

# L'évolution du droit pénal général à travers le prisme de la Cour suprême du Canada : bilan analytique et critique de l'année 2013

Par

Pierre Rainville  
*Professeur à l'Université de Laval*

Autant la Cour suprême du Canada égrène un nombre relativement faible de décisions – moins d'une centaine par année –, autant le droit pénal occupe un rôle prépondérant au sein de sa jurisprudence. La dernière année se sera avérée particulièrement féconde en la matière. Le présent bilan se limitera à l'étude de certains arrêts de principe rendus au sujet du droit pénal général.

## **I. L'éventail des régimes de responsabilité et l'art de la qualification de l'infraction**

### *1.1. La détermination du régime de responsabilité*

Le droit pénal canadien est parsemé d'infractions qui relèvent de ressorts multiples. Tant le Parlement fédéral que les provinces et les municipalités sont habilités à sévir. Les règles du partage des compétences délimitent les domaines d'attribution de ces entités diverses<sup>1</sup>.

Cet arsenal répressif connaît cinq régimes de responsabilité différents. Le plus ancien – les infractions dites de «*mens rea subjective*»– est axé sur la faute subjective de l'inculpé. Qu'elle se fasse directement ou indirectement, la preuve de l'élément cognitif devient cardinale : les connaissances de l'accusé – ou celles qu'il a choisi à dessein d'ignorer<sup>2</sup> – constituent le pilier de la condamnation.

Très draconien dans son expression et de moins en moins répandu<sup>3</sup>, un second régime de responsabilité avalise la condamnation d'une personne indépendamment de son innocence morale: il s'agit de la «responsabilité absolue». Ce régime de responsabilité foncièrement injuste se cantonne à des infractions de moindre importance dépourvues d'une quelconque peine d'emprisonnement.

Les trois autres régimes de responsabilité reposent sur l'établissement d'une faute objective, savoir la négligence, le défaut de diligence. La teneur de la faute objective recherchée et la charge de la preuve différencient toutefois ces trois

---

<sup>1</sup> H. Brun, G. Tremblay et E. Brouillet, *Droit constitutionnel*, 5<sup>e</sup> éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2008, p. 492 à 501; G. Côté-Harper, P. Rainville et J. Turgeon, *Traité de droit pénal canadien*, 4<sup>e</sup> éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1998, p. 53 à 79.

<sup>2</sup> L'«aveuglement volontaire» ou l'«ignorance délibérée» de l'accusé sont de nature à fonder sa condamnation: *R. c. Briscoe*, [2010] 1 R.C.S. 411.

<sup>3</sup> *Lévis (Ville) c. Tétreault*, 2006 CSC 12.

catégories d'incriminations. Les «infractions de responsabilité stricte» – très nombreuses dans la législation provinciale – se satisfont de la preuve des éléments matériels de l'infraction. Sitôt cette preuve rapportée, l'accusé est présumé fautif, sauf preuve contraire de sa part comme quoi il fut probablement diligent ou comme quoi il a succombé à une erreur de fait raisonnable<sup>4</sup>.

Les infractions criminelles – réservées en propre au Parlement fédéral en raison de leur gravité accrue – peuvent également se satisfaire d'une faute objective. Il appartient toutefois au poursuivant de rapporter la preuve hors de tout doute raisonnable de la nature véritablement blâmable de la conduite en cause<sup>5</sup>. Aucune présomption de faute ne pèse désormais sur l'inculpé. Qui plus est, une faute objective *caractérisée* devient indispensable. Pour des raisons constitutionnelles multiples, seule la preuve d'un écart « marqué » par rapport au comportement de la personne raisonnable parvient à fonder une condamnation au criminel<sup>6</sup>. Des infractions tels la conduite automobile dangereuse, la manipulation négligente d'une arme à feu ou encore le défaut de fournir les choses nécessaires à un enfant de moins de seize ans (aliments, soins de santé) sont autant de «crimes de négligence»<sup>7</sup> axés sur une faute objective aggravée. Il reste enfin une dernière infraction – la négligence criminelle causant la mort ou des lésions corporelles – qui possède son propre régime de responsabilité : force est alors d'établir un écart de conduite marqué *et* important afin d'asseoir une condamnation. Cette faute objective répond, ce faisant, à un double critère : la Cour suprême du Canada s'en justifie en raison de la gravité accrue des peines encourues<sup>8</sup>. Ce critère cumulatif est toutefois d'usage malaisé car la jurisprudence antérieure retenait, pour synonyme d'un écart marqué, un écart important<sup>9</sup>...

En l'absence d'une partie générale au sein de législation fédérale ou provinciale, la détermination de l'appartenance d'une infraction à l'un ou l'autre des cinq régimes de responsabilité demeure chose malaisée. L'arrêt *A.D.H.*<sup>10</sup> aura été l'occasion de revoir les règles relatives à la qualification des infractions proprement criminelles. Les infractions contenues au sein du Code criminel sont présumées appartenir au régime de responsabilité de «mens rea subjective» : la preuve d'un état d'esprit subjectif blâmable est censée être requise. Or, cette présomption n'avait plus été évoquée par la Cour suprême du Canada depuis 1998<sup>11</sup> et nombre d'infractions criminelles ont été qualifiées depuis lors comme

---

<sup>4</sup> L'erreur de fait dite «raisonnable» est, en réalité, une erreur légitime, de celles qu'aurait pareillement commises la personne raisonnable.

<sup>5</sup> Le poursuivant devra prouver le caractère dangereux de la conduite adoptée *et* l'existence d'un écart de conduite marqué d'avec la norme de diligence escomptée: *R. c. Roy*, 2012 CSC 26, par. 34 à 36, 42, 46, 52 et 55

<sup>6</sup> *R. c. Roy*, 2012 CSC 26, par. 31; *R. c. Creighton*, [1993] 3 R.C.S. 3, 59.

<sup>7</sup> L'expression «négligence pénale» est parfois employée à titre de synonyme.

<sup>8</sup> *R. c. J.F.*, 2008 CSC 60, par. 9 à 16.

<sup>9</sup> *R. c. MacGillivray*, [1995] 1 R.C.S. 890.

<sup>10</sup> *R. c. A.D.H.*, 2013 CSC 28.

<sup>11</sup> *R. c. Lucas*, [1998] 1 R.C.S. 439.

relevant des crimes de négligence, parfois de manière très discutable<sup>12</sup>. Dans un arrêt de principe, la Cour suprême restitue désormais toute sa portée à la présomption favorable au régime de la *mens rea* subjective<sup>13</sup>. Le litige tranché dans l'affaire *A.D.H.* porte sur le régime de responsabilité d'un texte d'incrimination peu usité. L'art. 218 C.cr. réprovoque le fait d'abandonner ou d'exposer un enfant de moins de dix ans de manière à ce que sa vie soit effectivement mise en danger ou soit exposée à l'être, ou que sa santé soit réellement compromise de manière permanente ou exposée à l'être. Le libellé du texte d'incrimination ne dit mot de la teneur de la faute (objective ou subjective) requise. Cette disposition à la portée fuyante fournira à la Cour suprême l'occasion de proclamer le rôle joué par la présomption favorable à l'exigence de la faute subjective.

Cette présomption se voit attribuer un rôle appréciable : ni la gravité toute relative de la peine, ni le régime des autres infractions faisant partie de la même section du code criminel ne suffisent, à eux seuls, à écarter la présomption de faute subjective<sup>14</sup>. Certes, la présomption conserve un caractère relatif : l'infraction sera répertoriée au sein des crimes de négligence si telle est l'intention «clairement exprimée» par le législateur<sup>15</sup>. Si celle-ci ne s'avère guère discernable, la présomption est appelée à l'emporter<sup>16</sup>. L'utilité même de la présomption de faute subjective ne se résume pas à un simple élément de qualification juridique: les juges majoritaires y voient un outil destiné à gommer l'éventuelle portée excessive du texte d'incrimination<sup>17</sup>.

La prise de conscience du risque occasionné s'intègre alors au sein des éléments de l'infraction qu'est tenu de prouver le poursuivant<sup>18</sup>. Sera innocentée la personne «qui néglige de demander les renseignements dont s'enquerrait quelqu'un de raisonnable et de prudent ou qui ne connaît pas des faits qu'elle devrait connaître»<sup>19</sup>. L'acquittement prononcé sur ce fondement dans l'arrêt *A.D.H.* repose sur une trame de faits déroutante. Saisie d'un malaise, une femme se rend dans les toilettes d'un magasin. À sa grande stupeur, elle accouche d'un enfant dont elle ignorait jusqu'à l'existence. Sa prise de poids au cours des mois précédents l'avait incitée à subir trois tests de grossesse, tous

---

<sup>12</sup> Voir la critique de l'arrêt *R. c. Naglick*, [1993] 3 R.C.S. 122 formulée par A.-M. Boisvert, «Les exigences constitutionnelles en matière de faute pénale : un bilan critique», (1994) 73 R. du B. can. 161, 198 et G. Côté-Harper, P. Rainville et J. Turgeon, *Traité de droit pénal canadien*, 4<sup>e</sup> éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1998, p. 552 et 553.

