défense d'excuse légitime ou d'excuse raisonnable¹⁵⁶ peuvent servir de paravent à la réception d'une défense dont le fondement véritable est l'état de nécessité. Ainsi la Cour d'appel du Nouveau-Brunswick a défini de la manière suivante l'excuse raisonnable prévue à l'article 235, paragraphe 2 C. cr.:

À mon avis, l'excuse raisonnable dont il est question doit être une circonstance rendant l'obéissance à la loi extrêmement difficile ou encore susceptible d'engendrer un risque substantiel pour la santé de la personne à qui la demande est faite.¹⁵⁷

Mais la notion même de nécessité ne fait pas l'objet d'une définition législative.

287.- *La défense non codifiée.* Les tribunaux se montrent fort hésitants à reconnaître la nécessité comme moyen de défense général.¹⁵⁸ A cet égard, le juge Zalev suggère un parallèle intéressant entre le développement de la défense d'automatisme et celui de la défense de nécessité:

Le mot nécessité est un terme légal technique et raffiné quoique sa définition précise et son application soient l'objet de controverses et de discussions dans la doctrine et la jurisprudence. Il est clair que le sens que lui donne le droit est loin de celui que lui donnent

¹⁵⁶ Voir texte *infra*, par. 292.

¹⁵⁷ *R. c. Nadeau*, (1975) 19 C.C.C. (2d) 199, 201 (N.B.S.C. App. Div.) (juge Hughes): "In my judgment the "reasonable excuse" envisaged must be some circumstance which renders compliance with the demand either extremely difficult or likely to involve a substantial risk to the health of the person on whom the demand has been made"; voir aussi *R. c. Prout*, (1972) 5 C.C.C. (2d) 272 (Ont. C.C.).

¹⁵⁸ Voir, à titre d'exemple, *R. c. Faustin*, [1975] C.S.P. 358 (C.S.P. Qué.); *R. c. Plante*, [1975] R.L., n.s. 544 (C.S.P. Qué.); *La Ville de Montréal c. Tremblay*, [1979] R.L., n.s. 249 (C.M. Qué.).

*les dictionnaires et l'usage commun [...] . La nécessité a-t-on dit est la mère de l'invention. En voyant le nombre croissant de causes où la défense de nécessité est invoquée et en parallèle le déclin de la défense d'automatisme (en raison peut-être de son inefficacité) on pourrait dire que l'invention est maintenant la mère de la nécessité.*¹⁵⁹

Il faut néanmoins tenter d'exposer en quoi consiste cette défense bien que ses contours soient encore vagues.

288.- *Reconnaissance de la défense.* Jusqu'à l'arrêt *Morgentaler*,¹⁶⁰ la recevabilité de la nécessité en tant que moyen de défense faisait l'objet de bien des doutes. En effet, on affirmait généralement que le *Common Law* ne fournissait aucun précédent reconnaissant clairement ce moyen de défense.¹⁶¹ L'arrêt fondamental était l'arrêt *Dudley & Stephens*¹⁶² où des marins rescapés d'un naufrage avaient été accusés de meurtre pour avoir tué et mangé un mousse. La preuve a révélé que, ce faisant, les accusés Dudley et Stephens et un autre, Brooks, qui n'a pas été accusé car il était témoin à charge, ont pu survivre jusqu'à ce qu'un navire puisse les rescaper. La preuve a révélé également que, n'eût été de l'acte d'anthropophagie, les trois marins seraient certainement morts. Du reste, le jury saisi de la cause n'a pas rendu de verdict de culpabilité; il a constaté que les accusés avaient tué le mousse et que c'était là leur seule chance de survie. Le juge a donc été obligé de trancher lui-même la question de savoir si l'acte était ou non un meurtre. Voici comment il a analysé la situation:

Il faut admettre que l'homicide délibéré de ce garçon innocent et sans défense était de toute évidence un meurtre, à moins qu'il ne puisse être justifié par quelque excuse reconnue et admise par la loi. Il faut admettre aussi que, s'il y a quelque excuse dans l'instance, elle ne peut provenir que de ce que l'on appelle "nécessité". Mais les motifs de l'acte dont il s'agit ici n'ont

¹⁵⁹ *R. c. Walker*, précité, note 94, 143 (Ont. C.C.): "Necessity is a nice, technical legal term, although its precise definition and application have been the subject of much controversy and discussion in the textbooks, law reviews and decided cases. Clearly, its meaning at law is far removed from dictionaries or common usage. [...] Necessity, it has been said, is the mother of invention. In view of the increasing number of cases in which the defence of necessity is being advanced, and a corresponding decline in the submission of the defence of automatism (perhaps due to its lack of success), it might be said that invention has now mothered necessity."

¹⁶⁰ *Morgentaler c. R.*, précité, note 143.

¹⁶¹ Glanville WILLIAMS, *op. cit.*, note 69, pp. 736-737; *Russell on Crime*, vol. 1, 12e éd., par J.W. Cecil TURNER, London, Stevens & Sons, 1964, pp. 92-93; Irénée LAGARDE, *op. cit.*, note 68, p. 2712.

¹⁶² *R. c. Dudley and Stephens*, (1884-85) 14 Q.B.D. 273.

*jamais été considérés par la loi comme relevant de la nécessité. Il n'y a pas lieu de le regretter. Bien que la loi et la morale ne soient pas identiques et que ce qui est immoral ne soit pas nécessairement illégal, une séparation complète entre la loi et la morale aurait des conséquences néfastes. Ce serait effectuer une telle séparation si les motifs qui ont inspiré ce meurtre devaient, en droit, constituer un moyen de défense. Ce n'est pas le cas. La conservation de sa propre vie est en général un devoir, mais l'obligation de la sacrifier peut s'avérer un devoir plus évident et plus impérieux. La guerre nous fournit quantité d'exemples où le devoir d'une personne n'est pas de vivre mais de mourir. En cas de naufrage, l'obligation du capitaine envers son équipage, celle de l'équipage envers les passagers de même que celle des soldats envers les femmes et les enfants [...] impose aux hommes l'obligation morale non pas de préserver leur vie mais bien de la sacrifier pour les autres [...]. Il est donc inexact de dire que la préservation de sa propre vie est une nécessité absolue et sans réserve. [...] Il est superflu de montrer le danger terrible qu'impliquerait la reconnaissance du principe invoqué. Qui serait le juge d'une telle nécessité? Comment mesurer la valeur des vies? D'après la force, l'intelligence ou quoi encore? Il est clair que le principe laisse à celui qui doit en profiter le soin d'apprécier la nécessité le justifiant d'enlever délibérément la vie à un autre pour sauver la sienne. Dans le cas qui nous occupe, c'est le plus faible, le plus jeune, celui qui opposait le moins de résistance qui a été choisi. Était-ce davantage nécessaire que ce soit lui qui meure plutôt qu'un adulte? La réponse doit être "non" [...]. En conséquence, notre devoir nous impose de déclarer que l'acte des prisonniers était un meurtre et que les faits énoncés dans le verdict ne constituent pas une justification légale de l'homicide.*¹⁶³

¹⁶³ *Id.*, 286-288: "Now it is admitted that the deliberate killing of this unoffending and unresisting boy was clearly murder, unless the killing can be justified by some well-recognised excuse admitted by the law. It is further admitted that there was in this case no such excuse, unless the killing was justified by what has been called "necessity." But the temptation to the act which existed here was not what the law has ever called necessity. Nor is this to be regretted. Though law and morality are not the same, and many things may be immoral which are not necessarily illegal, yet the absolute divorce of law from morality would be of fatal consequence; and such divorce would follow if the temptation to murder in this case were to be held by law an absolute defence of it. It is not so. To preserve one's life is generally speaking a duty, but it may be the plainest and the highest duty to sacrifice it. War is full of instances in which it is a man's duty not to live, but to die. The duty, in case of shipwreck, of a captain to his crew, of the crew to the passengers, of soldiers to women and children [...] impose on men the moral necessity, not of the

Ce verdict a, d'une manière à peu près constante, été interprété comme fermant la porte à la défense de nécessité en droit anglais. Mais, dès 1609, l'arrêt *Mouse*¹⁶⁴ avait reconnu, au nom de la nécessité, le droit pour le capitaine d'un cargo de jeter sa cargaison par-dessus bord de manière à éviter un naufrage.

