

Université de Montréal

**Prévenir ou créer le crime? Une enquête sur le dilemme au cœur de la doctrine de
la provocation policière**

Par
Émile Aquin

Faculté de droit

Mémoire présenté en vue de l'obtention du grade de Maîtrise en droit (LL.M.)

Novembre 2023

© Émile Aquin, 2023

Université de Montréal

Faculté de droit

Ce mémoire intitulé

**Prévenir ou créer le crime? Une enquête sur le dilemme au cœur de la doctrine de
la provocation policière**

Présenté par

Émile Aquin

A été évalué par un jury composé des personnes suivantes

Hugues Parent

Président-rapporteur

Anne-Marie Boisvert

Directrice de recherche

Dominique Bernier

Membre du jury

Résumé

Ce mémoire s'intéresse aux conditions historiques qui ont mené à l'édification judiciaire de la doctrine de la provocation policière d'abord aux États-Unis, puis au Canada. Dans un système de droit criminel aux visées préventives, il identifie le risque de la création étatique du crime comme le problème au cœur de cette doctrine. À la lumière de ce constat, l'auteur met ensuite le droit canadien en examen. En s'intéressant plus particulièrement à deux facettes du cadre d'analyse développé par la Cour suprême du Canada, il remarque la relative indifférence du droit à l'égard du « problème », et ce, en dépit d'un discours judiciaire rassurant, mais trompeur et teinté par un désir prépondérant de contrôle du crime. Cette découverte le conduit à mettre en doute la capacité exclusive des tribunaux à répondre aux enjeux sociaux complexes émanant de la doctrine de la provocation policière.

Mots-clés : Provocation policière – Abus de procédure – Common law – Police – Création du crime – Droit – Histoire du droit – Droit préventif – Canada – États-Unis.

Abstract

This master's thesis examines the historical conditions that led to the judicial construction of the doctrine of police entrapment, first in the United States and then in Canada. Within a criminal justice system with preventive aims, it identifies the risk of state creation of crime as the central issue of this doctrine. In light of this observation, the author subsequently scrutinizes Canadian law. By focusing on two specific aspects of the analytical framework developed by the Supreme Court of Canada, the author observes the law's relative indifference to the "issue", despite a reassuring yet deceptive judicial discourse, coloured by a predominant desire for crime control. This discovery leads to a questioning of the exclusive capacity of the courts to address the complex social issues arising from the doctrine of police entrapment.

Keywords : Police entrapment – Abuse of process – Police – Creation of crime – Law – Legal history – Preventive law – Canada – United States

TABLE DES MATIÈRES

Introduction.....	7
1. Une histoire de la provocation policière	15
1.1. L'institutionnalisation de la police, la criminalité invisible et la fonction préventive du droit criminel.....	15
1.2. La naissance de la provocation policière aux États-Unis au début du 20^e siècle.....	26
1.2.1. Les balbutiements jurisprudentiels étatsuniens antérieurs à l'arrêt <i>Sorrells</i> .	26
1.2.2. L'arrêt <i>Sorrells</i> : l'édification de la doctrine de la provocation policière par la Cour suprême des États-Unis	31
1.2.2.1. La réponse de l'approche subjective	33
1.2.2.2. La réponse de l'approche objective	40
1.3. L'évolution de la doctrine de la provocation policière au Canada	45
1.3.1. L'avènement de la doctrine de l'abus de procédure et le spectre de l'objection de l'incohérence	45
1.3.2. Du reniement à une reconnaissance implicite : des arrêts <i>Lemieux</i> à <i>Amato</i>	54
1.3.3. Les fondements de la « méthode » canadienne	59
Conclusion de la première partie	62
2. La réponse partielle de la doctrine canadienne de la provocation policière au problème de la création étatique du crime.....	65
2.1. Les angles morts de la focale objective.....	65
2.1.1. L'incitation dans le cadre d'analyse canadien : le triomphe de l'individu moyen	66
2.1.2. Les particularités des opérations policières en ligne visant à réprimer des crimes inchoatifs.....	72
2.1.2.1. Le leurre, crime symbolique du droit préventif	72

2.1.2.2. L'exemple de la vulnérabilité des personnes avec un trouble du spectre de l'autisme	80
2.1.2.3. Des cas d'espèce qui sèment des doutes	85
2.1.3. Sur l'idée d'une composante subjective au cadre d'analyse canadien	91
2.2. La véritable enquête, un aveuglement face au risque de création étatique du crime	98
2.2.1. Les soupçons raisonnables : un standard conçu pour garantir l'efficacité des activités policières	99
2.2.2. Le principe de déplacement	103
2.2.3. Le scénario des soupçons raisonnables ou de la véritable enquête dans le cadre d'analyse canadien.....	107
2.2.4. La nouvelle légitimation de la véritable enquête, ou la banalisation du principe de déplacement.....	113
2.2.4.1. <i>Ahmad</i> et la confusion autour de l'utilité des soupçons raisonnables dans le contexte de la doctrine de la provocation policière.....	114
2.2.4.2. <i>Ahmad</i> et la réconciliation trompeuse de la véritable enquête avec la norme des soupçons raisonnables	117
2.2.5. Les réalités de la véritable enquête	123
2.2.5.1. Quelques milliers de personnes	124
2.2.5.2. Des risques de comportements discriminatoires	127
Conclusion	136
Références bibliographiques	143
Annexes.....	155

Remerciements

Je souhaite exprimer ma sincère gratitude envers la professeure Anne-Marie Boisvert. Sa disponibilité sans faille, son efficacité et sa bienveillance ont grandement facilité l'élaboration de ce mémoire. L'effet combiné de sa sagesse et de l'ampleur de ses connaissances en droit criminel m'a permis tantôt d'éviter divers pièges, tantôt d'amplifier la portée de mes réflexions.

Un hommage particulier doit être rendu à mon amoureuse Léa pour ses encouragements innombrables, son écoute et son aide. Quelle chance ai-je. Merci pour tout.

Je remercie mes parents et ma sœur pour leur sempiternel soutien. Merci aussi à mon ami Gabriel pour l'inspiration.

J'aimerais également remercier la Faculté de droit de l'Université de Montréal et, plus largement, les acteurs du système d'éducation québécois pour toutes ces années d'apprentissage.

J'exprime enfin ma reconnaissance envers le Conseil de recherches en sciences humaines du Canada pour leur important soutien financier.

« The law is the witness and external deposit of our moral life. »

- Oliver Wendell Holmes¹

« [Le] droit est indissociable des sociétés dans lesquelles il œuvre. Le droit n'a pas seulement vocation à réguler ces sociétés dans leurs multiples facettes. Dans ce qu'il énonce, dans ce qu'on en fait, dans les façons dont il est investi, d'abord par ceux qui ont pour fonction d'en avoir la maîtrise, il nous dévoile aussi, de façon exceptionnelle, ce qu'il porte de finalités sociales et politiques, ce que sont, plus généralement, les modes de régulation sociale et politique des sociétés et ce que sont leurs reconfigurations. »

- Jacques Commaille²

¹ Oliver Wendell Holmes, « The Path of the Law », 10:8 Harvard Law Review 457 à la p 464

² Jacques Commaille, *À quoi nous sert le droit?*, Paris, Gallimard, 2015 à la p 381.

Introduction

Imaginons un vingtenaire esseulé et ennuyé qui passe certaines nuits à errer dans la rue d'un centre-ville nord-américain. L'une de ces nuits, une personne vient inopinément à sa rencontre et lui demande s'il est en mesure de lui fournir quelques grammes de ceci ou de cela. Le jeune homme refuse, mais l'autre insiste. Après tout, cogite le jeune adulte qui consomme parfois ceci ou cela et qui est sans le sou, il a une connaissance qui peut combler les désirs de ce tiers. Quelques opérations mentales et téléphoniques plus tard, il arrange la transaction criminelle. Il est arrêté par la personne inconnue, un policier en filature tâchant de lutter contre la narcocriminalité notoire de ce secteur de la ville. Des accusations sont éventuellement portées à l'endroit de l'homme qui marchait seul³. Que fait le droit face à une telle situation? Les tribunaux y voient-ils autre chose qu'une banale infraction?

À bien y regarder, les éléments essentiels de l'infraction imputée sont établis et aucun moyen de défense ne permet d'en faire fi : *dura lex, sed lex*. Telle était du moins la réaction initiale du droit prétorien. Au gré du temps, cependant, des cas extrêmes ont nuancé sa posture. Les tribunaux ont constaté l'insoutenable possibilité que l'État, par le biais de ses manœuvres d'enquête, n'instigue le crime ou, à tout le moins, sème des doutes quant aux intentions originelles du criminel piégé.