<sup>13</sup> Voir pareillement *R. c. MacDonald*, 2014 CSC 3, par. 54.

<sup>14</sup> *R. c. A.D.H.*, 2013 CSC 28, par. 71 et 72.

<sup>15</sup> *R. c. A.D.H.*, 2013 CSC 28, par. 27. Rapp. *R. c. MacDonald*, 2014 CSC 3, par. 54. Cette intention peut résulter tantôt de la nature de l'infraction, tantôt de son libellé (rapp. les par. 57 et 58 de l'arrêt *A.D.H.* de même que *R. c. Hundal*, [1993] 1 R.C.S. 867).

<sup>16</sup> *R. c. A.D.H.*, 2013 CSC 28, par. 29.

<sup>17</sup> *R. c. A.D.H.*, 2013 CSC 28, par. 40 et 41.

<sup>18</sup> Le poursuivant ne peut plus se contenter d'établir l'écart de comportement marqué par rapport à celui de la personne raisonnable.

<sup>19</sup> Passage de l'arrêt *R. c. Sault Ste. Marie*, [1978] 2 R.C.S. 1299 repris dans *R. c. A.D.H.*, 2013 CSC 28, par. 23.

négatifs. Elle avait, du reste, eu ses règles de manière régulière jusqu'à l'accouchement. Croyant l'enfant mort-né de par la couleur bleue de sa peau, elle le laissera dans la cuvette des toilettes et refusera l'aide des clients qui avait entendu la mère gémir. Le gérant du magasin découvrira le corps de l'enfant qui sera réanimé à temps. La conviction sincère de la mère au sujet du décès de l'enfant lui vaut d'être acquittée : aucune faute subjective ne peut lui être reprochée et un quelconque manque de prudence ne saurait lui être opposé en raison de la catégorisation de l'infraction au sein des crimes de *mens rea* subjective.

### 1.2. *La qualification de l'infraction et l'interprétation de l'infraction : les parallèles retrouvés*

Sans le dire, l'arrêt *A.D.H.* de la Cour suprême aura unifié les règles relatives à la qualification de l'infraction et celles ayant trait à son interprétation. La qualification de l'infraction et la détermination de sa portée procèdent désormais, l'une comme l'autre, de l'examen du libellé du texte d'incrimination, de son historique, du fondement de l'interdiction en cause et du contexte législatif<sup>20</sup>. Au surplus, le doute favorise dorénavant – dans les deux cas – l'inculpé.

Il est certes acquis que les règles d'interprétation législative ont préséance sur l'ancienne règle de common law selon laquelle le doute avantage l'inculpé en présence d'un problème interprétatif<sup>21</sup>. Le juge est tenu – dans un premier temps – de tenter de cerner la portée de l'infraction (soit la détermination de ses éléments constitutifs). L'examen de la version bilingue du texte d'incrimination fédéral – les versions anglaise et française ayant toutes deux valeur officielle – constitue, à cet égard, une étape interprétative primordiale<sup>22</sup>. Une éventuelle incompatibilité entre les libellés français et anglais dictera la préférence pour la version la plus avantageuse pour l'inculpé : le justiciable doit être en mesure de cerner la portée du texte d'incrimination dans la langue de son choix<sup>23</sup>. En l'absence de conflit entre les libellés français et anglais, le juge pourra retracer la volonté du législateur en s'aidant notamment du sens grammatical du vocable employé, des autres termes qui enserrant le mot ambigu, des dispositions législatives complémentaires, de l'historique du texte d'incrimination ou encore du préambule de la loi en question<sup>24</sup>.

Aussi faut-il un doute inexpugnable pour que le texte d'incrimination voie sa portée définie d'une manière obligatoirement favorable à l'accusé. L'épuisement des méthodes d'interprétation législative est nécessaire avant de s'en remettre,

---

<sup>20</sup> Cette tendance pouvait déjà s'observer en matière pénale réglementaire: *Lévis (Ville) c. Tétreault*, 2006 CSC 12. Voir, depuis lors, *R. c. MacDonald*, 2014 CSC 3, par. 54.

<sup>21</sup> *R. c. Hasselwander*, [1993] 2 R.C.S. 398.

<sup>22</sup> *R. c. Lamy*, 2002 CSC 25; *R. c. Mac*, 2002 CSC 24.

<sup>23</sup> *R. c. Daoust*, [2004] 1 R.C.S. 217, 222; *Medovarski c. Canada (M.C.I.)*, [2005] 2 R.C.S. 539, par. 23 à 30.

<sup>24</sup> Entre autres exemples, voir *R. c. Levkovic*, 2013 CSC 25; *R. c. Lohnes*, [1992] 1 R.C.S. 167.

par défaut, à l'interprétation la plus avantageuse pour l'accusé<sup>25</sup>. La même règle vaut désormais en matière de qualification de l'infraction : un doute *persistant* quant au régime de responsabilité retenu par le législateur opérera en faveur de l'accusé : en matière criminelle, le régime de la faute subjective sera préféré à celui de la faute objective<sup>26</sup>.

Cette harmonie retrouvée dans l'art de l'interprétation s'entend parfaitement. Qu'il s'agisse de cerner la portée d'un terme ambigu ou d'arrêter le régime de responsabilité applicable, la détermination des éléments constitutifs de l'infraction demeure, en définitive, l'unique question en jeu.

## II. Le principe de la légalité

Le principe de la légalité figure naturellement parmi les éléments axiomatiques du droit pénal canadien. Ce principe connaît toutefois des déclinaisons éparses. Certaines garanties sont érigées en valeur constitutionnelle, d'autres point. Autant le caractère obligatoire du texte d'incrimination n'est pas assuré par la *Charte canadienne des droits et libertés*<sup>27</sup>, autant ce texte répressif, s'il existe, se doit d'être intelligible (la théorie de l'imprécision) et mesuré (la théorie de la portée excessive) pour satisfaire, cette fois-ci, aux exigences de la même Charte canadienne. Les principes de justice fondamentale consacrés à l'art. 7 de la Charte canadienne n'emportent pas l'exigence du texte d'incrimination, mais ils prescrivent les qualités requises du libellé de l'infraction...

Cette dissonance n'est pas la seule digne de mention. S'il arrive que certains textes d'incrimination se voient invalidés pour cause de portée excessive<sup>28</sup>, il convient de noter la très grande rareté des dispositions législatives jugées inopérantes pour motif d'imprécision. La jurisprudence préfère combler par le menu les carences et les silences du législateur plutôt que de frapper d'invalidité un texte d'incrimination à la portée équivoque. Les exemples en ce sens sont légion<sup>29</sup> et le récent arrêt *Levkovic*<sup>30</sup> ne s'écarte en rien de cette complaisance

---

<sup>25</sup> *Urizar c. R.*, [2013] R.J.Q. 43; 2013 QCCA 46, par. 62; *R. c. Mac*, 2002 CSC 24, par. 4; *R. c. Hasselwander*, [1993] 2 R.C.S. 398.

<sup>26</sup> *R. c. A.D.H.*, 2013 CSC 28, par. 29.

<sup>27</sup> Le caractère impératif du texte d'incrimination est un principe législatif (art. 9 C.cr.) et non pas un principe constitutionnel aux termes de la Charte canadienne: *R. c. Finta*, [1994] 1 R.C.S. 701; *United Nurses of Alberta c. Alberta (Procureur général)*, [1992] 1 R.C.S. 901. À l'inverse, l'art. 37 de la *Charte québécoise des droits et libertés* rend indispensable l'existence du texte d'incrimination en droit pénal provincial québécois.

<sup>28</sup> Ont ainsi été invalidées tout récemment quelques-unes des dispositions du Code criminel relatives au racolage, au proxénétisme et à la tenue des maisons de débauche (*Canada (Procureur général) c. Bedford*, 2013 CSC 72) ou celle relative à la flânerie aux abords d'un terrain d'école ou d'un parc public de la part d'une personne jadis condamnée pour un crime d'ordre sexuel (*R. c. Heywood*, [1994] 3 R.C.S. 701).

<sup>29</sup> Parmi de nombreuses illustrations, voir *Canadian Foundation for Children, Youth and the Law c. Canada (Procureur général)*, [2004] 1 R.C.S. 76; *Ontario c. Canadien Pacifique Itée*, [1995] 2 R.C.S. 1031.

relative. La Cour suprême écarte la thèse de l'imprécision du crime de suppression de part codifié à l'article 243 C.cr. aux termes duquel il est interdit à quiconque de « faire disparaître le cadavre d'un enfant dans l'intention de cacher le fait que sa mère lui a donné naissance, que l'enfant soit mort *avant*, pendant ou après la naissance ».