289.- *L'affaire Morgentaler*. C'est l'affaire *Morgentaler* qui révèle les principes fondamentaux de la recevabilité de la défense de nécessité en droit canadien. Il sera sans doute utile pour la compréhension des arrêts auxquels elle a donné lieu de les situer dans leur contexte judiciaire. Le Dr Morgentaler a été accusé, aux termes de l'article 251 C. cr., d'avoir pratiqué un avortement en dehors des conditions prévues par la loi pour l'avortement thérapeutique. Au procès, il a soulevé la justification prévue par l'article 45 C. cr. pour les opérations chirurgicales. Dans ses directives au jury, le juge Huggessen a statué que la justification de l'article 45 C. cr. de même que la nécessité pouvaient recevoir application dans le cadre de l'article 251 C. cr.¹⁶⁵ Le jury a prononcé un acquittement. La Couronne a porté la cause en appel au motif que l'article 45 C. cr. ne pouvait être appliqué. La Cour d'appel a cassé le verdict du jury et prononcé une condamnation.¹⁶⁶ Le Dr Morgentaler a interjeté appel devant la Cour suprême du Canada qui a rejeté son pourvoi.¹⁶⁷

Mais, le jugement de la Cour suprême reconnaît, en théorie tout au moins, l'existence, en droit canadien, d'une défense générale de nécessité. Le juge Pigeon, par exemple, conclut, à l'instar des juges de la Cour d'appel, que le juge de première instance a fait une erreur de droit en soumettant au jury la défense de nécessité simplement parce qu'il n'y avait aucune preuve pour l'étayer. Le juge Pigeon greffe ce moyen de défense au paragraphe 3 de l'article 7 C. cr. qui maintient,

preservation, but of the sacrifice of their lives for others [...]. It is not correct, therefore, to say that there is any absolute or unqualified necessity to preserve one's life. [...] It is not needful to point out the awful danger of admitting the principle which has been contended for. Who is to be the judge of this sort of necessity? By what measure is the comparative value of lives to be measured? Is it to be strength, or intellect, or what? It is plain that the principle leaves to him who is to profit by it to determine the necessity which will justify him in deliberately taking another's life to save his own. In this case the weakest, the youngest, the most unresisting, was chosen. Was it more necessary to kill him than one of the grown men? The answer must be "No" [...]. It is therefore our duty to declare that the prisoners' act in this case was wilful murder, that the facts as stated in the verdict are no legal justification of the homicide".

¹⁶⁴ *Mouse's Case*, (1609) 12 Co. Rep. 63.

¹⁶⁵ Les éléments essentiels de sa décision sont reproduits dans le jugement de la Cour d'appel, *R. c. Morgentaler*, [1974] C.A. 129, 132-133.

¹⁶⁶ *R. c. Morgentaler*, précité, note 165. Notons qu'un amendement subséquent à l'art. 613(3) C. cr. a enlevé ce pouvoir aux cours d'appel.

¹⁶⁷ *Morgentaler c. R.*, précité, note 143.

en droit canadien, les principes de *Common Law* donnant ouverture à une excuse ou à une justification. Le juge Dickson, pour sa part, bien qu'entretenant de forts doutes sur l'existence de ce moyen de défense estime que "[s]i elle [la défense de nécessité] existe, elle ne peut faire plus que justifier la désobéissance dans des situations urgentes de danger imminent et évident lorsque l'obéissance à la loi est démonstrativement impossible".¹⁶⁸ Il fait siennes les règles proposées par Kenny¹⁶⁹ selon lesquelles la défense ne serait acceptable qu'aux conditions suivantes: 1) le mal évité est plus grave que celui représenté par la commission de l'infraction; 2) l'infraction était le seul moyen d'éviter le mal; 3) le tort causé n'a pas excédé ce qui était nécessaire pour éviter le mal. Il entoure donc la défense de nécessité de conditions strictes donnant ainsi au moyen de défense une portée très limitée. Pour le reste, le juge Dickson voit la situation comme le juge Pigeon, constatant que la preuve ne donnait pas ouverture au moyen de défense.

Le juge Laskin, rendant le jugement de la minorité, adopte une approche plus libérale puisqu'il estime que la preuve montrant que l'accusé craignait que sa patiente ne commette quelque acte dangereux sur elle-même s'il ne la "traitait" pas, pouvait permettre au jury de déterminer qu'il y avait urgence. Toutefois, il restreindrait l'application de la défense aux cas où le mal que l'on chercherait à éviter est un mal immédiat et physique, mettant en péril la vie et la santé d'une personne. Quant à l'appréciation de l'urgence, ou encore du caractère inévitable du mal, le juge Laskin ne les restreint pas à l'impossibilité absolue de faire autrement. En tout état de cause, il s'agit d'une question de fait relevant du jury.

290.- *Conditions de recevabilité.* Bien que la décision de la Cour suprême constitue une autorité reconnaissant l'existence de la défense de nécessité dans notre droit,¹⁷⁰ les conditions de recevabilité de ce moyen de défense sont loin d'être claires. Ainsi, la défense est-elle recevable seulement lorsque l'infraction avait pour but d'éviter un danger pour la vie ou la santé d'une personne, comme l'affirme le juge

¹⁶⁸ *Id.*, 678.

¹⁶⁹ *Kenny's Outlines of Criminal Law*, 19e éd., par J.W. Cecil TURNER, Cambridge, Cambridge University Press, 1966, p. 73.

¹⁷⁰ *R. c. Morgentaler*, [1976] C.A. 172, permission d'appel refusée à Cour suprême du Canada, [1976] 1 R.C.S. x. La décision de la Cour d'appel dans cette seconde affaire Morgentaler reconnaît que la preuve donnait ouverture à la défense de nécessité sans toutefois préciser davantage les critères de recevabilité de celle-ci et sans discuter les standards proposés par la Cour suprême. Cela tient, sans doute, au fait qu'il s'agissait d'un pourvoi de la Couronne reprochant au juge d'avoir admis la preuve des experts sur la nécessité tout en instruisant ensuite le jury que la nécessité ne pouvait s'appliquer dans l'instance.

Laskin, ou est-elle recevable, comme le suggère le juge Dickson, dès que le mal évité est un pire mal que l'infraction commise pour l'éviter? Dans le premier cas, la nécessité ne pourrait être plaidée que pour la sauvegarde des personnes; dans le second, elle pourrait être plaidée indistinctement pour la protection des personnes et des biens. De même, l'appréciation de l'état de nécessité, en fonction de l'urgence et de l'impossibilité de respecter la loi, se fait-elle à la manière stricte du juge Dickson ou à la manière libérale du juge Laskin? Voilà autant de questions auxquelles les tribunaux devront répondre. Par contre, l'appréciation objective de l'état de nécessité paraît être réglée dans l'arrêt *Morgentaler*: non seulement l'accusé doit-il croire, de bonne foi, à la nécessité, mais sa croyance doit être raisonnable.

CHAPITRE VI

Les moyens de défense particuliers

291.- Nous étudions ici des moyens de défense dont la pertinence est spécifique à certaines infractions.

La partie générale du Code criminel et le *Common Law* n'épuisent pas la panoplie des moyens de défense dont dispose un accusé. Le législateur prévoit des causes d'exonération particulières à certaines incriminations. Pour en donner quelques exemples, la sédition¹ permet à l'accusé de se disculper en montrant sa bonne foi dans le cadre des exceptions prévues par l'article 61 C. cr., l'accusation d'obscénité² peut être réfutée par une défense montrant que l'accusé a servi le bien public,³ l'accusation d'avortement⁴ peut être réfutée par une justification thérapeutique⁵ et, enfin, le libelle diffamatoire⁶ peut donner lieu aux plaidoyers de véracité et de bien public.⁷ Ces moyens de défense échappent à toute tentative de généralisation et relèvent davantage, de ce fait, du droit pénal spécial. Nous les avons donc omis.

En revanche, nous traitons des qualifications touchant l'excuse légitime, la justification particulière et le consentement, qui tempèrent un grand nombre d'incriminations, en raison de leurs implications sur les règles de la responsabilité. Pour sa part, la défense de provocation, dont la pertinence est limitée au meurtre, pose également des problèmes fondamentaux. Il en est de même de la provocation policière qui ne constitue pas actuellement un moyen de défense reconnu comme tel par les tribunaux. Nous les étudions donc également.

§ 1. EXCUSE LÉGITIME ET JUSTIFICATION PARTICULIÈRE

292.- "*Sans justification ou excuse légitime*". L'infraction peut être subordonnée à l'absence "*d'une justification ou d'une excuse légitime*" ou à l'absence d'une excuse légitime seulement. C'est le cas

¹ Art. 60 C. cr.

² Art. 159 C. cr.

³ Art. 159(3) C. cr.

⁴ Art. 251 C. cr.

⁵ Art. 251(4) C. cr.

⁶ Arts 264 et 265 C. cr.

⁷ Arts 273 et 275 C. cr.

de plusieurs infractions de possession,⁸ d'omission⁹ et de commission,¹⁰ ou même d'état.¹¹

On constate, en règle générale, que le législateur emploie cette qualification lorsqu'il vise des activités qui, pouvant être légitimes lorsque considérées en elles-mêmes, ne méritent d'être incriminées qu'en l'absence d'une raison légitime pour les exercer. Ainsi, on concevrait difficilement que la loi fasse un crime du seul fait de se trouver dans une maison d'habitation ou de posséder des explosifs. Des textes d'incrimination rédigés de cette façon seraient en effet beaucoup trop larges pour être significatifs. Le législateur définit la conduite visée par l'incrimination comme constituant l'infraction, sous réserve de la preuve, soit d'une justification montrant que la conduite est conforme à la loi, soit d'une excuse montrant que l'auteur n'est pas à blâmer pour l'avoir exercée.¹²

293.- *L'excuse légitime.* La jurisprudence est unanime à dire qu'il est impossible de donner une définition générale de l'excuse légitime.¹³ Si la loi créatrice de l'infraction n'en donne pas une signification précise, il faut en inférer le sens d'après le but de l'incrimination.