La plus haute Cour des États-Unis a été la première à être confrontée à ce problème au début du 20^e siècle. Dans une décision phare et clivée, la majorité de la Cour a reconnu pour la première fois l'existence en droit étasunien d'une doctrine de la provocation policière, ou *entrapment* en anglais. La version française porte particulièrement bien son nom, car cette doctrine est d'abord le fruit d'une crainte que l'État ne soit la source ou l'une des sources de l'avènement du crime qu'il se donne ensuite le droit de poursuivre, comme, peut-on imaginer, dans le cas du vingtenaire solitaire. Cette crainte – à laquelle nous référerons par le biais d'expressions comme « la création étatique du crime », « le problème » ou « l'enjeu » – est l'une des deux faces du dilemme au cœur de ce mémoire

³ Voilà une réappropriation romanesque des faits ayant mené à l'arrêt *R c Barnes*, [1991] 1 RCS 449.

(ci-après « le dilemme »), l'autre étant le désir, voire le devoir, de l'État de prévenir, de repérer et de réprimer le crime.

Pour les fins de ce mémoire, entendons-nous aussi sur le sens – non juridique – que nous donnerons à deux expressions. Les situations de *provocation policière*, de manière générale, font référence à des techniques d'enquête proactives qui mènent à des accusations criminelles et qui sont jugées par les tribunaux comme étant inacceptables. Une *technique d'enquête proactive* renvoie à la large catégorie des opérations policières d'infiltration (*undercover policing*) qui impliquent que des policiers prennent part, dans une certaine mesure, à l'infraction criminelle visée par l'enquête⁴.

Au-delà de l'identification de la préoccupation centrale de la provocation policière qu'est la création étatique du crime, il y a la manière dont le droit s'y attaque concrètement. Comment le droit peut-il éviter la création étatique du crime alors que le catalogue des crimes contemporains s'attaque à des actes consensuels qui sont souvent commis dans la pénombre, à l'abri des regards de l'État⁵? Il va de soi que la police ne peut les détecter qu'avec un degré plus ou moins substantiel d'intrusion dans la vie des citoyens.

⁴ Je m'inspire directement des précisions terminologiques faites par Dan Squires, « The Problem with Entrapment » (2006) 26:2 Oxford Journal of Legal Studies 351 à la p 352 : « I shall reserve the word « entrapment » for law enforcement strategies that the courts consider improper. I use the term 'proactive policing » to describe the wider category of operation in which undercover officers take part in criminal offences with defendants. Proactive policing thus includes instances of entrapment, but also covers offering defendants opportunities to act, which are viewed as acceptable. »

⁵ Comme nous le verrons, la jurisprudence relative à provocation policière révèle l'insistance avec laquelle peut s'y prendre la police pour s'assurer que les interdits criminels ne soient pas transgressés. Un parallèle peut être tracé avec le désir de certitude de la punition du crime, une visée notable de l'État moderne qui s'inscrit dans une histoire longue du besoin, voire du désir, d'être surveillé, un thème qui est abordé avec brio par Ugo Gibert Tremblay : « La justice, même différée, demeure satisfaisante lorsqu'on la sait certaine. Il faut donc se garder de projeter sur le passé des caractéristiques qui en étaient absentes. La consolidation de l'État et de son monopole de la violence légitime, le développement d'une police qui flirte de plus en plus avec l'omniscience, l'éclairage des villes qui a permis de domestiquer la nuit au point de faire perdre de vue les étoiles, voilà autant de facteurs qui nous ont permis de laisser le regard de Dieu se retirer tranquillement de sa Création et de ses créatures. À la surveillance divine s'est substituée la surveillance humaine. Au même moment où se fermait l'œil de Dieu s'ouvraient, pour ainsi dire sans éclipse, les yeux du pouvoir étatique moderne. » Ugo Gilbert Tremblay, *Les frontières négociées du visible : essai sur l'origine du besoin de surveillance*, L'Inconvénient, numéro 92 (printemps 2023), 32 à la p 37 [Gibert Tremblay, *Les frontières*].

Alors jusqu'où l'État peut-il aller dans son désir de punir le crime? Avec quelle vigueur peut-il mettre en place les conditions de la criminalité et identifier postérieurement qui est prompt à transgresser les règles? Comment établir un juste équilibre entre les mesures de prévention du crime envisagées par l'État et les divers intérêts individuels et collectifs en jeu? L'objet de ce mémoire est de déceler comment les tribunaux ont répondu à ces interrogations dilemmatiques et dans quelle mesure la réponse jurisprudentielle canadienne est satisfaisante. Plus particulièrement, et comme nous l'expliquerons en plus grands détails plus bas, deux visées particularisent ce texte.

Dans un premier temps, il s'agit de prendre un pas de recul historique afin de retracer et décrire le contexte, les débats et les solutions sous-jacents aux grands épisodes judiciaires qui ont échafaudé la doctrine de la provocation policière aux États-Unis et au Canada.

Dans un deuxième temps, il s'agit de mettre en examen la solution retenue par la Cour suprême du Canada à l'aune des problèmes identifiés dans l'histoire comme étant centraux à la provocation policière. Dans quelle mesure répond-on à la promesse de rayer la création étatique du crime du champ des possibles? Quels sont les angles morts de l'approche canadienne, où se situent ses zones d'ombre?

Comme nous le verrons, les réponses judiciaires au dilemme de la provocation policière font foi d'un certain positionnement sur le spectre que forment deux objectifs divergents, soit, d'une part, la répression efficace des comportements criminels et, d'autre part, le désir de ne pas créer des criminels et de protéger les intérêts collectifs et citoyens en jeu.

Cet inéluctable tiraillement n'est pas sans rappeler la description du processus pénal suggérée par Herbert Packer, pour qui deux modèles y sont en compétition : le premier met l'accent sur la protection de la société (le « *crime control model* ») et le second aspire à ce qu'une justice totale et sans compromis soit rendue à l'accusé (le « *due process model* »). Ces modèles sont des outils qui, en plus de rendre compte des discours et des idéologies qui sous-tendent le système de justice criminelle⁶, constituent « a useful way

⁶ Kent Roach, « Four Models of the Criminal Process Criminology » (1998) 89:2 *Journal of Criminal Law and Criminology* 671 à la p 672 [Roach, *Four Models*].

to cope with the complexity of the criminal process » en ce qu'ils permettent de relever les tendances et les directions prises par des systèmes de droit donnés⁷.

Ces modèles aux antipodes sont, de l'avis même de leur créateur, des « distorsions » de la réalité⁸ qui ne décrivent pas de véritables systèmes de justice⁹. Leur pertinence se trouve dans les réflexions que peuvent susciter leur comparaison : « the balance between them would serve as a useful tool for assessing the values underlying a given system in the real world. »¹⁰

Les caractéristiques de ces deux modèles sont antithétiques. Le modèle axé sur le contrôle du crime présume que la répression du crime est la fonction la plus importante du système de justice criminelle¹¹. Cela suppose, dans un monde aux ressources limitées, une certaine obsession pour l'efficacité; le système nécessite une résolution rapide des enquêtes à travers des processus qui peuvent être informels et qui ne requièrent qu'un « minimal review or oversight by formal adversarial adjudication. »¹²

Suivant ce modèle, « [la] police disposerait de larges pouvoirs de détention, d'arrestation, d'interrogation, de fouille et de saisie, afin de mieux départager entre les suspects et les innocents. Les règles régissant la cueillette et la recherche des indices et des preuves à ce stade de la procédure seraient plus souples; l'objectif de rechercher et de découvrir la vérité étant dominant. »¹³ Plus encore, ce modèle repose sur la foi et la confiance envers les actions et procédés administratifs menés par la police et le ministère public afin de déterminer la responsabilité criminelle d'un individu : « If there is confidence in the reliability of informal administrative factfinding activities that take place in the early stages of the criminal process, the remaining stages of the process can be relatively perfunctory

⁷ *Ibid* à la p 671.

⁸ Herbert L Packer, *The Limits of the Criminal Sanction*, Stanford, Stanford University Press, 1968 à la p 153 [Packer, *The Limits*].

⁹ *Ibid*.

¹⁰ *Ibid* à la p 239.

¹¹ Herbert L Packer, « Two Models of the Criminal Process » (1964) 113 *University of Pennsylvania Law Review* 1 à la p 9 [Packer, *Two Models*]; Keith A Findley, « Toward a New paradigm of Criminal Justice: How the Innocence Movement Merges Crime Control and Due Process » (2008) 41 *Texas Tech Law Review* 113 à la p 141.