Non sans raison, l'accusée se formalisait en l'occurrence de ce que le texte de loi n'offrit aucune précision temporelle lorsque l'élimination du cadavre survient avant la naissance. Il était, de dire l'inculpée, impossible de différencier - sur le plan temporel - l'interdit visé par l'article 243 C.cr. d'une part et la suppression du fœtus résultant d'une fausse couche ou d'un avortement, d'autre part. Il faut dire que l'article 243 C.cr. est avare de précisions et n'offre aucun indice quant au stade de la grossesse visé par la sanction pénale. Au contraire des diverses législations provinciales qui imposent la dénonciation d'une mortinaissance à compter d'un nombre précis de semaines de grossesse (le plus souvent vingt semaines), le Code criminel n'enserme l'interdit d'aucune balise temporelle. La mère se voit ainsi dans l'impossibilité de connaître le seuil de démarcation entre la simple fausse couche et la naissance d'un enfant jugé mort-né au sens du droit criminel. En clair, la femme enceinte se heurte à l'incapacité de déceler le stade à partir duquel il lui est interdit de se départir sans mot dire du fœtus.

La Cour suprême se refuse pourtant à invalider le texte d'incrimination relatif à la suppression de part avant la naissance. Elle se permet plutôt de pallier l'indigence du texte en le complétant. La répression ne saurait intervenir que si l'enfant serait « probablement né vivant » n'eût été l'événement en question<sup>31</sup>. Elle repousse dès lors significativement le stade à partir duquel il est interdit de se départir subrepticement du cadavre d'un enfant qui n'était pas encore né. La Cour obvie à l'imprécision en retenant l'interprétation la plus avantageuse pour l'accusée<sup>32</sup> et en retardant d'autant la période de la grossesse visée par le crime de suppression de part. La Cour refuse pourtant de retenir un âge gestationnel précis au motif que le législateur s'en est lui-même gardé<sup>33</sup>.

Il n'empêche que cette analyse palliatrice ne répond guère aux fondements du principe de la légalité. Le législateur est tenu à un degré élémentaire de précision: le comportement prohibé doit être fixé « et susceptible d'être connu d'avance »<sup>34</sup>. Si la norme retenue n'est certes pas le seuil de la certitude<sup>35</sup>, encore faut-il que le justiciable « soit en mesure de connaître *préalablement* les

---

<sup>30</sup> R. c. *Levkovic*, 2013 CSC 25.

<sup>31</sup> R. c. *Levkovic*, 2013 CSC 25, par. 13.

<sup>32</sup> R. c. *Levkovic*, 2013 CSC 25, par. 13.

<sup>33</sup> R. c. *Levkovic*, 2013 CSC 25, par. 52. La Cour n'a affiché ni la même réserve ni la même déférence envers le législateur dans l'arrêt *Canadian Foundation for Children, Youth and the Law c. Canada (Procureur général)*, [2004] 1 R.C.S. 76, puisqu'elle s'est permise de prescrire l'âge des enfants visés par les mesures correctives abordées à l'article 43 C.cr.

<sup>34</sup> R. c. *Levkovic*, 2013 CSC 25, par. 33.

<sup>35</sup> R. c. *Levkovic*, 2013 CSC 25, par. 34; R. c. *Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 R.C.S. 606.

éléments du crime»<sup>36</sup>. Et la jurisprudence canadienne d'ajouter que si l'accusé «doit attendre qu'un tribunal décide de l'étendue d'une infraction, [il] est alors traité de façon injuste et contraire aux principes de justice fondamentale»<sup>37</sup>. Or, la Cour suprême aura façonné, en l'espèce, son interprétation législative en grande partie sur la foi d'une décision anglaise remontant au milieu du XIX<sup>e</sup> siècle<sup>38</sup>... Cette démarche interprétative illustre – à elle seule – en quoi la prévisibilité de l'interdit est souvent illusoire en droit pénal canadien. Il est d'ailleurs loisible d'affirmer que le principe de la légalité – en tant qu'exigence de délimitation *par le législateur* du champ d'application de la disposition pénale – ne traduit pas un impératif aussi rigoureux en droit canadien qu'en droit français. Au contraire de la rigueur affichée par le Conseil constitutionnel français<sup>39</sup>, il semble quasi impensable qu'une infraction qui se contenterait de bannir le harcèlement sexuel sans plus d'explication puisse souffrir d'un vice constitutionnel en droit canadien. Qu'il suffise de rappeler, par analogie, que les textes d'incrimination se satisfaisant de proscrire, sans autre précision, l'abus de confiance<sup>40</sup> ou l'immoralité sexuelle<sup>41</sup> en présence d'un enfant ont été jugés conformes à la *Charte canadienne des droits et libertés*.

### III. La complicité

#### 3. 1 *Le régime de responsabilité afférent à la complicité*

La singularité du droit pénal canadien transparaît à l'étude de la participation à l'infraction. Le complice se voit assujéti à des régimes de responsabilité différents selon qu'il est traduit pour la violation d'une infraction fédérale ou bien provinciale.

Le droit fédéral canadien englobe les infractions de nature criminelle (les infractions les plus graves) et celles qui relèvent des domaines de compétence du Parlement fédéral (tels le droit bancaire, le droit de la faillite ou encore celui de l'immigration). Les modes de participation supposent, dans tous ces cas de figure, la démonstration de la volonté de l'accusé d'aider, d'inciter ou d'encourager la réalisation de l'infraction<sup>42</sup>. Une intention ultérieure (dite «intention spécifique») est nécessaire si le complice se voit reprocher son aide

---

<sup>36</sup> *R. c. Levkovic*, 2013 CSC 25, par. 34 (nos italiques).

<sup>37</sup> *R. c. Levkovic*, 2013 CSC 25, par. 34. La Cour fait sienne la formulation proposée par les auteurs M. Manning et P. Sankoff, *Manning, Mewett & Sankoff : Criminal Law*, 4<sup>e</sup> éd., Markham, LexisNexis, 2009, p. 75 et 76.

<sup>38</sup> L'arrêt *Levkovic* s'inspire grandement de l'affaire *R. c. Berriman*, (1854), 6 Cox.C.C. 388 afin d'arrêter un critère très apparenté.

<sup>39</sup> Cons. const., 4 mai 2012, QPC n° 2012-240.

<sup>40</sup> *Lippé, c. R.*, J.E. 96-1772 (C.A. Qué.).

<sup>41</sup> *R. c. B.E.*, (1999) 139 C.C.C. (3d) 100; 1999 CanLII 3796, par. 44 et 45 (C.A. Ont.).

<sup>42</sup> Les articles 21 et 22 C.cr. possèdent une portée qui embrasse l'ensemble de la législation fédérale: art. 34 (2) de la *Loi d'interprétation fédérale*.

(contribution matérielle) ou son encouragement (contribution morale). La volonté de voir l'infraction envisagée par l'auteur réel se réaliser devient indispensable<sup>43</sup>. Seule l'incitation au crime se satisfait d'une faute subjective de moindre importance, soit l'insouciance<sup>44</sup> de l'inculpé : dans une décision éminemment discutable, la Cour suprême se contente de ce que l'incitateur ait prévu l'existence d'«un risque important et injustifié» que son conseil soit suivi d'effet<sup>45</sup>. Ces trois modes de participation (l'aide, l'encouragement et l'incitation) n'en exigent pas moins la preuve d'une faute subjective : l'inculpé doit avoir personnellement anticipé la réalisation de l'infraction reprochée.

Le droit pénal québécois échappe à cette relative uniformité de régime. Le droit provincial se caractérise par une disparité désolante<sup>46</sup> : aucune disposition générale ne prescrit la responsabilité du complice de sorte que la détermination de sa responsabilité varie au gré des lois particulières. L'arrêt *La Souveraine* aura amplifié pareil éclatement<sup>47</sup>. Tout est désormais fonction du mode de répression de la complicité. Si la complicité est érigée en une infraction en propre (et non pas en un mode de participation à l'infraction perpétrée par l'auteur réel), le libellé du texte d'incrimination acquiert un rôle capital. La preuve de la volonté de l'accusé de souscrire à la réalisation de l'infraction ne s'impose plus que si le législateur québécois en fait état. Par exemple, le simple fait d'ériger en infraction le fait – pour un assureur – d'aider, «par un encouragement, un conseil, un consentement, une autorisation ou un ordre » à enfreindre une disposition de la loi ne suppose en rien la preuve de la volonté de l'assureur de participer à la perpétration d'une infraction<sup>48</sup>. La prohibition se voit reléguée au rang des infractions de responsabilité stricte<sup>49</sup> ; l'inculpé ne peut plus exciper de son absence de volonté de concourir à la réalisation de l'infraction et il ne lui reste guère qu'à tenter de prouver une erreur de fait raisonnable ou encore sa diligence raisonnable. La faute subjective est dès lors entièrement évacuée.