Sans prétendre réussir une tâche que des générations de juges ont déclarée impossible, on peut donner les dimensions de l'excuse légitime. D'abord, l'excuse légitime a pour effet de donner à l'accusé la possibilité de se défendre de l'accusation en invoquant des moyens spéciaux à l'infraction, distincts des moyens généraux reconnus par la loi. L'arrêt *Santeramo*¹⁴ illustre cette proposition. Il s'agissait d'une accusation de possession d'argent contrefait "sans justification ou excuse légitime dont la preuve [...] incombe [à l'accusé]". On sait, depuis l'arrêt *Beaver*¹⁵, que la possession suppose la connaissance de la nature de la chose possédée. *Santeramo* a témoigné à l'effet qu'il ne savait pas que l'argent était contrefait. Le juge de première instance l'a trouvé coupable au motif qu'il n'avait pas fait une preuve prépondérante d'une excuse ou d'une justification. La Cour d'appel casse la

⁸ Faux passeport, art. 58(3) C. cr.; explosifs, art. 80 C. cr.; instruments de cambriolage, art. 309 C. cr.; monnaie contrefaite, art. 408 C. cr.

⁹ Omission de comparaître, art. 133 C. cr.; refus de pourvoir, art. 197(2) C. cr.; refus de se soumettre à l'ivressomètre, arts 235(2) et 240.1(2) C. cr.

¹⁰ Vendre, exposer, etc. des choses obscènes, art. 159(2) C. cr.; intrusion de nuit, art. 173 C. cr.; introduction dans une maison d'habitation, art. 306 C. cr.

¹¹ Être trouvé dans une maison de jeu, art. 185(2) C. cr.; être trouvé dans une maison de débauche, art. 195(2) C. cr.; se trouver dans une maison d'habitation, art. 307 C. cr.

¹² Voir texte *supra*, par. 169 et R. c. *McFall*, (1976) 26 C.C.C. (2d) 181 (B.C.C.A.).

¹³ R. c. *Natarelli et Volpe*, [1967] R.C.S. 539; R. c. *McFall*, *ibid.*; R. c. *Royka*, [1980] 4 W.C.B. 247 (Ont. C.A.).

¹⁴ R. c. *Santeramo*, (1977) 36 C.R.N.S. 1 (Ont. C.A.).

¹⁵ *Beaver* c. R., [1957] R.C.S. 531; voir texte *supra*, par. 80.

condamnation et acquitte Santeramo en statuant que la couronne devait prouver, hors de tout doute raisonnable, que l'accusé avait en sa possession de l'argent contrefait, c'est-à-dire non seulement le fait de la possession matérielle, mais également la connaissance de la nature de la chose possédée. La Cour considère en effet que l'excuse légitime, dont l'accusé assume la preuve, n'englobe pas le *mens rea* de la possession. Le juge Brooke, qui rend le jugement de la Cour, pose clairement la règle que la qualification "sans excuse légitime" et "sans justification" ajoute, aux moyens généraux de défense, des moyens particuliers à l'infraction:

A mon avis, l'insertion des mots 'justification légale' ou 'excuse' devrait être interprétée comme ajoutant un moyen de défense auquel le texte ne donnerait pas autrement ouverture, et non de manière à restreindre la portée de la disposition en éliminant ce qui autrement serait un élément de la preuve de la poursuite et la défense que cet élément n'a pas été prouvé.¹⁶

Selon cette interprétation, la qualification "sans excuse légitime" aurait pour effet de donner à l'accusé un moyen de défense particulier à l'infraction, distinct des moyens généraux de défense reconnus par la loi. Plus particulièrement, l'excuse légitime ne se confondrait pas avec l'erreur de fait.

Supposons, par exemple, que A soit accusé de possession, sans excuse légitime, d'argent contrefait.¹⁷ L'infraction ne consiste pas dans la possession d'argent contrefait, mais bien dans la possession, sans excuse légitime, d'argent contrefait. Si l'on assimile l'"excuse légitime" à l'erreur de fait, A n'est disculpé que s'il croit, par exemple, que le billet qu'il possède n'est pas contrefait. Cette interprétation a pour effet de modifier la définition de l'infraction en faisant de celle-ci la possession de monnaie contrefaite. La qualifica-

¹⁶ *R. c. Santeramo*, précité, note 14, 12: "In my view, the inclusion of the words 'lawful justification or excuse' ought to be so construed; that is to say, construed as adding a defence that would not otherwise be available under the section and not as limiting the meaning of the section by eliminating what would otherwise be an element in the Crown's case and the defence that it had not been proved". Cette opinion du juge Brooke se fonde notamment sur l'opinion dissidente du juge Laskin dans l'arrêt *Brownridge c. R.*, [1972] R.C.S. 926, 950: "I regard the phrase 'without reasonable excuse' as adding a defence or a bar to successful prosecution which would not be available without those words, but not as encompassing defences or bars that could exist without them". L'arrêt *Santeramo* reverse les arrêts précédents de la même cour rendus dans *R. c. Caccamo*, (1973) 21 C.R.N.S. 83 et *Robinson c. R.*, (1973) 10 C.C.C. (2d) 505, ce dernier confirmé par la Cour suprême du Canada, [1974] R.C.S. 573. L'arrêt *Santeramo* a lui-même été porté en Cour suprême, qui a accordé la permission d'appeler. L'appel a toutefois été déserté.

¹⁷ Art. 408 C. cr.

tion “sans excuse légitime” suppose au contraire que A ne soit coupable de posséder de l’argent contrefait — sachant que l’argent est contrefait — qu’en l’absence d’une excuse légitime expliquant cette possession¹⁸.

Ensuite, toute légitime qu’elle doive être, l’excuse légitime n’a pas à nier l’infraction elle-même. En d’autres termes, c’est l’excuse qui doit être légitime et non pas nécessairement la conduite qu’elle explique.

Ainsi, dans une accusation d’obscénité, l’excuse peut être légitime sans nier le caractère obscène de la publication. Dans l’arrêt *Kiverago*, le juge Gale analyse la question dans les termes suivants:

En d’autres termes, le paragraphe 2 de l’article 159 du Code criminel nous semble suggérer, même en présumant que la matière soit obscène, que la personne qui la montre ne peut être coupable d’une infraction à moins qu’elle ne sache qu’elle l’a montrée et qu’elle n’ait pas une justification légale ou une excuse pour ce faire et, bien entendu, nous avons à l’esprit comme exemples d’une justification ou excuse les livres médicaux ou scientifiques qui comportent des matières obscènes pour des fins légitimes d’éducation, de recherche scientifique et autres de même nature.¹⁹

L’arrêt *Verrette*²⁰ peut également illustrer cette proposition. Verrette, un “danseur à gogo”, avait dansé complètement nu dans un endroit public. On a porté l’accusation au terme de l’article 170, paragraphe 1 C. cr.:

- (1) *Est coupable d’une infraction punissable sur déclaration sommaire de culpabilité, quiconque, sans excuse légitime,*
 - a) *est nu dans un endroit public, [...].*
- (2) *Est nu, aux fins du présent article, quiconque est vêtu de façon à offenser la décence et l’ordre public.*

Assez curieusement, Verrette s’est défendu en prétendant n’avoir offensé ni la décence, ni l’ordre public, du fait que les spectateurs désiraient ce genre de spectacle, sans soulever cependant la question

¹⁸ *R. c. Robinson*, précité, note 16, 511 (juge Laskin, en dissidence).

¹⁹ *R. c. Kiverago*, (1973) 11 C.C.C. (2d) 463, 465 (Ont. C.A.): “In other words, S-S 2 [de l’article 159 du Code criminel] seems to us to suggest that, even assuming the material is obscene, the person who exposes it cannot be guilty of an offence unless he knows that he has exposed it and does not have some lawful justification or excuse for so doing and, of course, we have in mind as examples of justification or excuse medical or scientific books containing obscene material, for legitimate purposes of education, scientific research and matters of that kind”. Au même effet, voir *R. c. McFall*, précité, note 12.

²⁰ *R. c. Verrette*, [1978] 2 R.C.S. 838.

de l'excuse légitime. Le juge Beetz, qui a rendu le jugement de la cour, fait donc porter la question uniquement sur la notion de nudité, en statuant que la nudité complète visée par l'alinéa (a) du paragraphe 1 de l'article 170 C. cr. n'exige pas la preuve, contrairement aux manières d'être vêtue assimilées à la nudité par le paragraphe 2 du même article, qu'elle offense la décence et l'ordre public:

*Mais lorsqu'une personne est complètement nue dans un endroit public, sans excuse légitime, elle ne peut, à mon avis, invoquer en défense que la nudité est compatible avec la décence ou l'ordre public, pas plus que la poursuite n'est obligée d'établir que la nudité offense la décence ou l'ordre public. Par contre, l'excuse légitime constitue une défense complète, même s'il est prouvé que la nudité a offensé la décence ou l'ordre public.*²¹

Ainsi, l'excuse peut être légitime sans qu'elle nie le caractère offensant qui est un élément essentiel de l'infraction.

Dans un passage antérieur, le juge Beetz refuse de se prononcer sur la question de savoir si une représentation théâtrale, ou le fait de fuir une maison en feu, d'échapper à un viol ou de poser dans un atelier pour des étudiants en art, constituent des excuses légitimes.²² Mais ces exemples n'ont pas été choisis au hasard et constitueraient normalement des excuses légitimes.