¹² Findley, *supra* note 11 à la p 141.

¹³ Alexandre Stylios, *L'aveu dans les traditions occidentales accusatoire et inquisitoire*, Université de Montréal, 2016 (version de soutenance) à la p 30.

without any loss in operating efficiency. »¹⁴ Packer avance dès lors que cette foi mène à une « présomption de culpabilité »¹⁵ qui favorise les plaidoyers de culpabilité. Bref, ce modèle « places few restrictions on the administrative fact-finding process. »¹⁶

Le deuxième modèle, qui est axé sur l'équité procédurale, ne nie pas la désirabilité sociale de la répression du crime, mais envisage cet objectif avec un certain scepticisme. Contrairement au modèle du « *crime control* », ce deuxième modèle ne croit pas à l'infaillibilité des méthodes employées par l'État pour déterminer la culpabilité d'un individu : il rejette à vrai dire le « informal factfinding processes as definitive of factual guilt »¹⁷. Il insiste plutôt sur la nécessité de mettre en place des procédés formels, adversatifs et adjudicatifs pour déterminer les faits qui peuvent être retenus contre un accusé devant un tribunal impartial¹⁸. Comme le résume Stylios, ce modèle accepte que :

Le suspect est une personne vulnérable qui n'est pas à l'abri des excès ou du zèle de la poursuite. Pour se défendre, il n'a pas les mêmes ressources dont le système pénal est lui-même doté. Le système doit protéger l'inculpé des abus de ces acteurs et, ce à tous les stades de la procédure. L'équité procédurale doit donc primer et doit œuvrer comme un mécanisme de contrôle de qualité en amont, pour éviter et prévenir une erreur judiciaire.¹⁹

Les lunettes analytiques proposées par Packer nous apparaissent fécondes pour saisir les réponses données au dilemme de la doctrine de la provocation policière. Cette doctrine exprime un certain rapport du droit de la procédure pénale aux « enjeux de vérité et de justice »²⁰ auxquels il fait face et, en ce sens, elle est archétypale de la tension dialectique qui peut exister entre les objectifs des deux modèles déployés par Packer.

¹⁴ Packer, *Two Models*, *supra* note 11 à la p 12.

¹⁵ *Ibid.* Packer précise que la présomption n'est pas une règle normative, contrairement à la présomption d'innocence. Il s'agit plutôt d'une attitude, d'un « mood » inhérent à ce modèle de justice qui est essentiellement une prédiction du sort destiné à un accusé : la culpabilité.

¹⁶ Findley, *supra* note 11 à la p 141.

¹⁷ Packer, *Two Models*, *supra* note 11 à la p 14.

¹⁸ Findley, *supra* note 11 à la p 141; Packer, *Two Models*, *supra* note 11 à la p 14. Le scepticisme propre à ce modèle est bien expliqué en ces mots par Packer: « The possibilities of human error being what they are, further scrutiny is necessary, or at least must be available, lest in the heat of battle facts have been overlooked or suppressed. »

¹⁹ Stylios, *supra* note 13 à la p 30.

²⁰ *Ibid.* L'expression est empruntée à Stylios, qui l'utilise pour caractériser l'aveu comme un « point de tension » important à cet égard. Nous nous approprions son constat pour la provocation policière.

Pour reprendre les mots de Stylios, l'adage voulant qu'il vaille mieux dix coupables en liberté qu'un seul innocent condamné est confronté à une pensée utilitariste que le modèle du « *crime control* » incarne bien. Cette confrontation fait jaillir le spectre de l'inefficacité de la justice criminelle, comme Posner le souligne : « unless the resources devoted to determining guilt and innocence are increased, the only way to reduce the probability of convicting the innocent is to reduce the probability of convicting the guilty as well. »²¹

La même crainte d'inefficacité hante aussi la provocation policière. Dans un modèle idéal de « *due process* », les probabilités que l'État ait créé le crime sont réduites à zéro. Cet idéal, peut-on imaginer, diminuerait en contrepartie les capacités de l'État, dont les ressources sont limitées, à remplir l'une de ses missions, à savoir la lutte contre la criminalité, d'autant plus que le catalogue des crimes est aujourd'hui large et rempli d'infractions préparatoires qui peuvent difficilement être détectées par des méthodes d'enquête traditionnelles.

À l'autre extrémité du spectre, dans le modèle axé sur le contrôle du crime, libre cours est donné aux opérations policières proactives; leur efficacité est incontestable et les personnes piégées n'ont pas de recours à faire valoir devant les tribunaux, même si, peut-on imaginer, certaines pourraient plaider qu'elles ont été provoquées par l'État à commettre un délit. Ce dernier modèle se rapproche de la société dystopique dépeinte par Philip K. Dick dans *Rapport minoritaire*²², où le système *Précrime* a pour objectif d'empêcher la commission du crime avant qu'il ne se produise, symbole d'une justice qui recherche à assouvir le désir populaire de la sécurité à tout prix.

Les deux modèles de Packer permettent en somme de saisir l'opposition de deux idéaux incompatibles et pourtant sous-jacents à la doctrine de la provocation policière. Leur présentation favorise non seulement la compréhension des questions épineuses

²¹ Stylios, *supra* note 13 à la p 31, citant Richard A Posner, *The Problems of Jurisprudence*, Cambridge, Harvard University Press, 1990 à la p 216.

²² Je m'inspire ici de la description du film inspiré dudit livre et réalisé par Spielberg que font : Marie-Claire Belleau, Valérie Bouchard et Rebecca Johnson, « Droit, cinéma et doute : Rapport minoritaire » (2009) 14 *Lex Electronica* 1 à la p 26 : « [...] dans *Rapport minoritaire*, *Précrime* représente le désir populaire d'un système juridique prévisible et certain qui éradique la nature humaine désordonnée et pathologique. La sécurité de tous les citoyens repose sur l'objectivité et l'infaillibilité de prédictions qui permettent d'intervenir avant la perpétration du crime [...]. »

qui ont taraulé l'évolution historique de la doctrine que nous sommes sur le point de présenter, mais constitue en outre un socle à partir duquel une critique de l'état actuel de la doctrine peut être menée.

Ce mémoire se divise en deux grandes parties, qui reflètent les deux visées que nous avons évoquées.

La première partie brosse un portrait du contexte historique dans lequel a émergé la doctrine de la provocation policière (1). Cette mise en contexte propose d'abord un survol du développement, aux 18^e et 19^e siècles, de nouvelles techniques d'enquête, lesquelles émergent parallèlement à l'évolution d'une police organisée et à l'accentuation de la fonction préventive du droit criminel (1.1). Viendra ensuite le moment d'ausculter la reconnaissance par le droit étatsunien d'un dilemme créé par la proactivité de certaines enquêtes policières (1.2). Nous étudierons plus particulièrement l'arrêt fondateur de la doctrine de la provocation policière, *Sorrells v. United States*²³, lequel témoigne de deux conceptions de la manière dont le droit doit aborder ce dilemme.

Après avoir pris le pouls de l'histoire judiciaire étatsunienne de la provocation policière, nous verrons comment, au Canada, les tribunaux s'y sont pris pour intégrer cette doctrine au droit (1.3). Nous examinerons en quoi l'émergence de la doctrine de l'abus de procédure en droit criminel a favorisé l'officialisation de la présence de la provocation policière dans notre droit. Nous décortiquerons subséquemment les arrêts fondateurs de la doctrine de la provocation policière en droit canadien et synthétiserons le cadre d'analyse qui est aujourd'hui en vigueur.

La deuxième partie de ce mémoire consiste en une analyse critique qui met en relief le discours judiciaire entourant la provocation policière, le dilemme qui lui est propre et certains phénomènes qui peuvent être observés au sein de la jurisprudence (2). Nous

²³ *Sorrells v United States*, 287 US 435 (1932).

concentrerons notre attention sur deux caractéristiques du droit canadien de la provocation policière.

Il s'agira d'abord d'étudier la conception exclusivement objective de la doctrine que la Cour suprême a choisie (2.1). Nous nous attarderons aux particularités des opérations policières proactives en ligne visant à « attraper » des personnes commettant des crimes préparatoires. Nous constaterons que certains individus piégés par ces opérations ne correspondent pas à « l'individu moyen » envisagé par le droit, comme les personnes atteintes du trouble du spectre de l'autisme. L'exemple de ce trouble suscite de nombreuses questions, car il est acquis qu'il est susceptible d'accroître la manipulabilité d'un individu, ce qui semble augmenter les chances de création étatique du crime, un constat auquel le droit actuel, nous le verrons, est indifférent.