---

<sup>43</sup> L'on ne saurait dès lors se satisfaire de l'étude de l'effet du comportement de l'accusé : *R. c. Rochon*, 2012 CSC 50; P. Rainville, «Modes de participation à l'infraction visant la personne physique», *JurisClasseur Québec*, coll. « Droit pénal », *Droit pénal général*, fasc. 8, Montréal, LexisNexis Canada, 2013, par. 56 et 57.

<sup>44</sup> En droit canadien, l'insouciance suppose l'anticipation par l'accusé du risque créé. La norme demeure donc foncièrement subjective et renvoie à la prise de conscience de l'inculpé.

<sup>45</sup> Pareille atténuation de la faute subjective requise (*R. c. Hamilton*, 2005 CSC 47) emporte la critique : K. Roach, *Criminal Law*, 5<sup>e</sup> éd., Toronto, Irwin Law, 2012, p. 143 et 144; P. Rainville, «Le verbe fait crime : la répression de l'instigation et les avatars de l'arrêt *Hamilton*», (2007) 11 *Rev.can.D.P.* 177; E. Colvin et S. Anand, *Principles of Criminal Law*, 3<sup>e</sup> éd., Toronto, Thomson Carswell, 2007, p. 569, 570 et 574.

<sup>46</sup> P. Létourneau et G. Robert, *Code de procédure pénale annoté*, 2011, 9<sup>e</sup> éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2011, p. 119 et s.; G. Côté-Harper, P. Rainville et J. Turgeon, *Traité de droit pénal canadien*, 4<sup>e</sup> éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1998, p. 744 et s.

<sup>47</sup> *La Souveraine, Compagnie d'assurance générale c. Autorité des marchés financiers*, 2013 CSC 63.

<sup>48</sup> Il en ira autrement si le législateur québécois expose en toutes lettres la nécessité de prouver la volonté d'aider ou d'encourager l'auteur principal. Une formulation telle l'expression «en vue d'aider» serait de nature à emporter la conclusion comme quoi la complicité passe par la preuve d'une faute subjective.

<sup>49</sup> Les infractions de responsabilité stricte sont abordées au point 1.1 du présent article.

Il en va probablement autrement lorsque la répression de la complicité en droit provincial québécois emprunte le simple mode de la participation (en clair, la complicité cesse de faire figure d'infraction autonome et le participant se voit plutôt poursuivi pour la même infraction que l'auteur réel). La Cour suprême laisse entendre que la preuve de l'intention du complice pourrait alors devenir indispensable<sup>50</sup>. Cette interprétation éminemment souhaitable restituée à la complicité sa nature propre en vertu de laquelle la participation à une infraction suppose une intention véritable<sup>51</sup>.

### 3.2. Le complot et la complicité

Le droit canadien s'assure de bien départager le complice et le conspirateur. Autant le conspirateur est appelé à devenir le complice de l'infraction projetée, autant le complice n'est pas forcément un comploteur<sup>52</sup>. Qu'il suffise de songer à la personne qui pousse des cris d'encouragement à la vue d'une infraction commise inopinément. Elle se rend complice du crime en cause sans se faire conspiratrice pour autant.

Toute autre est la question de savoir si l'aide à la réalisation d'un complot suffit à se rendre complice de la conspiration. La jurisprudence consent à sanctionner certaines formes de complicité intervenues *en amont* de l'élaboration de l'entente. L'individu qui en encourage un autre à ourdir un complot devient lui-même coupable de la conspiration proposée<sup>53</sup>. La complicité intervenue *en aval* pose davantage problème. Deux cas de figure doivent être différenciés. Une partie peut entendre s'intégrer à une conspiration et faire sien le dessein illicite déjà conçu: son adhésion au complot en cours l'expose à une condamnation pour conspiration en vertu de l'article 465 C.cr.<sup>54</sup> La question est plus malaisée si la partie n'entend pas s'engager dans la réalisation de l'infraction projetée. Qu'il suffise de songer à un commerçant qui vend, en toute connaissance de cause, des téléphones portatifs à des personnes qui en feront usage dans le cadre d'un

---

<sup>50</sup> Voir le compte rendu de l'arrêt *Demers c. Autorité des marchés financiers*, 2013 QCCA 323 que fait la Cour suprême dans *La Souveraine*, 2013 CSC 63, par. 43 à 47.

<sup>51</sup> *Turp c. Autorité des marchés financiers*, J.E. 2012-1546 (C.S.); J.-C. Hébert, *Droit pénal des affaires*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2002, p. 13 et s.; G. Côté-Harper, P. Rainville et J. Turgeon, *Traité de droit pénal canadien*, 4<sup>e</sup> éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1998, p. 746 et 747.

<sup>52</sup> P. Rainville, «Modes de participation à l'infraction visant la personne physique», *JurisClasseur Québec*, coll. «Droit pénal», *Droit pénal général*, fasc. 8, Montréal, LexisNexis Canada, 2013, par. 27 et 36; *Trudeau c. R.*, 2007 QCCA 505.

<sup>53</sup> Voilà qui suppose que l'entente illicite souhaitée soit bel et bien conclue: *R. c. J.F.*, 2013 CSC 12, par. 25, 39 et 40; *Bérubé c. R.*, (1999) 139 C.C.C. (3d) 304 (C.A. Qué.).

<sup>54</sup> La qualité de conspirateur peut se déduire «de la preuve d'une conduite aidant à la perpétration de la fin illégale» pour peu qu'existe une entente, tacite ou expresse, entre les délinquants: *R. c. J.F.*, 2013 CSC 12, par. 52 à 54, 65 et 73.

trafic de stupéfiants<sup>55</sup>. La jurisprudence canadienne se sera longtemps divisée quant à la nature de la condamnation qu'il sied de réserver à la partie qui collabore sans s'immiscer comme tel dans l'exécution du complot. Or, le critère temporel revêt un rôle déterminant<sup>56</sup>. L'entente illicite étant déjà nouée, l'acte de complicité ne porte plus sur la formation de la conspiration et il ne saurait, par conséquent, être punissable du chef de complot. Il en ira cependant autrement si la collaboration offerte a pour visée de favoriser l'arrivée d'un nouveau membre au sein de la conspiration<sup>57</sup>. Cette solution axée sur *la vocation de l'aide offerte* l'aura finalement emporté en Cour suprême<sup>58</sup>.

### 3.3. *La complicité et le désistement*

Le sort réservé au repentir du complice sera demeuré longtemps irrésolu en droit canadien. Certes, il était acquis que le complice qui se désiste en temps opportun se soustrait, ce faisant, à la responsabilité du fait d'autrui prévue à l'article 21 (2) C.cr. Cette disposition exorbitante attribue au complice la responsabilité des crimes auxquels il n'a pas participé, dès lors qu'il faisait œuvre commune avec l'auteur du crime et que l'infraction supplémentaire commise par ce dernier était une conséquence probable (objectivement parlant) de l'exécution de leur pacte illégal. L'article 21 (2) C.cr. élargit en réalité outrancièrement le champ de la responsabilité et se permet d'imputer à une partie un crime supplémentaire qu'elle n'a point pressenti ni facilité<sup>59</sup>. Or, le désistement suffisait à faire échec à cette responsabilité accrue pourvu que la volte-face fût communiquée de manière univoque et en temps utile<sup>60</sup>. Le moment, la sincérité et la communication du repentir font donc office de critères cumulatifs<sup>61</sup>.

Toute autre est la question de savoir si la volte-face du complice le soustrait à la responsabilité de l'infraction qu'il a lui-même projetée. La Cour suprême choisit de répondre affirmativement et d'imposer toutefois des conditions plus rigoureuses que celles énoncées par la jurisprudence au sujet de l'article 21 (2)

---

<sup>55</sup> Voir l'acquiescement prononcé dans l'arrêt *R. c. Trieu*, (2008) 89 Alta.L.R. (4th) 85; 2008 ABCA 143 (C.A. Alb.).

<sup>56</sup> P. Rainville et J. Desrosiers, «Le particularisme juridique de la répression de la criminalité organisée au Canada» dans *La criminalité organisée. Droit français, droit international et droit comparé*, (dir. J. Pradel et J. Dallest), Paris, LexisNexis, 2012, p. 373-417, aux p. 377 à 379.

<sup>57</sup> *R. c. J.F.*, 2013 CSC 12, par. 59; *R. c. Trieu*, (2008) 89 Alta.L.R. (4th) 85; 2008 ABCA 143, par. 34 (C.A. Alb.).

<sup>58</sup> *R. c. J.F.*, 2013 CSC 12, par. 45 et 46: «Le fait de fournir aide ou encouragement à la poursuite de la fin illégale ne prouve pas que l'accusé a aidé ou encouragé l'auteur principal à commettre quelque élément constitutif de l'infraction de complot. [...] le crime de complot est distinct de l'infraction qui constitue son objet.»