A fortiori, est une excuse légitime l'explication offerte par l'accusé montrant que sa conduite ne met pas en péril la valeur protégée par la loi. Ainsi, dans l'arrêt *Robinson*,²³ le juge Laskin considère que le collectionneur accusé de possession d'argent contrefait peut avoir une excuse légitime du fait que sa possession n'est pas une menace à la protection des devises.

294.- *Excuse légitime et erreur de droit.* L'explication offerte par l'accusé mettant en cause une ignorance de la loi ou une erreur de droit de sa part n'est pas une excuse légitime, même si sa bonne foi ne fait pas de doute.²⁴

²¹ *Id.*, 849.

²² *Id.*, 842.

²³ *R. c. Robinson*, précité, note 16, 511. Le juge Laskin est dissident, mais le jugement de la majorité ne se prononce pas sur cette question estimant que, dans l'instance, il n'y avait aucune preuve donnant ouverture à une excuse légitime. L'accusé se reposait sur sa déclaration, faite à la police au moment de son arrestation, à l'effet qu'il croyait que l'argent n'était pas contrefait. Mais voir *contra*, *Dickins c. Gill*, [1896] 2 Q.B. 310 (Engl. Q.B.).

²⁴ *R. c. Andsten et Petrie*, (1960) 33 C.R. 213 (B.C.C.A.). Un détective accusé d'intrusion de nuit (art. 173 C. cr.) n'a pas d'excuse légitime s'il croit erronément être autorisé à entrer dans la maison. *R. c. Walker et Somma*, (1980) 51 C.C.C. (2d) 423 (Ont. C.A.). Les accusés ont importé un diamant sans le déclarer à la

295.- *Excuse légitime et mobile.* Si l'excuse légitime a pour effet de rendre pertinentes à l'infraction certaines raisons expliquant la conduite de l'accusé, encore faut-il que la raison invoquée ne soit pas de l'ordre d'un mobile incompatible avec la loi. Ainsi, par exemple, dans une accusation de refus de pourvoir, on a maintenu une condamnation contre un membre de l'Eglise de la Science chrétienne qui mettait son omission de fournir des traitements médicaux à son enfant au compte d'une objection de conscience.²⁵

296.- *Excuse légitime et justification particulière.* La jurisprudence assimile, en règle générale, mais à tort, l'excuse légitime et la justification.²⁶ La justification procède d'un droit de poser l'acte reproché²⁷ et, à ce titre, la mention qu'un acte doit être posé "sans justification" a pour effet de rendre explicite ce qui, de toute façon, serait implicite dans la définition de l'infraction. Elle englobe ainsi tous les faits justificatifs généraux, les permissions réglementaires et les autorisations légales.

297.- *La preuve de l'excuse légitime et de la justification.* Plusieurs textes d'incrimination mettent à la charge de l'accusé la preuve de l'excuse légitime ou de la justification.²⁸ L'accusé assume à ce moment là un double fardeau: d'abord, celui de présenter une preuve de l'excuse ou de la justification, et ensuite, celui de convaincre le juge des faits, par une preuve prépondérante, de l'existence de l'excuse ou de la justification.²⁹ Les infractions ne comportant pas de clause mettant la preuve de l'excuse ou de la justification à la charge de l'accusé, soulèvent la question de savoir si la poursuite a l'obligation de prouver l'"absence d'excuse ou de justification". Le problème est suscité par la difficulté de faire la preuve d'un élément négatif.³⁰ Comment la poursuite peut-elle, en effet, montrer l'inexistence de faits dont seul l'accusé peut avoir connaissance? Aussi la jurisprudence met-elle à la charge de l'accusé l'obligation de présenter une preuve

douane, croyant ne pas être obligés par la loi de le déclarer. Voir aussi *R. c. McFall*, précité, note 12. L'autorisation d'un bureau de censure n'est pas une excuse légitime pour montrer un film obscène. Au même effet, *R. c. Prairie Schooner News Ltd.*, (1971) 1 C.C.C. (2d) 251 (Man. C.A.); voir aussi: *R. c. Aryeh*, (1972) 6 C.C.C. (2d) 171 (Ont. C.A.); *R. c. Parrot*, (1980) 51 C.C.C. (2d) 539 (Ont. C.A.). Voir texte *supra*, par. 103 et 105.

²⁵ *R. c. Lewis*, (1903) 7 C.C.C. 261 (Ont. C.A.).

²⁶ Par exemple, *R. c. Campbell*, (1973) 21 C.R.N.S. 273 (Alta. C.A.); *R. c. Potter*, (1978) 3 C.R. (3d) 154 (P.E.I.S.C.).

²⁷ Voir texte *supra*, par. 169; *R. c. McFall*, précité, note 12.

²⁸ V.g. arts 309, 310 et 408 C. cr.; voir aussi art. 730 C. cr.

²⁹ Voir texte *supra*, par. 45.

³⁰ *R. c. Cameron*, [1966] 4 C.C.C. 273, 290 (Ont. C.A.) (juge Mackay): "How can the Crown negative the existence of something that in so far as the statute and evidence are concerned does not exist".

susceptible de donner ouverture à une justification ou une excuse légitime,³¹ après quoi la poursuite assume le fardeau de persuader le juge des faits, au-delà du doute raisonnable, de l'inexistence de l'excuse ou de la justification.

§ 2. LE CONSENTEMENT

298.- *Le consentement de la victime.* Le rôle du consentement de la victime sur la responsabilité de l'auteur d'un crime appelle plusieurs distinctions.

D'abord, on a vu que le crime est une notion d'ordre public. La victime ne peut donc, par un consentement *a posteriori*, effacer le crime. Dès que celui-ci est constitué dans tous ses éléments, sa répression est d'ordre public.³² Cependant, le principe de l'irrecevabilité du consentement de la victime comme moyen de défense appelle plusieurs réserves. Il suppose en effet que le crime est constitué dans tous ses éléments, sans égard au consentement de la victime. Or, une foule d'infractions comportent comme élément constitutif le non-consentement ou, ce qui revient au même, un consentement vicié de la victime.

Une première distinction s'impose donc entre, d'une part, l'infraction où le consentement n'est pas pertinent et, d'autre part, celle où le consentement est pertinent. Ensuite, même lorsque le consentement est pertinent, comme c'est le cas notamment en matière d'exercice de sports ou de traitement médical, il faut se demander si l'ordre public n'y apporte pas de limitation.

299.- *La pertinence légale du consentement.* Il est difficile, pour ne pas dire impossible, d'abstraire du Code et de la jurisprudence une règle générale en matière de consentement. Le Code formule certaines règles ponctuelles, comme celle qui veut que nul ne puisse consentir à sa propre mort,³³ ou encore stipule la pertinence ou la non-pertinence du consentement en fonction d'incriminations particulières. Bien souvent, donc, la pertinence du consentement doit s'apprécier en fonction de la nature même de l'infraction. Nous verrons ici les principaux exemples.

300.- *Le consentement est non pertinent.* Des raisons relevant du concept d'ordre public sont à l'origine de dispositions rendant non pertinent le consentement de la victime. L'exemple le plus important nous est donné par l'article 14 C. cr. qui stipule que "nul n'a le droit de consentir à ce qu'on lui inflige la mort et un tel consentement

³¹ *R. c. Verrette*, précité, note 20; *R. c. McFall*, précité, note 12; *R. c. Cameron*, *ibid.*

³² Voir texte *supra*, par. 2.

³³ Art. 14 C. cr.

n'atteint pas la responsabilité criminelle d'une personne par qui la mort peut être infligée à celui qui a donné ce consentement". Cette disposition fait échec à toute possibilité de considérer l'euthanasie comme une cause d'exonération ou d'atténuation de la responsabilité criminelle. Il faut signaler en outre l'article 140 C. cr. qui dispose que le consentement de la personne âgée de moins de quatorze ans laisse entière la responsabilité de l'auteur de certains délits sexuels.

Par ailleurs, certains crimes tels que le duel,³⁴ le combat concerté³⁵ et la corruption³⁶ supposent une relation consensuelle faisant précisément l'objet de l'incrimination. Il va sans dire que, pour ces crimes, le consentement de la victime n'est pas une défense.

301.- *Le consentement est pertinent.* Plusieurs infractions comportent, comme élément constitutif, le non-consentement de la victime à l'acte incriminé ou un consentement vicié de sa part. Les infractions types à cet égard sont les voies de fait³⁷ et le viol.³⁸ Le législateur fait explicitement du non-consentement de la victime un élément essentiel de ces infractions dont la poursuite assume, en conséquence, le fardeau de preuve.³⁹

D'autres infractions, dont le cas type est le vol,⁴⁰ supposent implicitement le non-consentement de la victime à se départir de son bien. Du reste, c'est là une des caractéristiques essentielles du vol par rapport à la fraude⁴¹ qui, elle, suppose un consentement de la victime à se départir de son bien.⁴²

302.- *Les cas limites.* Le législateur n'est pas toujours explicite sur la question du consentement. En conséquence, il peut s'avérer difficile, à l'égard de certaines infractions, d'affirmer la pertinence ou la non-pertinence du consentement de la victime. C'est le cas notamment de l'infraction prévue à l'article 228 C. cr. qui fait un acte criminel du fait de "blesser, mutiler ou défigurer une personne [...ou de lui causer] des lésions corporelles". Il en est de même de l'infliction illégale de blessures corporelles prévue à l'article 245, paragraphe 2 C. cr. Pour ces infractions, il faut donc avoir recours au *Common Law* de manière à déterminer l'intention du législateur.