Ensuite, nous conduirons une analyse de l'exception de la véritable enquête, un sous-volet du cadre d'analyse de la doctrine qui permet aux policiers de donner des opportunités de commettre des crimes à des individus qui se trouvent dans certains lieux plus ou moins larges suspectés d'être le théâtre d'activités criminelles (2.2). Nous interrogerons le discours rassurant, mais erroné, que la Cour suprême porte à l'égard de la véritable enquête. Nous constaterons que le principal intérêt de la véritable enquête est de donner les coudées franches aux policiers afin de maximiser l'efficacité de leurs enquêtes, en dépit des risques de création du crime.

Au terme de ce périple, ce sont les décalages observables entre le discours canadien sur la provocation policière et certaines réalités jurisprudentielles qui nous permettront d'affirmer que, dans sa forme actuelle, la doctrine de la provocation policière ne répond pas à certaines promesses de son propre discours. Plus fondamentalement, ce discours se détache de la préoccupation historique quant à la création étatique du crime et se satisfait des garanties partielles qu'elle offre; c'est le confort de l'indifférence.

1. Une histoire de la provocation policière

Tel qu'annoncé, ce premier chapitre cherche d'abord à identifier les conditions historiques qui ont favorisé l'avènement de la doctrine de la provocation policière (1.1). Nous verrons que la normalisation des activités policières proactives a fait surgir la possibilité de la création étatique du crime. Ensuite, il sera question de décortiquer la manière dont tantôt la Cour suprême des États-Unis (1.2), tantôt la Cour suprême du Canada (1.3), ont approché ce problème par le biais des outils limités offerts par le droit positif.

1.1. L'institutionnalisation de la police, la criminalité invisible et la fonction préventive du droit criminel

La doctrine de la provocation policière a été abordée par les tribunaux à une époque caractérisée par le développement rapide de la police et l'évolution parallèle de ses méthodes d'enquête. Dans les prochaines lignes, nous prendrons un peu de recul afin de saisir les contours des développements historiques qui, entre le milieu du 19^e siècle et le début du 20^e, ont mené à l'avènement de l'institution policière telle que nous la concevons aujourd'hui, c'est-à-dire un bras de l'État hautement organisé ayant comme mission d'enrayer la criminalité où elle se trouve et avec les moyens nécessaires, aussi complexes soient-ils. Notre objet de recherche étant lié à la *common law*, nous aborderons la chose grâce aux recherches portant sur l'évolution de la police dans le monde anglo-saxon, et plus particulièrement en Angleterre et aux États-Unis.

L'institution policière telle qu'elle se présente aujourd'hui est une innovation relativement moderne²⁴. Ce n'est pas avant la fin du 19^e siècle et le début du 20^e siècle que le terme « police » a été associé, dans le langage courant, du moins celui des pays anglophones, avec « the sorts of public institutions that we refer to as 'police departments'. »²⁵

²⁴ À ce sujet, voir Eric H Monkkonen, « History of Urban Police » (1992) 15 *Crime and Justice* 547 à la p 549 : « Police are relative newcomers to the Anglo-American criminal justice system. The Constitution does not mention them. Early city charters do not mention them, either, for the simple reason that, as we know them, police had not been invented. Instead, cities had loosely organized night watches and constables who worked for the courts, supplemented by the private prosecution of offenders through lower-level court » .

²⁵ Malcolm Thorburn, « Reinventing the Night-Watchman State » (2010) 60 *University of Toronto Law Journal* 425 à la p 435.

Avant la création de tels corps policiers en Angleterre, il revenait aux citoyens de s'organiser eux-mêmes – souvent par le biais des paroisses, maillons sociaux de l'époque²⁶ – en, par exemple, désignant des gardiens de nuit et des crieurs publics : « For much of early modern English history, law enforcement was performed by ordinary people who were both unpaid and untrained. The task of patrolling the streets and preventing breaches of the peace fell to individuals who happened to occupy the role of constable. »²⁷ Ce rôle était perçu comme une corvée, un devoir public, comparable à celui d'être juré; il en résulte un certain amateurisme, un manque de compétence et une propension à la corruptibilité²⁸. En somme, il revenait à la population de se prendre en charge, comme c'était le cas à Londres vers la fin du 18^e siècle :

In the face of the palpable failure of government, the need for self-help was pressing. As the legal theorist, Sir Samuel Romilly, observed: ' ... it had become necessary for every man to trust to himself for his security'. As a result, several 'Voluntary Associations for Defence' were formed, which went beyond merely funding prosecution to undertake detection and apprehension functions.²⁹

Justement, du 18^e siècle jusqu'au tournant du 19^e, l'Angleterre vit des transformations sociales notoires, la croissance économique et l'industrialisation entraînant une urbanisation massive de la population et des mutations importantes de l'organisation

²⁶ Clive Emsley, « Espaces policiers, XVIIe-XXe siècles. Police, maintien de l'ordre et espaces urbains : une lecture anglaise » (2003) 50 *Revue d'histoire moderne & contemporaine* 5 à la p 7 [Emsley, *Espaces policiers*].

²⁷ Thorburn, *supra* note 25 à la p 432.

²⁸ *Ibid.*

²⁹ Lucia Zedner, « Policing Before and After the Police: The Historical Antecedents of Contemporary Crime Control » (2006) 46 *British Journal of Criminology* 78 à la p 90 [Zedner, *Policing*]; Monica Popescu, « L'institution du modèle libéral de police au Québec » (2021) 51:2 *Revue générale de droit* 403 à la p 407, qui écrit que, dans le modèle traditionnel de la police, « la collectivité dans son ensemble joue un rôle substantiel dans l'exercice de la fonction de police. D'une part, la poursuite des infractions dépend largement de l'initiative privée, les juges de paix et les constables n'agissant habituellement qu'en réponse à des plaintes et à des dénonciations provenant du public, et rarement de leur propre initiative. D'autre part, à défaut de moyens externes pour imposer la loi, l'effectivité des sanctions dépend en grande partie de la coopération et du soutien de la population. Ainsi, le fonctionnement des mécanismes de maintien de la paix repose sur les liens d'interdépendance serrés qui caractérisent les collectivités, généralement homogènes et étroitement soudées, de la société préindustrielle. »

sociale³⁰. Ces transformations apportent une hausse marquée de la criminalité³¹. La multitude d'activités, l'anonymat qu'offrent les centres urbains et une nouvelle classe de laissés-pour-compte créée par les misères du monde industriel sont des terreaux fertiles pour le crime³². L'impression que les sociétés urbaines sont « ingouvernables »³³ devient monnaie courante au sein de la population, qui exprime son anxiété³⁴. La hausse de la criminalité appert particulièrement perturbante pour les classes bourgeoises et marchandes, dont les intérêts mercantiles se trouvent menacés: « there was a growing concern among respectable men of property that the growth of towns, driven by industry

³⁰ Popescu, *supra* note 29 à la p 410. Popescu explique lumineusement comment le modèle traditionnel de la police est mis à mal par ces changements sociaux rapides : « D'abord, l'effritement des liens d'interdépendance intracommunautaires sape la motivation des représentants des classes aisées de remplir des charges liées au maintien de la paix au sein des collectivités. Le prestige lié à la fonction, le pouvoir d'influencer le cours des affaires locales et la confirmation d'une position à la tête de la hiérarchie sociale, soit les principaux incitatifs des élites locales pour assumer ces responsabilités, sont considérablement affaiblis dans le nouveau contexte urbain. Ensuite, l'hétérogénéité ethnique, religieuse et culturelle croissante des collectivités, engendrées par les migrations importantes des populations, remplace la forte cohésion sociale, caractéristique de la société traditionnelle. Le risque de clivage qui en résulte rend incertaine la coopération de la population dont dépend le bon fonctionnement du modèle communautarise de police. De plus, l'anonymat qui caractérise les nouvelles agglomérations urbaines prive de moyens d'agir et rend inapproprié un modèle de police qui repose en grande partie sur la transparence de la vie à l'intérieur des collectivités. [...] Au-delà de ces transformations structurelles, la transition du capitalisme mène, sur le plan économique, à l'accentuation des inégalités sociales et à la paupérisation des classes ouvrières.»

³¹ Thorburn, *supra* note 25 à la p 433.