<sup>59</sup> La constitutionnalité de cette disposition fait toujours débat : P. Rainville, «La responsabilité par appartenance ou les incertitudes conceptuelles et constitutionnelles relatives à l'article 21 (2) C.cr.», (2008) 12 *Revue can. D.P.* 161.

<sup>60</sup> *R. c. Bird*, 2009 CSC 60.

<sup>61</sup> G. Côté-Harper, P. Rainville et J. Turgeon, *Traité de droit pénal canadien*, 4<sup>e</sup> éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1998, p. 862 à 869.

C.cr. Il existe donc désormais deux moyens de défense de désistement, l'un, un rien plus souple, au sujet de l'article 21 (2), et l'autre plus exigeant lorsque le repentir est destiné à faire échec à la responsabilité pour l'infraction à laquelle participait bel et bien le complice. Dans ce dernier cas, le complice doit se dissocier de l'infraction prévue et s'employer à faire échec à la consommation de l'infraction «proportionnellement à sa participation à la commission du crime projeté»<sup>62</sup>. Le complice qui a fourni de l'aide au sens de l'article 21 (1) b) C.cr. ne pourra normalement se contenter de faire subitement faux bond. Non seulement devra-t-il afficher sa volonté de se désister<sup>63</sup>, mais il lui faudra aussi s'affairer à neutraliser les effets de sa participation antérieure ou empêcher la réalisation de l'infraction. Celui qui fournit une substance délétère devra, par exemple, tenter de la détruire, mettre la victime à l'abri, obtenir une confirmation verbale comme quoi l'auteur réel renonce lui aussi à son dessein ou encore le dénoncer en temps utile aux autorités<sup>64</sup>.

Cette faveur désormais accordée au complice relancera forcément le débat relatif à la responsabilité de l'auteur d'une tentative qui renonce subitement et sincèrement à son dessein illicite. Sa responsabilité était tenue pour acquise sitôt le stade du commencement d'exécution franchi, puisque l'infraction de tentative se trouve d'ores et déjà entièrement consommée<sup>65</sup>. La clémence affichée envers le complice pourrait dorénavant mener à une solution autre qui se rapprocherait de certains droits étrangers tel le droit français<sup>66</sup>.

#### **IV. Les moyens de défense**

##### *4.1 Les principes généraux relatifs aux conditions de recevabilité des moyens de défense*

###### *4.1.1 La délimitation des fonctions du juge du droit et du juge des faits*

Le juge qui instruit le procès pénal hérite d'un double devoir de vigilance qu'il se doit d'exercer de manière *préalable* à l'étude au fond de la thèse de la culpabilité ou de l'innocence de l'accusé<sup>67</sup>. Autant il doit d'emblée expurger des débats les moyens de défense dénués de fondement valable, autant il est tenu d'autoriser

---

<sup>62</sup> R. c. *Gauthier*, 2013 CSC 32, par. 50.

<sup>63</sup> R. c. *K.K.P.*, 2006 ABCA 299.

<sup>64</sup> R. c. *Gauthier*, 2013 CSC 32, par. 63.

<sup>65</sup> Telle est la position jurisprudentielle encore qu'elle fasse débat en doctrine : voir les autorités analysées dans G. Côté-Harper, P. Rainville et J. Turgeon, *Traité de droit pénal canadien*, 4<sup>e</sup> éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1998, p. 680 à 685.

<sup>66</sup> Le désistement volontaire efface la culpabilité de l'auteur d'une tentative en droit français: J. Pradel et A. Varinard, *Les grands arrêts du droit pénal général*, 8<sup>e</sup> éd., Paris, Dalloz, 2012, p. 415 à 423; Y. Mayaud, *Droit pénal général*, 4<sup>e</sup> éd., Paris, PUF, 2013, p. 299 à 303; B. Bouloc, *Droit pénal général*, 23<sup>e</sup> éd., Paris, Dalloz, 2013, p. 232 à 234.

<sup>67</sup> Rapp. R. c. *Mayuran*, 2012 CSC 31, par. 20.

l'examen de toute thèse favorable à l'innocence qui soit pourvue d'un ressort factuel suffisamment probant.

La mise en œuvre de cette double fonction est parfois malaisée. La jurisprudence canadienne enserme cet exercice de règles fort précises. Chaque moyen de défense se doit d'obéir au « critère de la vraisemblance » afin de pouvoir être examiné au fond. En somme, un mécanisme de tri opère en amont. Le juge – qu'il préside seul le procès<sup>68</sup> ou qu'il instruit un jury – doit se livrer à une démarche analytique préalable. Force lui est de s'assurer de la vraisemblance du moyen de défense invoqué par l'inculpé. Une erreur au sujet de la nature vraisemblable du moyen proposé est d'ailleurs de nature à fonder un pourvoi en cassation<sup>69</sup>.

Cette fonction est balisée par de nombreux arrêts récents de la Cour suprême du Canada.

#### 4.1.1.1 Une évaluation factuelle mesurée

Le critère de la vraisemblance porte sur l'ensemble des conditions d'ouverture du moyen de défense. Le moyen sera jugé d'emblée irrecevable dès lors que l'une quelconque des conditions d'ouverture ne présente pas la vraisemblance voulue<sup>70</sup>. Il est alors exclu d'examiner le moyen de défense au fond.

L'appréciation de la vraisemblance du moyen de défense donne lieu à une évaluation factuelle limitée. S'il existe une *preuve directe* relativement à *chacune* des composantes du moyen de défense, celui-ci sera jugé vraisemblable et il devra être examiné au mérite<sup>71</sup>. À l'étape préalable de l'étude de la vraisemblance, il est interdit au juge de se prononcer sur la fiabilité des témoignages entendus de sorte qu'une preuve directe commandera la recevabilité initiale du moyen de défense allégué<sup>72</sup>. En présence d'une *preuve indirecte ou circonstancielle*, l'analyse factuelle prend un peu plus d'ampleur. Il ne suffit plus d'identifier un quelconque élément de preuve<sup>73</sup>. Encore faut-il que les éléments de preuve allégués soient « raisonnablement susceptible[s] d'étayer les inférences [déductions] nécessaires à l'application du moyen de

---

<sup>68</sup> *R. c. Tran*, 2010 CSC 58, par. 41.

<sup>69</sup> Voir la jurisprudence citée *infra*, notes 98 à 101.

<sup>70</sup> *R. c. Pappas*, 2013 CSC 56, par. 36; *R. c. Mayuran*, 2012 CSC 31, par. 22; *R. c. Tran*, 2010 CSC 58, par. 41; *R. c. Yumnu*, 2010 ONCA 637, par. 196; *R. c. Cinous*, 2002 CSC 29, par. 93, 97, 111 et 125; *R. c. Latimer*, 2001 CSC 1, par. 36 et 42.

<sup>71</sup> *R. c. Pappas*, 2013 CSC 56, par. 23; *R. c. Cinous*, 2002 CSC 29, par. 88. Nul besoin par conséquent d'une quelconque corroboration (*R. c. Cinous*, 2002 CSC 29, par. 78) encore que l'inculpé ne puisse se contenter d'une affirmation aucunement étayée (*R. c. Cinous*, 2002 CSC 29, par. 88, 95, 96, 98 et 119; *R. c. Davis*, [1999] 3 R.C.S. 759, par. 83 et 86).

<sup>72</sup> *R. c. Pappas*, 2013 CSC 56, par. 23.

<sup>73</sup> *R. c. Mayuran*, 2012 CSC 31, par. 21; *R. c. Fontaine*, [2004] 1 R.C.S. 702, par. 56 et 69. Rapp. *R. c. Cinous*, 2002 CSC 29, par. 62 à 65, 67, 75 et 83.

défense»<sup>74</sup>. Par ailleurs, la déposition de l'accusé ne saurait suffire à autoriser l'examen au fond du moyen de défense si son assertion, aucunement étayée, s'avère par ailleurs incompatible avec l'ensemble de la preuve offerte par l'accusé<sup>75</sup>.

Cette démarche initiale ne doit toutefois pas empiéter sur le rôle du juge du fond. Comme le reconnaît la Cour suprême, le droit canadien opère une « distinction subtile »<sup>76</sup> : le tribunal ne saurait, à ce stade précoce, se prononcer sur la crédibilité des témoins ni apprécier la valeur probante de la preuve offerte au soutien du moyen de défense<sup>77</sup>. Il n'est pas davantage censé tirer des conclusions factuelles ou se livrer à des inférences de fait « précises »<sup>78</sup>. Il lui est tout aussi interdit de se substituer au juge des faits et de proscrire l'examen du moyen de défense au motif que la thèse invoquée ne suscite pas, à son avis, de doute raisonnable<sup>79</sup>. Seule importe la « plausibilité apparente »<sup>80</sup> du moyen allégué et non pas le sort que lui réservera, en dernier ressort, le juge des faits<sup>81</sup>.