³⁴ Art. 72 C. cr.

³⁵ Art. 81 C. cr.

³⁶ Arts 108 et ss C. cr.

³⁷ Art. 244 C. cr.

³⁸ Art. 143 C. cr.

³⁹ R. c. *Bodechon*, [1964] 3 C.C.C. 233 (P.E.I.S.C.); Peter K. McWILLIAMS, *Canadian Criminal Evidence*, Agincourt, Canada Law Book Limited, 1974, pp. 453 et ss.

⁴⁰ Art. 283 C. cr.

⁴¹ Art. 338 C. cr.

⁴² C.R.D., *Le vol et la fraude*, Droit pénal, Document de travail 19, Ottawa, Ministère des approvisionnements et services, 1977, p. 28.

303.- *Le consentement et l'article 228 C. cr.* En ce qui concerne l'article 228 C. cr., qui codifie notamment le crime de *Common Law* de mutilation (*mayhem*), on peut penser que le consentement de la victime ne constitue pas une défense puisque le *Common Law* prohibait la mutilation en dépit du consentement de la victime.⁴³ Du reste, la notion de mutilation que retiennent les tribunaux canadiens est celle du *Common Law*.⁴⁴

304.- *Le consentement et l'article 245(2) C. cr.* L'article 245, paragraphe 2 C. cr., pour sa part, prohibe l'infliction de blessures corporelles en créant deux infractions distinctes, l'une consistant dans le fait de causer illégalement des lésions corporelles et l'autre, dans le fait de commettre des voies de fait causant des lésions corporelles.⁴⁵ En principe, le consentement est pertinent pour la seconde infraction en raison de la notion de voies de fait à laquelle elle fait référence.⁴⁶ Mais la pertinence du consentement de la victime pour la première infraction est incertaine. L'incertitude découle de trois facteurs: 1) la juxtaposition de cette infraction, qui ne comporte aucune mention quant au consentement, à une autre infraction de même gravité qui exige expressément l'absence de consentement; 2) les difficultés que pose l'interprétation du mot "illégal"; 3) la position du *Common Law* en matière de consentement.

La juxtaposition de deux infractions identiques quant à leur résultat — l'infliction de lésions corporelles — tend à indiquer la volonté du législateur de les distinguer par leurs modalités d'accomplissement. Comme la notion de voies de fait retenue par l'article 244 C. cr. codifie les notions de *Common Law* de *battery*⁴⁷ et de *assault*⁴⁷ et se caractérise par l'exigence du non-consentement de la victime, il faudrait en conclure que l'infraction de causer illégalement des lésions corporelles est commise sans égard au consentement de la victime.

D'autre part, une disposition du Code criminel créant une infraction du fait de "causer illégalement" quelque résultat, sans indiquer les conditions de l'illégalité, est très imprécise en raison des divers sens que connote le mot "illégal". L'illégalité tient-elle 1) au fait de causer le résultat en soi, ou 2) de le causer par un moyen défendu par a) la loi criminelle, ou par b) toute loi, ou 3) de causer le résultat dans des circonstances où une justification légale ne saurait

⁴³ *Russell on Crime*, vol. 1, 12e éd. par J.W. Cecil TURNER, London, Stevens & Sons Limited, 1964, p. 678.

⁴⁴ *R. c. Schultz*, (1962) 133 C.C.C. 174 (Alta. S.C.).

⁴⁵ *R. c. Prpich*, (1971) 4 C.C.C. (2d) 325 (Sask. C.A.); *R. c. Dix*, (1973) 10 C.C.C. (2d) 324 (Ont. C.A.).

⁴⁶ Art. 244 C. cr.

⁴⁷ Voir texte *supra*, c. V, §1.

opérer au profit de l'agent ou, enfin, 4) de causer le résultat d'une manière répréhensible du point de vue de la morale ou nuisible à l'intérêt social?

On peut éliminer d'emblée le quatrième sens comme étant incompatible avec le principe de la légalité des incriminations⁴⁸ et le fait que le *Common Law* ne soit plus générateur d'infractions⁴⁹. Il faut également éliminer les interprétations 1) et 2a) car elles ont pour effet de priver l'adverbe "illégalement" de toute utilité. Quant au premier sens, dire qu'une prohibition définie comme "causer illégalement un résultat" prohibe le fait de causer le résultat en soi, équivaut à interpréter la disposition comme si l'adverbe "illégalement" n'y était pas mentionné. La deuxième interprétation appelle une distinction selon que l'on retient la modalité a) ou b): interpréter "illégalement" selon la modalité a) — causer un résultat par un moyen défendu par la loi criminelle — est tautologique; par ailleurs, la modalité b) — causer un résultat par un moyen contraire à une loi autre que la loi criminelle — a déjà été retenue par la jurisprudence dans l'arrêt *Clarence*.⁵⁰ Dans cet arrêt, le juge Stephen a jugé que constituait une infraction illégale de blessures le fait, pour un mari, de communiquer à sa femme une maladie vénérienne pour le motif que cet acte constituait au moins un sévère grave donnant ouverture à une séparation de corps. Cette interprétation aurait, en définitive, pour effet d'élever un rang de crimes des actes jugés répréhensibles par des lois non criminelles. Les tribunaux n'ont pas été appelés à se prononcer sur cette question dans le cadre de l'infraction illégale de lésions corporelles. Toutefois, cette interprétation n'est pas gratuite puisque les tribunaux entérinent déjà des prohibitions contenues dans des lois civiles ou provinciales par leurs définitions des concepts de "devoir légal" dans le cadre de la négligence criminelle⁵¹ et de "fin illicite" en matière de complot.⁵² Il faut reconnaître, cependant, que le troisième sens qui consiste à interpréter le mot "illégalement" comme signifiant "en l'absence de justification légale" est celui qui trouve le plus d'appuis tant en doctrine⁵³ qu'en jurisprudence.⁵⁴ La compréhension de cette dernière

⁴⁸ Voir texte *supra*, par. 25.

⁴⁹ Art. 8 C. cr.; d'ailleurs, en matière de complot de *Common Law* (art. 423(2) C. cr.), où les tribunaux canadiens donnent au mot *unlawful* son sens le plus large, l'illégalité suppose une prohibition législative. Voir texte *infra*, par. 329.

⁵⁰ *R. c. Clarence*, (1889) 22 Q.B.D. 23 (Engl. C.C.R.).

⁵¹ Art. 202 C. cr.; *R. c. St-Germain*, [1976] C.A. 185 (C.A. Qué.); voir texte *supra*, par. 82.

⁵² Art. 423(2) C. cr.; *R. c. Jean-Talon Fashion Centre Inc.*, (1975) 22 C.C.C. (2d) 223 (C.S. Qué.); *R. c. Bendall et al.* (1977) 36 C.C.C. (2d) 113 (Man. C.A.); *Gralewicz et al. c. R.*, [1980] 2 R.C.S. 493; voir texte *infra*, par. 329.

⁵³ Glanville L. WILLIAMS, *Criminal Law: The General Part*, 2e éd., London, Stevens & Sons Limited, 1961, no 13, p. 27.

⁵⁴ *R. c. Coney*, [1882] 8 Q.B.D. 534 (Engl. C.C.R.); *R. c. Donovan*, [1934] 2 K.B. 498 (Engl. C.C.A.).

acceptation exige l'analyse des règles de *Common Law* en matière de consentement.

L'arrêt *Coney*⁵⁵ est fondamental sur la question de la pertinence du consentement bien que la question en litige ait porté sur un autre point, à savoir si le spectateur d'un combat concerté se rendait lui-même coupable de l'infraction. Mais l'arrêt prend toute son importance en raison des *obiter dicta* prononcés par les juges Stephen et Cave sur la pertinence du consentement.

Pour le juge Stephen, le consentement peut être un moyen de défense à l'infliction de blessures corporelles si l'ordre public ne s'y oppose pas:

*[...] Le principe concernant le consentement me semble être le suivant: lorsqu'une personne est accusée d'en avoir blessé une autre, le consentement de la personne blessée n'est pas une défense pour l'agresseur si la blessure, par sa nature ou par les circonstances qui l'entourent, est telle qu'elle constitue une atteinte aux droits du public et de la personne blessée. [...] Dans les cas où la vie ou l'intégrité physique ne sont pas dans le cours normal des choses exposées à un danger sérieux, je pense que le consentement est un moyen de défense à une accusation de "assault", même si la force employée est considérable comme c'est le cas dans la lutte, la boxe, le football, etc.; mais dans tous les cas, la question de savoir si le consentement dépouille le recours à la violence de son caractère illégal en est une de degré, en fonction des circonstances.*⁵⁶

Cette manière de voir pose des limites au consentement au nom de l'ordre public.