³² André Normandeau et al., « Police et violence collective » dans Denis Szabo, dir, *Police, culture et société*, Montréal, Presses de l'Université de Montréal, 1974, 91 à la p 126 : « Durant la seconde moitié du XVIIIe siècle et les débuts du XIXe siècle, la société connaissait une période de transition violente. Les villes prenaient rapidement de l'expansion, et les moyens dont disposaient les dirigeants étaient très limités ; de plus, ils avaient une connaissance encore plus limitée de la manière de s'en servir. La population, toujours croissante, était principalement composée de jeunes, et ces jeunes citoyens devaient affronter une quantité de problèmes avec lesquels ils n'étaient pas familiers, problèmes que leur éducation et leur formation ne permettaient pas de résoudre. Les villes, et celle de Londres en particulier, avaient toujours un problème criminel différent et de plus grande envergure que celui des autres endroits. Il y avait toujours des groupes d'individus, résidant dans des quartiers bien distincts, qui s'étaient forgés une existence bien à eux basée sur le crime. Beaucoup de jeunes citoyens, confrontés par ces problèmes et ne recevant aucune aide ni de leurs familles, ni de leurs employeurs (à supposer qu'ils aient eu une famille ou un employeur), ni des autorités municipales, trouvèrent des solutions en adoptant les techniques, les habitudes et les attitudes des criminels. Il y avait donc à Londres et dans les autres grands centres urbains, durant la seconde période du XVIIIe siècle et les débuts du XIXe siècle, une recrudescence du crime qui était le produit d'une société en rapide transition. »

³³ Zedner, *Policing*, *supra* note 29 à la p 90.

³⁴ À ce propos, McMullan écrit : « By the early 18th century there had been an increase in this form of governance, and by the latter decades, Britons became preoccupied with managing urbanization, industrialization and popular radicalism. They were especially concerned with discovering and administering the basis of social order. As Emsley (1991: 16) notes, from about the middle of the 18th century what had been accepted as social phenomena - 'a degree of social disorder and a degree of crime - began increasingly to be perceived as a serious threat to the social order and a growing problem which required a solution'. » John L McMullan, « The Arresting Eye: Discourse, Surveillance and Disciplinary Administration in Early English Police Thinking » (1998) 7 *Social & Legal Studies* 97 à la p 98.

and exports, was leading to an expanding urban mass of immoral, rowdy Godless people who wandered the country as vagrants or just stole. »³⁵

En Angleterre, l'un des premiers réflexes pour faire face à la massification de la criminalité a été l'instauration dans le corpus législatif de peines d'une extrême sévérité. Le fameux *Bloody Code* brillait cependant par son ineffectivité : « La législation pénale a été écrite dans le sang. Colquhoun estimait qu'il existait 160 infractions différentes à la loi, qui étaient punissables de la peine de mort, sans le secours de la religion... Une telle application aveugle et une telle sévérité de la loi ne pouvaient servir aucun propos utile ; au contraire, elles eurent le don d'aggraver les délits qu'elles étaient censées contenir. »³⁶ L'échec et l'impopularité³⁷ de cette nouvelle législation pénale ont mené des acteurs comme Sir Robert Peel ou James MacIntosh à promouvoir l'atténuation de la rigueur de la législation criminelle et la réduction de sa portée au profit d'une institution policière organisée en mesure de l'appliquer efficacement³⁸.

Dans son écrit influent *A Treatise on the Police of the Metropolis*, Patrick Colquhoun favorise l'avènement d'une institution policière organisée, centralisée et, pour reprendre ses termes, indispensable à la préservation de la bonne humeur du public et au « bon penchant » des mœurs³⁹. Dès 1829, sous l'impulsion de Sir Robert Peel, une première institution policière moderne est créée en Angleterre, la *Metropolitan Police*. Ce corps policier était envisagé par Peel comme ayant un rôle limité, lui qui avait « pris bien soin de souligner que ces nouveaux agents avaient pour seule mission la prévention du crime,

³⁵ Clive Emsley, *A Short History of Police and Policing*, Oxford, Oxford University Press, 2021 à la p 92 [Emsley, *A Short History*].

³⁶ Normandeau et al., *supra* note 34 à la p 129 : « La férocité du Code pénal allait à l'encontre de ses propres intentions. Les témoins refusaient de déposer afin que leur témoignage ne puisse aider à condamner un homme aux peines barbares prévues au Code pénal. Les jurés n'acceptaient pas toujours de déclarer un homme coupable, même si les témoignages ne laissaient aucun doute sur sa culpabilité. »

³⁷ *Ibid.*

³⁸ *Ibid.* : « Par conséquent, Peel avait fini par comprendre, ainsi que l'indique Charles Reith (1938, p. 236) : ... que la réforme de la police n'était pas indépendante de la réforme de la législation criminelle, et qu'une réforme du Code criminel devait entraîner la réforme de la police pour qu'elle puisse fonctionner d'une manière satisfaisante. Une police réformée ne pouvait fonctionner efficacement tant que les législations, criminelles et autres, en vigueur ne seraient pas au diapason de l'opinion publique, et d'administration simple et précise. Il retarda de quelques années les plans qu'il avait audacieusement annoncés concernant la police, et concentra ses efforts sur la réforme de la législation »

³⁹ McMullan, *supra* note 34 à la p 111; David G Barrie, « Patrick Colquhoun, the Scottish Enlightenment and Police Reform in Glasgow in the Late Eighteenth Century » (2008) 12 *Crime, Histoire & Sociétés / Crime, History & Societies* 59 au para 3.

défini de surcroît au sens étroit de vol ou meurtre. Ce nouveau corps se réduisait donc à des patrouilles de gardiennage. »⁴⁰

Cette conception a été cependant élargie; la police centralisée « vint rapidement à inclure parmi ses objectifs l'imposition d'un minimum d'ordre apparent dans les rues des quartiers ouvriers. »⁴¹ De fait, pour l'auteur américain McMullan, la police: « was primarily concerned with administering society: customs, habits, trades, commerce, buildings, streets, highways, poverty, and peace and public order. »⁴² Elle s'est fait déléguer diverses missions sociales visant à préserver la morale publique, que cela passe par le fait de libérer les rues des ivrognes et vagabonds⁴³, assurer la fluidité de la circulation⁴⁴, gérer les sans-abris ou l'accès aux services hospitaliers⁴⁵.

Outre ce rôle de gestion sociale, la police s'attardait évidemment à la répression de la criminalité, mais son organisation initiale était rudimentaire⁴⁶ et ses techniques d'enquête,

⁴⁰ Emsley, *Espaces policiers*, *supra* note 26 aux pp 8-9.

⁴¹ *Ibid.*

⁴² McMullan, *supra* note 34 à la p 98; Popescu, *supra* note 29 à la p 405. La professeure Popescu indique que, dans le modèle de police traditionnel anglais, dit constabulaire, les constables et les juges de paix jouaient des rôles primordiaux. Les juges de paix, à l'extérieur du domaine pénal, « jouissent de très vastes pouvoirs de nature législative et exécutive en matière d'administration des affaires locales. Il leur revient d'adopter des règlements dits "de police" et de prendre d'autres mesures ponctuelles concernant, notamment, le fonctionnement des marchés publics, l'entretien des chemins publics, la circulation sur les voies publiques, le transport de personnes et de marchandises, l'érection des bâtisses et des autres constructions, le contrôle des poids et des mesures, l'hygiène, la salubrité, la santé et la sécurité publiques, la prévention des incendies, les licences d'auberge ou de taverne, la vente d'alcool, la chasse et la pêche. » Quant aux constables, « ils sont des officiers publics élus ou choisis périodiquement au niveau paroissial pour remplir des responsabilités de maintien de la paix, à la fois de leur propre initiative et sur ordre des juges de paix. »

⁴³ Emsley, *Espaces policiers*, *supra* note 26 à la p 9 : « [...] un nombre considérable d'entre elles commença à être mis en service les dimanches matins pour mettre fin « aux scènes d'ivresse, de désordre et de débauche de toute sorte (fréquemment accompagnées d'actes d'agression et de vol aussi audacieux qu'abominables à l'encontre de passants inoffensifs), et aux discours indécents qui se faisaient entendre à tout moment ». D'après le Times, les « habitants respectables » de Londres pourraient enfin se rendre à l'église sans « être témoins de quelque scène dégradante, ou souffrir l'écoute d'expressions blasphématoires ou dégoûtantes » ».

⁴⁴ Emsley, *A Short History*, *supra* note 35 à la p 105.

⁴⁵ Il est fascinant de découvrir qu'aux États-Unis, la police s'occupait de loger les personnes dans le besoin et ce, jusqu'au début du 20e siècle : « Police departments were the front line of encounter for a good many of such needy people. Station houses contained separate dorm-type rooms to house overnight « lodgers. » Each city varied in what it provided, but the accommodations were primitive and limited to a few nights. A police officer recorded each person's name and sometimes rather detailed information (age, place of birth, occupation, « whither from, » and destination). Such police service did not go unnoticed, either by the poor or by city officials. » Monkkonen, *supra* note 24 à la p 555.