Le rôle exercé ne diffère guère de celui du magistrat lors du stade de l'enquête préliminaire<sup>82</sup>. Les bornes posées au juge à cette étape préalable sont cernées de manière saisissante dans le passage suivant maintes fois repris en jurisprudence : « Le critère de la vraisemblance ne vise pas [...] à déterminer s'il est probable, improbable, quelque peu probable ou fort probable que le moyen de défense invoqué sera retenu en fin de compte »<sup>83</sup>. Ne sont donc pas de mise les supputations quant aux chances de succès du moyen de défense<sup>84</sup>. Aussi une cour d'appel sera-t-elle désavouée par la Cour suprême si elle se livre à un

---

<sup>74</sup> *R. c. Buzizi*, 2013 CSC 27, par. 8. Voir encore *R. c. Pappas*, 2013 CSC 56, par. 25; *R. c. Gauthier*, 2013 CSC 32, par. 60; *R. c. Cairney*, 2013 CSC 55, par. 21; *R. c. Mayuran*, 2012 CSC 31, par. 21; *R. c. Fontaine*, [2004] 1 R.C.S. 702, par. 56. La corroboration n'est pas requise pour autant: *R. c. Cinous*, 2002 CSC 29, par. 78.

<sup>75</sup> *R. c. Pappas*, 2013 CSC 56, par. 24 et 41. Comp. *R. c. Fontaine*, [2004] 1 R.C.S. 702, par. 93 et s.; *R. c. Cinous*, 2002 CSC 29, par. 88, 95, 96, 98 et 119; *R. c. Davis*, [1999] 3 R.C.S. 759, par. 83 et 86; *R. c. Park*, [1995] 2 R.C.S. 836, par. 13, 19 à 21 et 30 à 35.

<sup>76</sup> *R. c. Pappas*, 2013 CSC 56, par. 22. Rapp. *R. c. Park*, [1995] 2 R.C.S. 836, par. 13.

<sup>77</sup> *R. c. Pappas*, 2013 CSC 56, par. 22; *R. c. Gauthier*, 2013 CSC 32, par. 25; *R. c. Gunning*, [2005] 1 R.C.S. 627, par. 33; *R. c. Fontaine*, [2004] 1 R.C.S. 702, par. 12 et 72; *R. c. Cinous*, 2002 CSC 29, par. 54, 87, 90 et 98; *R. c. Thibert*, [1996] 1 R.C.S. 37, par. 7; *R. c. Park*, [1995] 2 R.C.S. 836, par. 13.

<sup>78</sup> *R. c. Pappas*, 2013 CSC 56, par. 22; *R. c. Cinous*, 2002 CSC 29, par. 54, 87 et 91.

<sup>79</sup> Rapp. *R. c. Gunning*, [2005] 1 R.C.S. 627, par. 37 et 38; *R. c. Cinous*, 2002 CSC 29, par. 53 et 54.

<sup>80</sup> *R. c. Davis*, [1999] 3 R.C.S. 759, par. 82; *R. c. Ewanchuk*, [1999] 1 R.C.S. 330, par. 57.

<sup>81</sup> *R. c. Gunning*, [2005] 1 R.C.S. 627, par. 37 et 38; *R. c. Fontaine*, [2004] 1 R.C.S. 702; *R. c. Cinous*, 2002 CSC 29, par. 54 et 107; *R. c. Thibert*, [1996] 1 R.C.S. 37, par. 7.

<sup>82</sup> *R. c. Pappas*, 2013 CSC 56, par. 22; *R. c. Fontaine*, [2004] 1 R.C.S. 702, par. 75 à 79; *R. c. Cinous*, 2002 CSC 29, par. 90.

<sup>83</sup> Ce passage de l'arrêt *R. c. Cinous*, 2002 CSC 29, par. 54, fait jurisprudence: *R. c. Buzizi*, 2013 CSC 27, par. 16; *R. c. Cairney*, 2013 CSC 55, par. 21; *R. c. Gunning*, [2005] 1 R.C.S. 627, 643 et 644; *R. c. Fontaine*, [2004] 1 R.C.S. 702, par. 68.

<sup>84</sup> *R. c. Fontaine*, [2004] 1 R.C.S. 702, par. 68 et 83 à 85.

examen trop minutieux de la preuve et usurpe, de ce fait, le rôle du juge des faits ou du jury<sup>85</sup>.

Partant, un premier garde-fou favorise l'accusé : un moyen de défense ne saurait être tenu pour invraisemblable au seul motif qu'il est improbable que le juge des faits le retienne<sup>86</sup>. Une seconde règle juridique l'avantage tout autant. Un doute persistant quant à la vraisemblance du moyen de défense se tranchera en faveur de l'accusé<sup>87</sup> : pareille équivoque signifie que le moyen doit être présenté au juge des faits.

Une fois le critère de la vraisemblance respecté, la recevabilité initiale du moyen de défense devient acquise. Au juge du droit succède le juge des faits (juge seul<sup>88</sup> ou jury) à qui il revient d'aborder souverainement la justesse du moyen de défense invoqué. Cette étape ultérieure du processus analytique comporte ses propres exigences probatoires. Le moyen de défense ayant été jugé recevable, il appartient désormais au poursuivant d'en démentir l'existence et ce, hors de toute doute raisonnable<sup>89</sup>. Des directives au sujet de la charge de la preuve s'imposent d'ailleurs en présence d'un jury. Ce dernier doit impérativement être avisé de ce qu'il ne revient pas à l'inculpé d'établir le bien-fondé de son moyen de défense et qu'un simple doute raisonnable au sujet du moyen de défense doit se traduire par un acquittement<sup>90</sup>. Cela étant, à ce stade ultime du processus d'analyse du moyen de défense, il suffit au ministère public d'établir, hors de tout doute raisonnable, l'inexistence de l'une ou l'autre des conditions d'ouverture du moyen de défense pour que ce dernier soit anéanti<sup>91</sup>.

#### 4.1.1.2 Une évaluation normative affirmée

---

<sup>85</sup> *R. c. Cairney*, 2013 CSC 55, par. 20, 21 et 62.

<sup>86</sup> Rapp. *R. c. Buzizi*, 2013 CSC 27; *R. c. Taillefer*, (1995) 40 C.R. (4<sup>e</sup>) 287; 1995 CanLII 4592 (C.A.Qué.).

<sup>87</sup> *R. c. Pappas*, 2013 CSC 56, par. 26 et 33; *R. c. Cairney*, 2013 CSC 55, par. 22 et 46; *R. c. Turcotte*, 2013 QCCA 1916, par. 68.

<sup>88</sup> Le procès instruit par un juge seul fait intervenir un seul et même magistrat investi de deux fonctions. Le juge du droit intervient dans un premier temps et tranche la vraisemblance du moyen de défense; il s'expose à une décision en cassation s'il commet une erreur d'appréciation en la matière. En revanche, il tranchera souverainement la pertinence du moyen de défense si ce dernier possède l'apparence de vraisemblance voulue.

<sup>89</sup> *Stoica c. R.*, 2012 QCCA 634; *Couture c. R.*, 2012 QCCA 243, par. 24; *Primus c. R.*, J.E. 2010-1626 (C.A.).

<sup>90</sup> *R. c. Cinous*, 2002 CSC 29, par. 39; *R. c. Thibert*, [1996] 1 R.C.S. 37, par. 2 et 31; *Barboza-Pena c. R.*, 2008 QCCA 1133. Voilà qui impose pareillement au juge seul de se demander expressément si le moyen de défense invoqué suscite un doute raisonnable: *Stoica c. R.*, 2012 QCCA 634. Rares sont les moyens de défense qui imposent plutôt à l'accusé la charge de persuasion par balance des probabilités : la défense de troubles mentaux, la défense d'automatisme et celle d'intoxication volontaire en présence d'une infraction d'intention générale sont du nombre.

<sup>91</sup> *Couture c. R.*, 2012 QCCA 243, par. 23; *Barboza-Pena c. R.*, 2008 QCCA 1133; *R. c. Hebert*, [1996] 2 R.C.S. 272.

Le juge du droit hérite d'un rôle de vigile à l'étape initiale de l'examen du critère de la vraisemblance: force lui est de repérer et d'éliminer les moyens de défense dépourvus d'un fondement suffisamment probant. Il lui revient ainsi de nier d'emblée certaines thèses. À cette fonction négative s'ajoute pourtant un rôle éminemment créateur. Dès le stade de l'examen initial de la vraisemblance intervient un balisage normatif. Le juge peut être appelé à définir le moyen de défense et à s'assurer notamment de sa concordance avec les valeurs sociales en cours. L'étape du critère de la vraisemblance en est souvent une de façonnement du droit.