Le juge Cave, pour sa part, aborde la question d'une manière un peu différente puisqu'il voit le critère de l'illégalité de l'acte dans l'intention de son auteur:

L'approche correcte veut, je pense, qu'un coup donné sous l'effet de la colère, ou qui est de nature, ou qui est destiné à infliger une

⁵⁵ *R. c. Coney, ibid.*

⁵⁶ *Id.*, 549: "The principle as to consent seems to me to be this: When one person is indicted for inflicting personal injury upon another, the consent of the person who sustains the injury is no defence to the person who inflicts the injury, if the injury is of such a nature, or is inflicted under such circumstances, that its infliction is injurious to the public as well as to the person injured. [...] In cases where life and limb are exposed to no serious danger in the common course of things, I think that consent is a defence to a charge of assault, even when considerable force is used, as for instance, in cases of wrestling, single-stick, sparring with gloves, football and the like; but in all cases the question whether consent does or does not take from the application of force to another its illegal character, is a question of degree depending upon circumstances".

*blessure corporelle, constitue un "assault"; mais un coup donné dans l'exercice d'un sport et qui n'est pas de nature ou qui n'est pas destiné à infliger une blessure corporelle n'est pas un "assault" et que l'"assault" étant une violation de la paix et un acte illégal, le consentement de la victime n'est pas pertinent.*⁵⁷

Ce critère de l'intention semble indissociable d'un jugement de valeur posé sur l'activité elle-même. Aussi, l'exercice d'un sport qui ne servirait que de prétexte à l'infliction intentionnelle de blessures cesserait d'être une justification.

L'arrêt *Donovan*⁵⁸ semble entériner cette dernière approche en posant la règle générale qu'il est illégal de frapper une personne avec un degré de violence rendant probable l'infliction de blessures corporelles et que, dans un tel cas, le consentement de la victime est non pertinent.

La jurisprudence canadienne n'adopte pas la position avancée dans l'arrêt *Donovan* pour les fins de l'infraction de voies de fait.⁵⁹ Le consentement de la victime est en effet considéré comme une défense complète à cette accusation.⁶⁰ Pour l'infraction qui consiste dans le fait d'infliger illégalement des lésions corporelles, l'approche du *Common Law*, qui rend non pertinent le consentement de la victime si la violence a été employée avec l'intention manifeste de blesser, constitue une solution intéressante bien qu'elle ne résolve pas la question initiale de la pertinence du consentement pour cette infraction. C'est d'ailleurs le reproche que fait Williams⁶¹ au jugement *Donovan*. A son avis, la Cour des appels criminels d'Angleterre a tranché la question en litige par une pétition de principe: ou bien le consentement n'est pas pertinent à l'accusation, auquel cas il ne saurait constituer un moyen de défense, ou bien il est pertinent à l'accusation, auquel cas il est un moyen de défense, peu importe l'intention de l'auteur de la violence.

Bien que les tribunaux canadiens ne puissent faire l'objet d'une telle critique dans leur approche de la question du consentement à l'égard d'une accusation de voies de fait, il faut reconnaître toutefois qu'ils limitent également, au nom de l'ordre public, la possibilité pour la victime de consentir lorsque les blessures infligées sont d'une

⁵⁷ *Id.*, 539: "The true view is, I think, that a blow struck in anger, or which is likely or is intended to do corporal hurt, is an assault, but that a blow struck in sport, and not likely, nor intended to cause bodily harm, is not an assault, and that, an assault being a breach of the peace and unlawful, the consent of the person struck is immaterial".

⁵⁸ *R. c. Donovan*, précité, note 54.

⁵⁹ Arts 244-245 C. cr.

⁶⁰ *R. c. Dix*, précité, note 45; *R. c. Abraham*, (1974) 26 C.R.N.S. 390 (C.A. Qué.).

⁶¹ Glanville L. WILLIAMS, "Consent and Public Policy", [1962] *Crim. L.R.* 74.

certaine gravité. Pour ce faire, ils abordent la question du consentement de la victime de l'une ou l'autre des deux façons suivantes: la première consiste à dire que les blessures sont telles que la preuve ne permet pas de penser que la victime ait pu y consentir;⁶² la seconde consiste à déterminer si l'acte de l'accusé va au-delà du consentement implicite ou explicite de la victime.⁶³

305.- *Consentement et ordre public.* Que l'ordre et la moralité publics dictent au législateur l'obligation de "prohiber" des comportements en dépit du consentement de la victime est une proposition qui, sur le plan des principes, ne peut être mise en doute. La prohibition du duel l'illustre bien. Mais la démarcation concrète entre, d'une part, les impératifs de l'ordre et de la moralité publics et, d'autre part, le domaine de la liberté personnelle, pose des problèmes aigus de politique criminelle. Les exemples en sont nombreux: les prohibitions touchant l'usage non médical des drogues, l'obscénité, la prostitution et le jeu, la réglementation sur l'avortement, etc. En prohibant ces comportements, en dépit du fait que leurs auteurs ne puissent être considérés comme des victimes au sens strict et qu'une partie de l'opinion publique considère qu'il s'agit de comportements qui ne devraient pas être incriminés, le législateur est perçu comme mettant autant de freins à la liberté individuelle au nom de la moralité et de l'ordre publics.

C'est également la notion d'ordre public qui justifie le traitement médical, malgré l'absence de consentement de la victime, dans le cadre de la justification thérapeutique codifiée à l'article 45 C. cr.⁶⁴

Par ailleurs, on a vu que les tribunaux imposent parfois des limitations au consentement au nom de la moralité et de l'ordre publics à l'égard de crimes où, pourtant, le non-consentement de la victime est un élément essentiel.

Il est donc intéressant d'analyser le concept de consentement en regard du traitement médical, d'une part, et de l'exercice des sports, d'autre part, afin d'illustrer comment la faculté de consentir est tempérée par les nécessités de l'ordre public.

306.- *Consentement et traitement médical.* Le droit criminel conçoit l'acte médical comme une violence physique dont la légalité repose, d'une part, sur le consentement du patient et, d'autre part, sur l'exécution par le praticien de son obligation légale de compétence et de diligence.

⁶² R. c. Cullen, [1949] R.C.S. 658; R. c. Abraham, précité, note 60; R. c. Maki, (1971) 1 C.C.C. (2d) 333 (Ont. P.C.).

⁶³ R. c. Dix, précité, note 45; R. c. MacTavish, (1972) 8 C.C.C. (2d) 206 (N.B.S.C.); R. c. St.-Croix, (1979) 47 C.C.C. (2d) 122 (Ont. C.C.).

⁶⁴ Voir texte *supra*, par. 282.

Les tribunaux canadiens se sont prononcés sur le sens de l'obligation de compétence et de diligence qui incombe au médecin⁶⁵ mais n'ont jamais eu, à l'occasion d'une poursuite pénale, à se prononcer sur le domaine du consentement.⁶⁶ Il est vrai que la relation médecin-patient ressortit d'abord et avant tout au droit provincial, qui la régit par le biais des dispositions relatives au contrat, à la responsabilité civile et aux lois particulières régissant l'exercice de la profession médicale.⁶⁷ En outre, les stipulations du droit civil quant au caractère éclairé et libre du consentement⁶⁸ régissent la pratique de la médecine et donnent le critère de la responsabilité civile des médecins.⁶⁹

Toutefois, en ce qui concerne la loi criminelle, on peut se demander si le patient a une liberté totale de consentement en matière médicale ou si celle-ci est limitée par la notion d'ordre public et de bonnes moeurs. A cet égard, la légalité des actes thérapeutiques ne semble pas poser de difficultés. En effet, il va sans dire que le patient peut consentir à l'administration d'un traitement visant à guérir une maladie ou à tout le moins à soulager les malaises qui l'accompagnent. Mais, dans la mesure où le caractère thérapeutique d'un acte peut être mis en doute, la possibilité d'y consentir fait elle-même l'objet de doutes en fonction de l'ordre public. C'est le cas notamment pour des actes allant du perçage d'oreilles, du tatouage, de la circoncision rituelle, jusqu'à la stérilisation, le transsexualisme et l'expérimentation humaine. Si l'ordre public n'est pas mis en péril par les interventions non thérapeutiques de peu de gravité, on ne saurait en dire autant des autres. Mais, à l'heure actuelle, la loi pénale ne précise aucune ligne de conduite. Le problème du consentement à l'infliction de lésions corporelles, que nous avons exposé ci-haut, se pose donc ici dans toute son ampleur.⁷⁰

⁶⁵ Voir notamment *R. c. Rogers*, (1968) 4 C.R.N.S. 303 (B.C.C.A.); *R. c. St-Germain*, précité, note 51.

⁶⁶ Dans l'affaire *Cataford c. Moreau*, [1978] C.S. 933, on retrouve toutefois un *obiter dictum* du juge Deschênes à l'effet qu'une intervention chirurgicale visant à stériliser une femme âgée de trente-trois ans et mère de dix enfants était une intervention justifiée par l'article 45 C. cr.

⁶⁷ V.g. *Code des professions*, L.R.Q. 1977, c. C-26; *Loi médicale*, L.R.Q. 1977, c. M-9.

⁶⁸ Arts 19-20 C.c.