⁴⁶ Rebecca Roiphe, « The Serpent Beguiled Me: A History of the Entrapment Defense » (2002) 33:2 Seton Hall Law Review 257 à la p 264 Cette autrice, dans le contexte américain, va même jusqu'à dire : « Because

passives et dépendantes des actions citoyennes : « It is left to individuals, usually victims, to come forward with a complaint of criminal action and to provide much of the evidence in identifying and prosecuting the criminal. »⁴⁷ Au surplus, aux États-Unis comme en Angleterre, les premiers policiers étaient en quelque sorte des mercenaires qui recevaient un salaire en fonction des tâches accomplies : « They supported themselves by fees, which came from serving warrants and civil papers and arresting offenders. The victim of an offense had to seek a constable, paying for his actions. »⁴⁸ Comme à l'époque des gardiens de nuit, le travail de ces policiers était souvent critiqué, notamment par les journaux, pour son inefficacité à contrer le crime⁴⁹.

Graduellement, l'institution policière abandonne son rôle large de gestion sociale pour concentrer ses efforts sur la lutte contre la criminalité, mission première à laquelle nous associons aujourd'hui la police moderne. Pour l'historien américain Monkkonen, les éléments qui caractérisent l'émergence de cette « nouvelle police » sont les suivants : l'apparition d'une organisation hiérarchique calquée sur le schéma militaire, l'intégration aux administrations municipales et étatiques, le port généralisé de l'uniforme et, enfin, une reconceptualisation du rôle de la police⁵⁰. McMullan rend compte de manière éloquente de ce changement de paradigme :

Between the latter part of the 18th century and the middle of the 19th century this all-embracing conception of police, which had been valid for centuries underwent a profound shift of connotations. In Britain, the cluster of diverse and sometimes indeterminable meanings was replaced by a more focussed definition which presaged the foundations of present-day modern conceptions of police. There emerged a new but more narrow formulation, with us still, of a uniformed institutional agency of state law enforcement, with a different, yet very emotive, set of associated connotations.

police depended on revenue from crime just as the politicians depended on votes and fees from the police, officers did not attempt to suppress crime or vice; they regulated it. » Voir aussi Popescu, *supra* note 29 à la p 407 : « La démarche communautariste de maintien de la paix est dépourvue de formalisme, l'application de la loi n'étant ni strictement ni invariablement observée. »

⁴⁷ Gerald Dworkin, « The Serpent Beguiled Me and I Did Eat : Entrapment and the Creation of Crime » (1985) 4 *Law and Philosophy* 17 à la p 18.

⁴⁸ Monkkonen, *supra* note 24 à la p 549.

⁴⁹ *Ibid.* En témoigne cette description parue dans la *New York Gazette*, décrivant sévèrement le travail des policiers : « a Parcel of idle, drunken, vigilant Snorers, who never quelled any nocturnal Tumult in their lives; but would, perhaps, be as ready to join in a Burglary as any Thief in Christendom. »

⁵⁰ *Ibid* à la p 550.

This 'new police', as it was sometimes called, quickly came to concentrate on criminal activity, the prevention of dangers, and the security of society [...]⁵¹

Cette reconceptualisation se traduit aussi par un changement de méthodes; traditionnellement « réactives » face aux comportements criminels, les forces policières embrasseront un rôle proactif⁵²: « Conceptualized as bringing regular and more effective crime prevention to the city, this new activity contrasted with the constables' responsive, fee-based work. »⁵³ Cette mutation se manifeste de diverses manières au sein du travail policier, comme la surveillance accrue des rues par le biais de patrouilles organisées, facette importante de la prévention du crime⁵⁴. De plus, l'octroi d'un salaire régulier aux policiers et le retrait des « frais » afférents aux poursuites criminelles participent à la régularisation de la répression du crime. Le policier n'est plus un répondant du citoyen qui en a besoin, mais l'incarnation régulière de l'État au sein de la place publique; l'application de la loi devient standardisée.

Ce changement de cap s'amplifie au début 20^e siècle, alors que l'État devient de plus en plus « providentiel », ce qui entraîne un accroissement de la régulation des comportements⁵⁵. Par exemple, aux États-Unis comme ailleurs, apparaissent de nouvelles lois fiscales sur les revenus des particuliers, des lois s'attaquant à la traite de personnes, la prostitution interétatique, l'espionnage sans oublier la législation entourant la prohibition⁵⁶. Le trait commun de ces infractions est leur caractère consensuel, ce qui, en quelque sorte, les invisibilise. Dans l'arrêt *Kyrzner*, la Cour suprême du Canada explique en quoi l'apparition de ces crimes oblige les autorités à agir différemment :

Lorsqu'il s'agit de crimes « consensuels », c'est-à-dire de crimes impliquant des personnes consentantes, comme dans le cas de la prostitution, des paris illégaux et de la drogue, les méthodes ordinaires ne suffisent plus. Les participants, qu'ils s'estiment lésés ou non, ne portent pas plainte et ne cherchent pas à obtenir le secours de la police; c'est justement ce qu'ils veulent éviter. Si la police veut réprimer

⁵¹ McMullan, *supra* note 34 à la p 98.

⁵² *Ibid* à la p 99: « The science of police was preoccupied with two simultaneous yet divergent pursuits: staking out, enumerating and installing itself in an ever-widening complex of places, things and relations which hitherto had lacked order or shape; and demarcating a specific domain of security, dealing in particular with the prevention of crime and the defence of public happiness. ».

⁵³ Monkkonen, *supra* note 24 à la p 551.

⁵⁴ *Ibid*.

⁵⁵ Roiphe, *supra* note 46 à la p 268.

⁵⁶ *Ibid*.

ces infractions que l'opinion publique désapprouve et qui sont d'ailleurs punies dans notre droit, elle doit prendre des initiatives.⁵⁷

Une institution policière axée sur la réception de plaintes privées est nécessairement mésadaptée pour réprimer ces crimes consensuels, comme Michael A. DeFeo l'écrit :

These welfare offenses, no longer based on force, fraud or stealth call forth no ready complainant, as all involved are willing participants and cannot be expected to complain. Consequently the creation of these new offenses brought unaccustomed difficulties of enforcement in the attempt to discover the existence of criminal activity and to gather evidence of same. Viewed in historical perspective, the whole problem of entrapment has stemmed from a judicial reaction to the means used by police to achieve presence at such illegal transactions, either in person or through the agency of informers.⁵⁸

La catégorie des crimes invisibles ne se limite pas aux crimes consensuels. Les crimes à l'encontre de victimes vulnérables qui ne sont pas nécessairement au courant du caractère criminel des sévices subis, comme c'est souvent le cas en matière de crimes contre des enfants⁵⁹, en fournissent un exemple.

Outre l'éclosion de crimes « invisibles », le début du 20^e siècle est aussi l'époque où émerge aux États-Unis le fameux *Federal Bureau of Investigation*. L'idée qu'il convient de mener « *a war against crime* » par le biais d'un corps policier professionnel doté de techniques de détection et de contrôle efficaces de la criminalité prend une ampleur importante⁶⁰. En somme, l'afflux d'interdits catalyse l'avènement d'une police capable de déployer des moyens considérables pour enquêter sur le crime tout en augmentant « [...] the scope and creativity of its undercover tactics. »⁶¹

Retenons de ce survol imparfait de la survenance de l'institution policière – qui reflète la prétention de l'État moderne de détenir le monopole légitime de la violence⁶² – que, en

⁵⁷ *Kirzner c La Reine*, [1978] 2 RCS 487 à la p 493.

⁵⁸ Soulignements ajoutés. Michael DeFeo, « Entrapment As A Defense to Criminal Responsibility: Its History, Theory and Application » (1966) 1:1 *University of San Francisco Law Review* 243 à la p 250.

⁵⁹ Dworkin, *The Serpent*, *supra* note 47 à la p 18.

⁶⁰ Monkkonen, *supra* note 24 à la p 557.

⁶¹ Roiphe, *supra* note 46 à la p 269.

⁶² Zedner, *Policing*, *supra* note 29 à la p 78.

l'espace de quelques décennies, celle-ci est devenue une organisation centralisée visant à ne guère laisser le crime – aussi invisible soit-il – indétecté et impuni.