Le moyen de défense de provocation en offre un exemple saisissant. La provocation constitue le seul moyen de défense partiel que connaisse le droit pénal canadien. L'accusé qui abat intentionnellement sa victime dans un accès de colère consécutif à une action injuste ou à une insulte a droit à un verdict réduit d'homicide involontaire coupable pour peu qu'une personne raisonnable eût été privée du pouvoir de se maîtriser et que l'inculpé lui-même ait agi sous le coup de l'emportement, avant d'avoir eu le temps de reprendre son sang-froid<sup>92</sup>. L'examen du critère de la vraisemblance n'occulte pas les enjeux normatifs. Le juge est tenu de s'assurer, par exemple, de ce que la défense de provocation soumise s'harmonise avec les normes sociales contemporaines et – en outre – les valeurs consacrées par la *Charte canadienne des droits et libertés*<sup>93</sup>. Le recours à la défense de provocation « est nécessairement fonction des valeurs et des normes sociales contemporaines, parmi lesquelles figurent le regard différent que jette la société sur la nature de l'union maritale et le fait que, de nos jours, celle-ci se solde souvent par une séparation »<sup>94</sup>. Aussi le juge du droit doit-il évacuer des débats d'audience la thèse de la provocation si l'accusé s'est introduit à la dérobée dans la demeure de son ancienne conjointe et l'a surprise au lit avec son nouveau compagnon, plusieurs mois après leur propre rupture. Le juge est tenu, en effet, de s'assurer, dès cette étape initiale, de ce que l'accusé a eu le « sentiment *justifié* de subir une injustice »<sup>95</sup>. Le moyen de défense de provocation est pareillement irrecevable *d'entrée de jeu* si l'accusé s'est gardé d'afficher un degré de maîtrise normal. L'inculpé déroge aux normes sociétales escomptées s'il perd son sang-froid lors même qu'une personne ordinaire ne se serait pas emportée<sup>96</sup>. La prise en compte du fondement du moyen de défense opère naturellement dès le stade du critère de la vraisemblance<sup>97</sup>.

---

<sup>92</sup> Art. 232 C.cr.

<sup>93</sup> *R. c. Tran*, 2010 CSC 58, par. 19 et 34. De la même manière, des considérations d'ordre public feront souvent obstacle à la recevabilité de la défense de provocation si l'accusé a initié lui-même l'affrontement en se servant d'une arme à feu pour faire la morale à la victime: *R. c. Cairney*, 2013 CSC 55, par. 64 («Un comportement de ce genre joue généralement un rôle lorsqu'il s'agit de déterminer si la provocation invoquée en défense satisfait au critère de la vraisemblance [...]»). La Cour suprême refuse toutefois de nier à tout coup le moyen de la provocation à l'initiateur du conflit (par. 45 et 56).

<sup>94</sup> *R. c. Tran*, 2010 CSC 58, par. 19.

<sup>95</sup> *R. c. Tran*, 2010 CSC 58, par. 22 (italiques dans l'original).

<sup>96</sup> *R. c. Mayuran*, 2012 CSC 31, par. 26, 30 et 31.

<sup>97</sup> *R. c. Mayuran*, 2012 CSC 31, par. 21 et 31.

La définition du moyen de défense et l'application du critère de la vraisemblance sont donc intimement liées. L'une et l'autre interviennent de concert et à la même étape. L'une et l'autre obéissent aussi à la même norme de contrôle : « [...] l'interprétation d'une norme juridique (les conditions d'application du moyen de défense) et la vraisemblance d'un fait invoqué en défense constituent des questions de droit susceptibles de contrôle suivant la norme de la décision correcte. »<sup>98</sup>. C'est une erreur de droit que d'aborder au fond un moyen dépourvu de vraisemblance, peu importe que le juge œuvre seul<sup>99</sup> ou en présence d'un jury<sup>100</sup>. Le juge du procès ne jouit, à cet égard, d'aucune position privilégiée : le tribunal supérieur peut ainsi se dissocier de l'avis exprimé en première instance sur la vraisemblance du moyen sans être tenu d'afficher une quelconque réserve en la matière<sup>101</sup>.

#### 4.1.2 Les moyens de défense passés sous silence par l'accusé

Autant il est généralement interdit au juge canadien de s'immiscer directement dans la conduite du procès, autant il lui incombe toutefois de soulever d'office tout moyen de défense tenu pour vraisemblable<sup>102</sup> : le silence de l'inculpé à cet égard ne saurait le priver de l'examen d'un moyen de défense pourvu d'un fondement factuel suffisant<sup>103</sup>. Cette obligation est telle que le juge se doit même de passer outre à l'opposition exprimée par le procureur de l'inculpé<sup>104</sup> : le juge des faits – notamment le jury – doit être mis au fait de tout moyen de défense vraisemblable et l'étudier au fond.

Encore faut-il réserver une hypothèse. Il serait bien peu avisé de soulever d'office un moyen de défense susceptible de saper celui présenté par l'inculpé. À la vérité, l'inculpé adopte une stratégie «judicieuse»<sup>105</sup> s'il s'abstient de présenter un moyen de nature à porter ombrage à celui qu'il a choisi de déployer. Ce risque s'accroît si les moyens en question se contredisent. Qu'il suffise de songer à l'accusé désireux de soumettre le moyen d'automatisme : un éventuel plaidoyer de légitime défense savorde ce moyen puisque la légitime défense suppose un geste *destiné* à se protéger à l'inverse d'un comportement purement involontaire<sup>106</sup>. Aussi doit-on saluer le courant jurisprudentiel qui refuse

<sup>98</sup> *R. c. Buzizi*, 2013 CSC 27, par. 15, faisant sien le passage tiré de l'arrêt *R. c. Tran*, 2010 CSC 58, par. 40.

<sup>99</sup> *R. c. Tran*, 2010 CSC 58, par. 41.

<sup>100</sup> *R. c. Thibert*, [1996] 1 R.C.S. 37, par. 5 à 7.

<sup>101</sup> *R. c. Buzizi*, 2013 CSC 27, par. 15. Cf. toutefois *R. c. Thibert*, [1996] 1 R.C.S. 37, par. 33.

<sup>102</sup> *R. c. Gauthier*, 2013 CSC 32, par. 24; *R. c. Mayuran*, 2012 CSC 31, par. 20; *R. c. Ewanchuk*, [1999] 1 RCS 330, par. 55.

<sup>103</sup> *R. c. Gauthier*, 2013 CSC 32, par. 23, 24 et 33; *R. c. Mayuran*, 2012 CSC 31, par. 20; *R. c. Cinous*, 2002 CSC 29, par. 51; *R. c. Ewanchuk*, [1999] 1 R.C.S. 330, par. 55; *R. c. Squire*, [1977] 2 R.C.S. 13; *R. c. Taillefer*, (1995) 40 C.R. (4<sup>e</sup>) 287; 1995 CanLII 4592 (C.A.Qué.).

<sup>104</sup> *R. c. Wobbles*, 2008 ONCA 567, par. 39 (C.A. Ont.; *obiter*); *R. c. Murray*, (1994) 93 C.C.C. (3d) 70 (C.A. Ont.).

<sup>105</sup> *R. c. Graveline*, 2006 CSC 16, par. 10. Voir encore *R. c. Squire*, [1977] 2 R.C.S. 13, 19.

<sup>106</sup> Rapp. *R. c. Graveline*, 2006 CSC 16, par. 10.

de faire état d'un moyen de défense vraisemblable s'il bafoue la thèse préconisée par l'inculpé. Qu'il suffise de songer à une inculpation fondée sur l'article 244 C.cr. qui sanctionne le fait de décharger une arme à feu dans l'intention de blesser autrui. Le juge se doit de taire la thèse de la légitime défense dès lors que l'inculpé prétend que le coup est parti accidentellement<sup>107</sup>.

#### 4.1.3 Les moyens de défense contradictoires

Le cumul des moyens de défense n'est nullement interdit : dès lors que chacun d'eux présente la vraisemblance voulue, il est loisible, par exemple, de conjuguer la thèse de la légitime défense et celle de la provocation<sup>108</sup>.

Il n'est pas davantage interdit à *l'accusé*<sup>109</sup> de faire valoir alternativement deux thèses contradictoires. Appelée à trancher la recevabilité de moyens de défense antinomiques, la Cour suprême refuse d'exclure la possibilité de soumettre deux thèses en apparence opposées. Il serait par exemple loisible de présenter une défense d'alibi et de se rabattre, dans un second temps, sur le moyen de défense d'intoxication volontaire si les témoins appelés par le ministère public ont fait état du degré d'ébriété avancé de l'accusé<sup>110</sup>. Chaque moyen continue d'obéir au critère de la vraisemblance de sorte que deux moyens antinomiques pourront néanmoins être abordés de pair pour peu qu'ils présentent individuellement la plausibilité apparente voulue<sup>111</sup>.