⁶⁹ Sur le sujet, voir Albert MAYRAND, *L'inviolabilité de la personne humaine*, Montréal, Wilson et Lafleur Limitée, 1975; C.R.D., *Le consentement à l'acte médical*, Série Protection de la vie, Document de travail, Ottawa, Ministère des approvisionnements et services, 1980; voir aussi Raymond BOUCHER *et al.*, "La responsabilité hospitalière", (1974) 15 *C. de D.* 217, 471-491.

⁷⁰ Voir texte *supra*, par. 282; C.R.D., *Le traitement médical et le droit criminel*, Série Protection de la vie, Document de travail 26, Ottawa, Ministère des approvisionnements et services, 1980.

307.- *Consentement et exercice des sports.* La participation à un sport de rudesse implique l'acceptation d'un risque de violence, voire même de blessures.⁷¹ Toutefois, l'emploi de violence intentionnelle, gratuite ou exagérée n'est pas censé avoir fait l'objet d'un consentement.⁷² Sont seules justifiées les violences inhérentes à l'exercice du sport,⁷³ encore que les règles du jeu restent toujours soumises à l'ordre public et ne sauraient, par conséquent, primer sur les dispositions du droit criminel.⁷⁴

§ 3. LA PROVOCATION

308.- *Notion.* L'article 215 C. cr. édicte qu'une personne accusée de meurtre peut être condamnée pour homicide involontaire coupable si elle a causé la mort dans un accès de colère causé par une provocation soudaine. Ce même article définit la provocation:

*Une action injuste ou une insulte de telle nature qu'elle suffise à priver une personne ordinaire du pouvoir de se maîtriser, est une provocation aux fins du présent article, si l'accusé a agi sous l'impulsion du moment et avant d'avoir eu le temps de reprendre son sang-froid.*⁷⁵

La provocation est donc un facteur d'atténuation de responsabilité en ce qu'elle ne disculpe pas totalement l'auteur d'un meurtre; tout au plus permet-elle de le tenir responsable d'une infraction moindre, l'homicide involontaire coupable.⁷⁶ Cette atténuation de responsabilité n'a cependant rien à voir avec la notion de *mens rea*. En effet, le meurtre commis sous le coup d'une provocation reste intentionnel;⁷⁷

⁷¹ *R. c. Coney*, précité, note 54.

⁷² *R. c. Maki*, précité, note 62; *R. c. St.-Croix*, précité, note 63.

⁷³ *R. c. Green*, (1971) 2 C.C.C. (2d) 442 (Ont. P.C.).

⁷⁴ Mais voir Gilles LÉTOURNEAU, Antoine MANGANAS, "La tolérance des droits pénaux et sportifs, source de violence dans les sports", (1976) 17 *C. de D.* 741; *Rapport final du Comité d'étude sur la violence au hockey amateur au Québec* (Rapport Néron), Haut-Commissariat à la jeunesse, aux loisirs et aux sports, 1977, 121-133.

⁷⁵ Art. 215 (2) C. cr.

⁷⁶ Art. 215 (1) C. cr.: bien que la provocation ne constitue un moyen de défense qu'à l'encontre d'une accusation de meurtre, *R. c. Lowry*, [1976] C.S.P. 1070 (C.S.P. Qué.), *R. c. Campbell*, (1978) 38 C.C.C. (2d) 6 (Ont. C.A.), il faut reconnaître que l'attitude provocatrice de la victime peut être considérée par le tribunal comme un facteur de mitigation de la peine: *R. c. Doucette, Dongen et McNutt*, (1961) 129 C.C.C. 102 (Ont. C.A.).

⁷⁷ *R. c. Bakun*, [1967] 2 C.C.C. 214 (B.C.C.A.).

c'est pourquoi la défense de provocation ne saurait être reçue à l'encontre d'une accusation de tentative de meurtre⁷⁸. D'une façon exceptionnelle, le législateur atténue ici la responsabilité en raison du mobile qui a poussé le prévenu à la commission de l'infraction, à savoir la provocation soudaine de la part de la victime.⁷⁹

309.- *La provocation et l'homme raisonnable.* Notons que l'article 215 C. cr. définit la provocation en regard d'une personne ordinaire, donnant ainsi une définition purement normative de la provocation.⁸⁰ Ainsi, quels que soient les traits particuliers de la personnalité du délinquant, le plaidoyer de provocation n'est recevable que si, en pareille situation, une personne ordinaire aurait été provoquée. Dans l'arrêt *Wright*,⁸¹ le juge Fauteux, rendant le jugement de la Cour suprême, définit ainsi la portée de la défense de provocation:

Il n'est pas suffisant que l'accusé ait agi sous le coup d'une colère aveugle, si la première exigence du paragraphe 2 de l'article 203 n'est pas rencontrée. Si elle l'est, la deuxième étape de l'enquête, l'appréciation subjective, doit servir à vérifier si l'accusé a réagi immédiatement à la provocation, avant qu'il n'ait eu le temps de reprendre son calme. Il faut préciser que si le caractère, les antécédents, le tempérament, les traits particuliers ou la sobriété de l'accusé doivent être pris en considération à cette étape, ils doivent toutefois être ignorés lors de la première phase de l'enquête.⁸²

⁷⁸ *R. c. Campbell*, précité, note 76; notons cependant que, dans cette affaire, le juge Martin de la Cour d'appel d'Ontario affirme, dans un *obiter dictum*, que l'on peut néanmoins prendre en considération la provocation afin de déterminer si l'accusé a eu l'intention requise pour commettre une tentative de meurtre.

⁷⁹ *R. c. Louison*, (1976) 26 C.C.C. (2d) 266 (Sask. C.A.); confirmé par [1979] 1 R.C.S. 100; il semble toutefois que la défense de provocation puisse être reçue même si la provocation est causée par une personne autre que la victime si, de fait, le geste de l'accusé visait le provocateur et non pas la victime: John Cyril SMITH, Brian HOGAN, *Criminal Law*, 4e éd., London, Butterworths, 1978, p. 295; *Kenny's Outlines of the Criminal Law*, 19e éd., par J.W. Cecil TURNER, Cambridge, Cambridge University Press, 1966, no 124, p. 180; G.L. WILLIAMS, *op. cit.*, note 53, no 47, pp. 128 et ss.

⁸⁰ *Bedder c. D.P.P.*, [1954] 2 All E.R. 801, 804 (H.L.) (Lord Simmons); Glanville L. WILLIAMS, "Provocation and the Reasonable Man", [1954] *Crim. L.R.* 740.

⁸¹ *Wright c. R.*, [1969] R.C.S. 335.

⁸² *Id.*, 340: "It is not enough, therefore, that an accused acted in a blind rage, if this first requirement of s. 203(2) is not satisfied. If it is satisfied, then the second branch of the enquiry, or the subjective test, is to determine whether the accused acted actually upon the provocation, on the sudden and before there was time for his passion to cool. While the character, background, temperament, idiosyncracies or the drunkenness of the accused are matters to be considered in the second branch of the enquiry, they are excluded from the consideration in the first branch". La Commission McRuer, en 1958, a rejeté une suggestion visant à permettre au

310.- *L'action injuste ou l'insulte.* Au surplus, l'article 215, paragraphe 3 C. cr. limite ce moyen de défense aux seules actions injustes ou insultes faites à l'accusé; il ne s'applique pas lorsque la provocation invoquée résulte de l'exercice, par la victime, d'un droit qui lui est reconnu (v.g. le droit d'intenter une action en séparation de corps). Bien que l'action injuste puisse englober l'exercice, par la victime, de voies de fait sur la personne de l'accusé, on constate que, dans un tel cas, l'accusé plaide plus volontiers la légitime défense.⁸³ La chose s'explique sans doute du fait que le plaidoyer de légitime défense, contrairement à celui de provocation, entraîne une exonération totale de responsabilité.⁸⁴ Par ailleurs, lorsque la provocation découle de l'exercice illégal d'un pouvoir d'arrestation, elle ne constitue une défense que dans la mesure où l'accusé connaissait l'illégalité.⁸⁵

311.- *La riposte.* S'il s'avère que l'homme raisonnable aurait perçu l'action injuste ou l'insulte comme une provocation, il faudra alors apprécier la soudaineté de la riposte. A cette fin, les caractéristiques personnelles de l'accusé doivent être prises en considération pour déterminer si l'accusé a agi sous l'impulsion du moment et sans avoir repris son sang-froid.⁸⁶

§ 4. LA PROVOCATION POLICIÈRE

312.- *Notion.* La lutte contre la criminalité est une entreprise qui peut s'avérer difficile à l'égard des crimes consensuels, c'est-à-dire des crimes n'impliquant pas, à proprement parler, de victime, comme c'est le cas notamment pour les infractions relatives au jeu, à la prostitution et à l'usage non médical des drogues. Les forces de l'ordre n'ont alors d'autre choix que de faire appel à des indicateurs, voire à des agents provocateurs, afin de recueillir les preuves suffisantes à une inculpation:

Si la police veut réprimer ces infractions que l'opinion publique désapprouve et qui sont d'ailleurs punies dans notre droit, elle

tribunal de calculer le degré de provocation suffisant pour réduire l'infraction de meurtre à celle d'homicide involontaire coupable, d'après l'état mental de l'accusé et non d'après ce qui doit suffire à priver une personne ordinaire du pouvoir de se maîtriser: *Rapport de la commission royale d'enquête sur le droit pénal en matière de psychopathie sexuelle criminelle*. Ottawa, Imprimeur de la Reine, 1959, p. 38.