Le développement de l'institution policière et l'arrivée parallèle de nouveaux crimes évoquent la fonction préventive associée au droit criminel. La normalisation des opérations policières proactives et les situations de provocation policière ne sont pas étrangères à l'importance acquise par cette fonction. Pour mieux saisir le besoin que ressent l'État d'être proactif dans la détection du crime, attardons-nous à l'idée que le droit criminel doit prévenir les préjudices causés par le crime, laquelle possède un long historique au sein de la tradition de common law⁶³. En effet, dès le 17^e siècle, Edward Coke a défini la relation entre le souverain et ses sujets comme une relation relevant, selon « les lois de la nature », d'un lien particulier où le sujet doit allégeance en soumission alors que le souverain doit gouverner et protéger ses sujets⁶⁴. Plus tard, des penseurs des Lumières comme Locke avancent qu'à l'état de nature, un individu « often lacks the power to defend himself against invasion by others, rendering the enjoyment of his rights very unsecure. »⁶⁵ C'est dès lors dans le but d'assurer la préservation de leurs droits naturels (à la vie, à la liberté et à la propriété) que, selon la théorie libérale classique, les individus acceptent de faire communauté sous la forme d'État, ce que résume bien Heyman :

Under the terms of this compact, each individual gives up his natural power to act for his own preservation "to be regulated by the Laws made by the Society, so far forth as the preservation of himself, and the rest of that Society shall require." In addition, he "engages his natural force..., to assist the Executive Power of the Society, as the law thereof shall require." In return, the individual obtains not only benefits from "the labour, assistance, and society of others in the same Community," but also protection from its whole strength." In short, according to Locke, the end of government is to direct "the force of all the subjects of the commonwealth" for the purpose of "preserving the members of the commonwealth in peace from injury and violence."⁶⁶

⁶³ Steven J Heyman, « The First Duty of Government: Protection, Liberty and the Fourteenth Amendment » 41 Duke Law Journal 507 à la p 513.

⁶⁴ *Ibid* à la p 517.

⁶⁵ *Ibid* à la p 515.

⁶⁶ *Ibid* à la p 513.

Le fait que l'une des fonctions centrales de l'État soit de protéger les citoyens est pour ainsi dire « [...] written into the very fabric of state authority and imposes upon the state a duty to promulgate laws and pursue policies in order to provide security for its citizens. »⁶⁷ De cette obligation de protection découle l'une des justifications élémentaires du droit de l'État de punir (et donc du droit d'annihiler la liberté d'un citoyen)⁶⁸. Ce n'est donc pas d'hier que, dans l'objectif d'éviter qu'une action préjudiciable porte atteinte à autrui, l'État accepte de prendre les moyens préventifs nécessaires : « Governments have long employed 'preventive justice' measures that restrain an individual's liberty on the basis of an estimation of future harm, rather than past acts (even if past acts form part of the prediction of future harm). »⁶⁹ Pour que ces mesures soient prises, l'État compte sur la police, cette institution chargée de faire respecter les normes de comportement établies par le droit criminel⁷⁰. L'efficacité de celle-ci et les moyens dont elle dispose sont des conditions essentielles à l'application effective d'un droit axé sur la prévention du crime : « The preventive aspect of the criminal law is therefore predicated upon the existence of police whose function it is not only to investigate and secure evidence regarding consummate or complete crimes but also to act in advance of their commission. »⁷¹

⁶⁷ Andrew Ashworth et Lucia Zedner, *Preventive Justice*, Oxford Monographs on Criminal Law and Justice, Oxford, Oxford University Press, 2014 à la p 8 [Ashworth et Zedner, *Preventive Justice*].

⁶⁸ John Stuart Mill, *On Liberty*, Harmondsworth, Penguin, 1979 à la p 165. Mill a aussi reconnu que l'obligation de l'État de protéger ces citoyens des maux de la criminalité implique la recherche d'un équilibre précaire. La citation suivante met en lumière cette préoccupation qui appelle à une définition des limites des pouvoirs policiers affectant la liberté des citoyens : « It is one of the undisputed functions of government to take precautions against crime before it has been committed, as well as to detect and punish it afterwards. The preventive function of government, however, is far more liable to be abused, to the prejudice of liberty, than the punitive function; for there is hardly any part of the legitimate freedom of action of a human being that would not admit of being represented, and fairly too, as increasing the facilities for some form or other of delinquency. »

⁶⁹ Tamara Tulich, « Critical Reflections on Preventive Justice » dans Tamara Tulich et al., dir, *Regulating Preventive Justice*, London, Routledge, 2017 à la p 3.

⁷⁰ *R c Mack*, [1988] 2 RCS 903 à la p 917 : « Manifestement, la police doit jouir d'une latitude considérable dans son effort pour faire respecter les normes de comportement établies par le droit criminel. La common law a reconnu cela depuis longtemps [...] ».

⁷¹ Ashworth et Zedner, *Preventive Justice*, *supra* note 70 à la p 49.

D'aucuns observent l'*accentuation*⁷² de l'aspect préventif du système de justice. Celui-ci se manifeste notamment par la prolifération de crimes préparatoires – qui n'ont rien de nouveau⁷³ –, mais qui se font de plus en plus présents au sein de l'arsenal juridique:

What is at stake here is rather an intensification and expansion, including the emergence of innovative forms of preventive criminal offences and other preventive justice measures that pursue a purely preventive rationale which has actually prompted recent interest in this field.⁷⁴

Nous aurons l'occasion d'aborder plus loin un crime inchoatif emblématique de cette mouvance, le leurre⁷⁵. Pour l'instant, suffit-il de dire que mener à terme la mission préventive déléguée à la police devient particulièrement ardue à l'égard de crimes consensuels ou préparatoires, puisque leur détection nécessite un degré substantiel de ruse et, souvent, d'invasion de la vie privée des citoyens⁷⁶. Conséquemment, l'extension du catalogue des crimes de nature préventive va de pair avec l'accroissement de l'importance des institutions rattachées au système de justice criminelle, dont la police⁷⁷. Celle-ci a par ailleurs vu ses capacités de prévention être amplifiées par l'émergence de

⁷² Nous faisons allusion au vaste champ d'études portant sur l'État préventive et la justice préventive. Pour une revue fort instructive de cette littérature, voir Lucia Zedner et Andrew Ashworth, « The Rise and Restraint of the Preventive State » (2019) 2 Annual Review of Criminology 429 [Zedner et Ashworth, *The Rise*]. À la p 434, ces auteurs écrivent : « Thus, although the developments typically associated with the rise of the Preventive State in the late twentieth and early twenty-first century constitute a palpable shift in orientation, aims, and practices, to claim that they collectively signify a watershed or epochal change is to disregard or downplay the enduring historic place of prevention in criminalization, policing, and crime control. »

⁷³ *Ibid* à la p 435 : « Thus, criminal law has long had a preventive element, evident in the inchoate offenses of attempt, conspiracy, and incitement, which criminalize people before they have actually caused the prohibited harm (Ashworth & Zedner 2012, Simester 2012). The law on inchoate offenses typically requires (a) proof of the person's intent to cause the prohibited harm and (b) proof that the person has taken a substantial step toward that goal. However, there is now increasing attention paid to preinchoate offenses that do not meet these requirements. »

⁷⁴ Ali Emrah Bozbayindir, « The Advent of Preventive Criminal Law: An Erosion of the Traditional Criminal Law? » (2018) 29:1 Criminal Law Forum 25.

⁷⁵ Voir section 2.1.2.1, *infra* à la p 73.

⁷⁶ Hock Lai Ho, « State Entrapment » (2013) 31:1 Legal Studies 71 à la p 77 : « The police cannot abide strictly by a reactive policy, under which they start an investigation only after the deed is done and a complaint received. It is widely accepted that law enforcement agencies may sometimes employ proactive techniques that involve a degree of subterfuge and trickery. These are necessary to combat certain types of offences [...] ».

⁷⁷ Carol Steiker, « The Limits of the Preventive State » (1998) 88:3 Journal of Criminal Law and Criminology 771 à la p 771.

nouvelles technologies⁷⁸, qui permet une surveillance de masse *low cost*⁷⁹. Plus encore, il peut être dit que l'accent contemporain mis par la législation criminelle sur les crimes préventifs témoigne d'un changement de nos attentes envers le droit criminel; nous serions à bien des égards « on the cusp of a shift from a post- to a precrime society, a society in which the possibility of forestalling risks competes with and even takes precedence over responding to wrongs done. »⁸⁰ Cette attirance vers un système se rapprochant du modèle de Packer du *crime control* explique en partie le zèle dont peuvent faire preuve les autorités dans leur quête de détection du crime. L'histoire judiciaire étatsunienne témoignera rapidement des balbutiements de ce phénomène dès l'aube du siècle dernier. Le surgissement de nouvelles situations factuelles jusque-là difficilement imaginables sera l'occasion pour les tribunaux de se distancer des gestes étatiques allant à l'encontre de principes de justice auxquels ils sont attachés. Attardons-nous donc aux débuts de la doctrine de la provocation policière dans le pays où elle est née.