#### 4.2 L'erreur de droit

L'intransigeance du droit canadien à l'égard du moyen de défense d'erreur de droit se sera vérifiée dans deux nouvelles décisions de la Cour suprême du Canada<sup>112</sup>. Il faut dire que l'article 19 C.cr. ne prête guère à équivoque : *l'ignorance* de la loi ne saurait fonder une excuse. Incarnation d'un principe séculaire de la common law, l'interdiction formulée à l'article 19 C.cr. s'étend également à *l'erreur* de droit<sup>113</sup>. Une méprise juridique n'absout point. Seules quelques exceptions sont admises telle l'erreur provoquée par une personne en

---

<sup>107</sup> R. c. *Levert*, (1994) 24 W.C.B. (2d) 625 (C.A.Ont.); R. c. *Wobbles*, 2008 ONCA 567, par. 40 (C.A. Ont.). Rapp. R. c. *Graveline*, 2006 CSC 16, par. 10: «[...] il existe un risque inhérent à invoquer un moyen de défense faible susceptible de porter atteinte à une défense solide amplement étayée par la preuve»; R. c. *Leary*, [1978] 1 R.C.S. 29, 60.

<sup>108</sup> R. c. *Buzizi*, 2013 CSC 27; R. c. *Sheridan*, [1991] 2 R.C.S. 205.

<sup>109</sup> La partie précédente (4.1.2) aborde l'hypothèse – fort différente – en vertu de laquelle l'inculpé ne veut pas voir invoqué un moyen de défense contraire à celui qu'il préconise.

<sup>110</sup> R. c. *Gauthier*, 2013 CSC 32, par. 31.

<sup>111</sup> R. c. *Gauthier*, 2013 CSC 32, par. 31 et 34. Rapp. R. c. *Gill*, 2009 ONCA 124 analysé dans R. c. *Buzizi*, 2013 CSC 27, par. 11 et 12; *Lill*, c. R., 2012 QCCA 1418, par. 108.

<sup>112</sup> R. c. *MacDonald*, 2014 CSC 3; *La Souveraine, Compagnie d'assurance générale c. Autorité des marchés financiers*, 2013 CSC 63.

<sup>113</sup> R. c. *MacDonald*, 2014 CSC 3, par. 58 à 60; A. Gagnon-Rocque, « Erreur », *JurisClasseur Québec*, coll. « Droit pénal », *Droit pénal général*, fasc. 14, Montréal, LexisNexis Canada, 2013, par. 76; G. Côté-Harper, P. Rainville et J. Turgeon, *Traité de droit pénal canadien*, 4<sup>e</sup> éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1998, p. 1072.

autorité<sup>114</sup> ou l'erreur de droit qui viendrait démentir la présence de l'élément mental exigé par le texte d'incrimination lui-même. Cette dernière exception s'entend restrictivement : encore faut-il que le texte d'incrimination s'intéresse manifestement aux connaissances juridiques de l'inculpé. Il en est ainsi de l'infraction qui interdit au justiciable de demander son inscription sur la liste électorale « en sachant qu'il n'a pas le droit d'être inscrit » : pareille formulation donne forcément prise au moyen de défense d'erreur de droit<sup>115</sup>.

L'absolutisme du principe général ne voit toutefois pas sa sévérité s'émousser. Il était déjà acquis qu'un autochtone est forclos de faire valoir sa croyance selon laquelle les réserves indiennes échappent aux dispositions du Code criminel consacrées aux loteries<sup>116</sup>. La gamme des erreurs irrecevables se précise dans l'arrêt *MacDonald* rendu en 2014. La perception sincère de l'inculpé selon laquelle le permis de détention d'une arme que lui a délivré sa province de résidence est valable à l'échelle du pays trahit une erreur de droit et non pas une erreur de fait<sup>117</sup>. Sanctionner pareille méprise n'est pas sans conséquence puisque l'infraction est assortie en l'occurrence d'une peine minimale d'emprisonnement de trois ans. Aussi la Cour suprême ordonne-t-elle à la cour d'appel de se pencher sur la thèse de l'invalidité possible de cette peine minimale puisqu'une erreur de droit sincère vaut normalement à titre de circonstance atténuante lors du prononcé de la sentence<sup>118</sup>.

Autant l'arrêt *MacDonald* s'inscrit dans le droit fil d'une jurisprudence somme toute classique, autant l'arrêt *La Souveraine* illustre de manière saisissante l'irréductibilité de la position jurisprudentielle : les démarches raisonnables entreprises par l'inculpé afin de s'assurer de l'état du droit ne lui sont d'aucun secours<sup>119</sup>. Autant la défense de diligence raisonnable est recevable en présence d'une infraction de responsabilité stricte<sup>120</sup>, autant ce moyen ne saurait abriter une défense d'erreur de droit. La complexité du régime réglementaire en cause – y compris pour l'organisme chargé d'en assurer l'application – n'y

---

<sup>114</sup> *Lévis (Ville) c. Tétreault*, 2006 CSC 12; A. Gagnon-Rocque, « Erreur », JurisClasseur Québec, coll. « Droit pénal », *Droit pénal général*, fasc. 14, Montréal, LexisNexis Canada, 2013, par. 90 à 109.

<sup>115</sup> Voir l'acquittement évoqué dans l'affaire *Beudet c. Simard*, [1997] R.J.Q. 2880 (C.Q.; pourvoi rejeté à J.E. 98-2296 (C.S.)).

<sup>116</sup> *R. c. Jones*, [1991] 3 R.C.S. 110.

<sup>117</sup> *R. c. MacDonald*, 2014 CSC 3.

<sup>118</sup> Sur ce facteur de clémence, voir A. Gagnon-Rocque, « Erreur », JurisClasseur Québec, coll. « Droit pénal », *Droit pénal général*, fasc. 14, Montréal, LexisNexis Canada, 2013, par. 110 à 114; H. Parent et J. Desrosiers, *Traité de droit criminel*, t. 3, *La peine*, Montréal, Éditions Thémis, 2012, p. 161.

<sup>119</sup> *La Souveraine, Compagnie d'assurance générale c. Autorité des marchés financiers*, 2013 CSC 63, par. 57, 65 et 68 à 82.

<sup>120</sup> Fort présente en droit provincial et en droit fédéral réglementaire, la catégorie des infractions de responsabilité stricte est abordée au point 1.1 du présent article.

change rien<sup>121</sup>. Seule l'hypothèse d'une erreur invincible parce qu'imprévisible est laissée en suspens par la Cour suprême<sup>122</sup>.

Les avatars de l'inflexibilité de la position jurisprudentielle actuelle ont été exposés maintes fois<sup>123</sup>. Cette intransigeance atteint son paroxysme lorsqu'un justiciable se voit sanctionner pour s'en être remis à l'état de la jurisprudence ayant cours au moment des faits reprochés ou – pis encore – lorsqu'il est condamné pour une conduite identique à celle qui lui avait valu jadis un acquittement<sup>124</sup>. Les assises propres au principe de la légalité sont alors déjouées:

«Selon l'expression consacrée en droit canadien, les dispositions législatives sont tenues de délimiter une « sphère de risque » de manière à prévenir de façon appropriée le citoyen à propos de la norme à laquelle il est assujéti. Où est la « sphère de risque » lorsqu'un individu est inculpé pour avoir poursuivi une activité pour laquelle il avait eu droit à un acquittement ? Pourquoi d'ailleurs s'intéresser tant aux qualités expressives de la loi si le justiciable peut se voir sanctionner pour une conduite identique à celle qui lui a valu naguère un acquittement ? Une telle dérive nous semble attentatoire à l'essence même du principe de la légalité. L'existence de la sanction témoigne de la flétrissure du droit. »<sup>125</sup>

---

<sup>121</sup> *La Souveraine, Compagnie d'assurance générale c. Autorité des marchés financiers*, 2013 CSC 63, par. 72 à 76, 80 et 81.

<sup>122</sup> *La Souveraine, Compagnie d'assurance générale c. Autorité des marchés financiers*, 2013 CSC 63, par. 77 et 82.

<sup>123</sup> Voir entre autres H. Parent, *Traité de droit criminel*, t. 1, 3<sup>e</sup> éd., Montréal, Éditions Thémis, 2008.

<sup>124</sup> Voir l'étude de S. Roy, «L'évolution à la pièce de la défense d'erreur de droit : l'erreur attribuable aux conseils inexacts d'un juriste ou des jugements des tribunaux fut-elle laissée à la dérive?» (2009) 50 *Cahiers de droit* 803. Adde A. Gagnon-Rocque, « Erreur », *JurisClasseur Québec*, coll. « Droit pénal », *Droit pénal général*, fasc. 14, Montréal, LexisNexis Canada, 2013, par. 101.

<sup>125</sup> P. Rainville et J. Desrosiers, « Remarques liminaires sur les dérives et évolutions du droit pénal », (2009) 50 *Cahiers de droit* 455, par. 16.