⁸³ Voir, par exemple, *Olbey c. R.*, [1980] 1 R.C.S. 1008.

⁸⁴ Voir texte *supra*, par. 239. En outre, une jurisprudence majoritaire reconnaît que l'excès de force en légitime défense donne lieu à une condamnation pour homicide involontaire coupable et non pour meurtre. Voir texte *supra*, par. 248.

⁸⁵ Art. 215(4) C. cr.

⁸⁶ *R. c. Haight*, (1976) 30 C.C.C. (2d) 168 (Ont. C.A.); *R. c. Gowland*, (1979) 45 C.C.C. (2d) 303 (Ont. C.A.); *Olbey c. R.*, précité, note 83.

doit prendre des initiatives. Elle peut, par exemple, utiliser un espion, un policier ou quelqu'un d'autre, qui s'infiltrera dans le milieu pour obtenir des renseignements sur une infraction consensuelle; la police peut s'entendre avec des indicateurs, qui participeront aux infractions et dénonceront les autres; la police peut encore se servir d'imposteurs ou de ses propres agents secrets pour fournir à d'autres personnes l'occasion de commettre une infraction consensuelle ou pour encourager sa perpétration. La police peut aller plus loin et recourir à ses propres agents ou à d'autres personnes pour inciter des gens à commettre une infraction qu'elle aura organisée de toutes pièces et les prendre au piège.⁸⁷

La légalité des manœuvres utilisées par ces personnes est parfois mise en doute par les contrevenants qui invoquent alors la provocation policière comme défense à l'accusation. Au Canada, jusqu'à présent, leur entreprise a été couronnée d'un succès fort mitigé⁸⁸ tandis que la Chambre des Lords d'Angleterre a catégoriquement refusé de reconnaître une telle défense⁸⁹ et que les tribunaux américains y ont fait droit à maintes reprises.⁹⁰

313.- *La provocation policière en tant que moyen de défense.* Au Canada, à la différence des Etats-Unis, l'illégalité commise dans l'obtention d'une preuve n'empêche pas l'admissibilité de celle-ci, si elle est pertinente au litige.⁹¹ En conséquence, les tribunaux ont été réticents à reconnaître une défense de provocation policière.⁹² De fait, seule la Cour d'appel de la Nouvelle-Ecosse, rendant jugement dans l'arrêt *Bonmar*,⁹³ s'est dit disposée à accueillir une telle défense si la preuve était faite d'un véritable piège policier, c'est-à-dire d'une provocation ou d'une incitation au crime, sans laquelle l'accusé n'aurait pas formulé d'intention criminelle. Quatre juges de la Cour suprême ont abondé dans le même sens dans l'arrêt *Kirzner*.⁹⁴ Leur porte-parole, le juge en chef Laskin, considère l'état du droit américain sur la question, pour ensuite proposer certaines limites à la recevabilité d'une défense de provocation policière. Il constate qu'aux Etats-Unis

⁸⁷ *Kirzner c. R.*, [1978] 2 R.C.S. 487, 493 (juge en chef Laskin).

⁸⁸ Voir texte *infra*, par. 313.

⁸⁹ *R. c. Sang*, [1979] 2 All E.R. 1222 (H.L.).

⁹⁰ *Sorrells c. United States*, (1932) 287 U.S. 435 (U.S.S.C.); *Sherman c. United States*, (1958) 356 U.S. 369 (U.S.S.C.); *United States c. Russell*, (1973) 411 U.S. 423 (U.S.S.C.); *Hampton c. United States*, (1976) 425 U.S. 484 (U.S.S.C.).

⁹¹ *R. c. Wray*, [1971] R.C.S. 272.

⁹² Voir *R. c. Ormerod*, [1969] 2 O.R. 230 (Ont. C.A.); *R. c. Chernecki*, (1972) 16 C.R.N.S. 230 (B.C.C.A.); *Kirzner c. R.*, précité, note 87.

⁹³ *R. c. Bonmar*, (1976) 34 C.R.N.S. 182 (N.S.S.C. App. Div.).

⁹⁴ *Kirzner c. R.*, précité, note 87, (le juge en chef Laskin, les juges Spence, Dickson et Estey).

les tribunaux s'entendent pour sanctionner la provocation policière au motif qu'il s'agit d'un procédé déloyal qui discrédite l'administration de la justice. Il note cependant les divergences d'opinion qui existent chez nos voisins du sud quant à l'incidence de l'illégalité commise. Deux courants de pensée, l'un prônant une approche subjective et l'autre, une approche objective, s'y affrontent. Selon l'approche objective, toute illégalité commise par un policier doit être sanctionnée par l'acquiescement de l'accusé qui en a été victime afin de réaffirmer la valeur qu'elle met en péril. L'approche subjective, par contre, recherche l'état d'esprit qui animait l'accusé et conclut à l'acquiescement de celui-ci seulement dans la mesure où, en l'absence d'un stratagème, il n'aurait pas commis l'infraction. Cette dernière approche implique des difficultés de preuve que l'on ne rencontre pas avec l'approche objective. C'est ce souci de pragmatisme qui rend, semble-t-il, l'approche objective plus attrayante aux tribunaux inférieurs américains.⁹⁵

Néanmoins, c'est l'approche subjective que le juge en chef Laskin semble privilégier, si on en juge par son analyse des décisions antérieures de la Cour suprême dans lesquelles cette dernière a plus ou moins escamoté la question de la recevabilité de la défense de provocation policière. Ainsi, dans l'arrêt *Lemieux*,⁹⁶ un cas d'introduction par effraction⁹⁷ commise par l'accusé à la suite des pressions d'un indicateur agissant selon les directives de la police, il y a eu acquiescement au motif qu'il n'y avait pas eu un véritable vol par effraction vu la participation du propriétaire au piège tendu par la police. Mais, selon le juge Laskin, l'affaire *Lemieux* était un cas approprié pour l'application de la défense car la preuve a révélé que l'accusé n'avait jamais songé à participer à la perpétration d'une telle infraction avant que l'indicateur ne l'incite à le faire. Il affirme, toutefois, que sa conclusion aurait été tout autre s'il y avait eu une incitation par un indicateur sans la complicité de la police. Dans ce cas, aucune défense de provocation policière ne saurait être reçue.⁹⁸ Par ailleurs, l'arrêt *Patterson*⁹⁹ illustre un cas qui, selon le juge Laskin, ne donnerait pas ouverture à la défense car la victime du stratagème, accusée d'avoir tenu une maison de débauche,¹⁰⁰ était prédisposée au crime.¹⁰¹

⁹⁵ *Id.*, 496.

⁹⁶ *Lemieux c. R.*, [1967] R.C.S. 492.

⁹⁷ Art. 306 C. cr.

⁹⁸ *Kirzner c. R.*, précité, note 87, 499. Voir aussi *R. c. Amato*, (1980) 51 C.C.C. (2d) 401 (B.C.C.A.).

⁹⁹ *Patterson c. R.*, [1968] R.C.S. 157.

¹⁰⁰ Art. 193(1) C. cr.

¹⁰¹ *Kirzner c. R.*, précité, note 87, 500. Voir aussi *R. c. Ridge*, (1980) 51 C.C.C. (2d) 261 (B.C.C.A.).

314.- *Le cadre procédural et la preuve de la défense.* Le juge Laskin subordonne la recevabilité d'une défense de provocation policière à l'existence d'une preuve prépondérante de celle-ci.¹⁰² Par ailleurs, il refuse de se prononcer sur la procédure qui serait la plus appropriée pour sanctionner la provocation policière. Deux avenues s'offrent au tribunal: la première consiste à prononcer un arrêt des procédures et la seconde, à prononcer un acquittement au mérite. La première alternative pose d'abord la question du pouvoir du juge d'arrêter les procédures, pouvoir mis en doute par le jugement majoritaire de la Cour suprême dans l'arrêt *Rourke*.¹⁰³ En outre, l'arrêt des procédures semble plus approprié suite à la réception d'un plaidoyer préliminaire. Cette procédure cadrerait donc davantage avec l'approche objective de la provocation policière. D'autre part, la position reconnaissant la provocation policière en tant que défense au fond, donnant lieu à un acquittement au mérite, serait plus en accord avec l'approche subjective. En effet, celle-ci suppose que le tribunal s'interroge sur l'état d'esprit de l'accusé afin de déterminer sa prédisposition au crime et ce, indépendamment de toute provocation policière.¹⁰⁴

¹⁰² *Kirzner c. R.*, précité, note 87, 501.

¹⁰³ *R. c. Rourke*, [1978] 1 R.C.S. 1021.

¹⁰⁴ C'est cette dernière approche qu'a adoptée le juge Greenberg appelé à rendre jugement sur une requête pour arrêt des procédures, en raison d'une provocation policière, dans l'affaire *R. c. Sabloff*, [1979] C.S. 821; voir également *R. c. Sabloff*, [1979] C.S. 1077.