1.2. La naissance de la provocation policière aux États-Unis au début du 20^e siècle

1.2.1. Les balbutiements jurisprudentiels étatsuniens antérieurs à l'arrêt *Sorrells*

L'arrêt *Sorrells*⁸¹, arrêt fondateur de la provocation policière déposé par la Cour suprême des États-Unis en 1932, n'est pas une *creatio ex nihilo*. Le fait que la doctrine de la provocation policière soit née aux États-Unis n'est pas étranger au développement rapide de l'institution policière au pays de l'Oncle Sam :

⁷⁸ Zedner et Ashworth, *The Rise*, *supra* note 72 à la p 435 : « [...] we recalled the nineteenth century origins of preventive policing, but the idea of preventive policing has seen a resurgence with the arrival of new technologies. The development of CCTV, satellite tracking, data mining and retention, electronic surveillance, risk profiling, and other measures has enabled greater emphasis on “policing as the provision of security through surveillance techniques designed to identify, predict and manage risks” (Ericson & Haggerty 1997, p. xi). One prominent illustration of this is the rise of predictive policing in the United States, using electronic data to identify risky locations and individuals for property crimes (and, subsequently, for violent crimes) and deploying police patrols for preventive purposes (Ferguson 2017). »

⁷⁹ Je m'inspire des propos de : Ashworth et Zedner, *Preventive Justice*, *supra* note 70 à la p 51, qui écrivent que le développement technologique facilite « low-cost mass surveillance which allows for the effective observation, screening, risk-profiling, categorization and tracking of offenders ».

⁸⁰ Lucia Zedner, « Pre-Crime and Post-Criminology? » (2007) 11:2 *Theoretical Criminology* 261 à la p 262 [Zedner, *Pre-Crime*].

⁸¹ *Sorrells v United States*, *supra* note 23.

The doctrine dates back to the post-Civil War period when America's urban populations grew, and along with them, criminal syndicates. At the same time, law enforcement went through a period of growth and professionalization, with the state and federal governments pouring unprecedented resources into the investigation and prosecution of crime. New federal laws like the Prohibition Act, the Narcotics Act, and other laws aimed at "vice" crimes like obscenity and prostitution gave the new law enforcement agents, especially federal agents, many tools to use and seemingly unlimited potential targets. Undercover techniques became particularly important. Taken altogether, these developments caused courts to grow concerned about abuses of power.⁸²

Certains vont jusqu'à affirmer que la provocation policière est, dans le contexte étatsunien, une réponse judiciaire à la prohibition⁸³ ou encore à la « nature changée » du gouvernement incarné par la police⁸⁴.

Cela étant dit, sans articulation formelle d'une quelconque doctrine, les magistrats étatsuniens se retrouvaient, avant 1932, mal à l'aise devant l'idée d'absoudre des accusés qui, somme toute, semblaient avoir commis les crimes reprochés, comme l'explique Roiphe : « Courts simply did not have the language to explain the concept. They grasped at familiar doctrine for help, but the causal relationship between offender and offense proved an odd and awkward way of explaining voluntariness. »⁸⁵

Parmi les décisions qui ont pavé la voie à *Sorrells*, l'affaire *Board of commissioners v. Backus*⁸⁶ est l'une des plus emblématiques. Elle est une illustration archétypale d'une position conservatrice selon laquelle, conformément à l'Ancien Testament, la tentation, si forte soit-elle, ne peut constituer une défense valide : « If a defendant committed a criminal act with the requisite mental state, the nature of the inducement was legally irrelevant. »⁸⁷

Les faits de l'affaire *Backus* sont quelque peu banals : l'équivalent de la défunte *Commission des liqueurs* avait embauché des informateurs pour constater si

⁸² Jessica A Roth, « The Anomaly of Entrapment » (2014) 91 Wash. U. L. Rev. 979 aux p 990-991.

⁸³ Kenneth M Murchison, *Federal Criminal Law Doctrines: The Forgotten Influence of National Prohibition*, New York, Duke University Press, 1994 à la p 23.

⁸⁴ Roiphe, *supra* note 46 à la p 270.

⁸⁵ *Ibid* à la p 281.

⁸⁶ *Board of commissioners v Backus*, 29 How Pr 33 (NY Sup Ct 1864).

⁸⁷ Thomas Ward Frampton, « Predisposition and Positivism: The Forgotten Foundations of the Entrapment Doctrine Criminal Law » (2013) 103:1 Journal of Criminal Law and Criminology 111 à la p 126. Voir aussi : Roth, *supra* note 82 à la p 991.

l'établissement de Backus vendait des spiritueux sans permis. Tel était le cas. Backus a argué qu'il n'aurait pas contrevenu à la loi si les employés de la *Commission* ne lui avaient pas expressément demandé les liqueurs prohibées. Cela n'a pas impressionné la Cour qui, pour nier la prétention de *Backus*, a puisé au sein du passage de la Genèse dans lequel Ève succombe aux invitations du serpent, ce qui l'amène à manger le fruit pourtant défendu :

Even if inducements to commit crime could be assumed to exist in this case, the allegation of the defendant would be but the repetition of the plea as ancient as the world, and first interposed in Paradise : " The serpent beguiled me and I did eat." That defence was overruled by the great Lawgiver, and whatever estimate we may form, or whatever judgment pass upon the character or conduct of the tempter, this plea has never since availed to shield crime or give indemnity to the culprit, and it is safe to say that under any code of civilized, not to say Christian ethics, it never will.⁸⁸

Les propos soulignés nous rappellent toutefois que l'avenir n'est jamais parfaitement certain. En 1878, une cour américaine de juridiction fédérale prend en considération pour la première fois la provocation policière dans l'affaire *United States v Whittier*⁸⁹. Dans cette espèce, un groupe d'individus militant pour la « suppression du vice » suspectaient un médecin, le Dr Whittier, de pratiquer des activités immorales. Cherchant à le pincer, ils ont envoyé une lettre à son domicile. Cette lettre, signée d'un faux nom, demandait à recevoir des informations sur la contraception. Le médecin a répondu à la lettre avec les informations demandées, violant ainsi une loi introduite peu de temps auparavant par le Congrès⁹⁰.

Le Tribunal, après avoir examiné les prétentions du Dr Whittier, a conclu que les actes de provocation du tiers ne peuvent constituer une excuse ou un moyen de défense. Il a cependant fait une mise en garde contre les possibles dérives auxquelles peut mener la recherche proactive de coupables : « No court should, even to aid in detecting a supposed

⁸⁸ Soulignements ajoutés. *Board of commissioners v Backus*, *supra* note 86 à la p 33; Roiphe commente de cette manière le raisonnement du juge newyorkais : « The reason God did not excuse Eve is that she acted against his edict, and was therefore culpable. The serpent wielded a good deal more power than Eve and his tactics were certainly unfair, but in the mind of the Old Testament Deity and the New York court which invoked Him, that was not really relevant. By the twentieth century, courts had taken a noticeable turn. » Roiphe, *supra* note 46 à la p 285.

⁸⁹ *United States v Whittier*, 28 F Cas 591 (ED Mo 1878).; DeFeo, *supra* note 58.

⁹⁰ *Ibid.*; Roiphe, *supra* note 46 à la p 280.

offender; lend its countenance to a violation of positive law, or to contrivances for inducing a person to commit a crime. »⁹¹

C'est en 1915 qu'une cour d'appel fédérale (« *circuit court* ») – que l'on peut comparer à nos cours d'appel provinciales – a fait face à un cas de provocation policière. Les faits de l'arrêt *Woo Wai* révèlent que des agents d'infiltration avaient suggéré à un homme d'affaires chinois de s'engager dans un plan pour importer des biens illégaux aux États-Unis⁹². *Woo Wai* aurait été visé, car il détenait certaines informations privilégiées sur un agent d'immigration suspecté d'importation illégale de biens étrangers⁹³. *Woo Wai* a d'abord refusé de prendre part au plan et ce, malgré les demandes réitérées des agents. Ces derniers ont par la suite engagé un détective qui a invité *Woo Wai* à prendre part à deux voyages sur la côte californienne, ce qui a finalement « fonctionné », c'est-à-dire qu'il a succombé aux avances de l'agent d'infiltration⁹⁴. Une fois arrêté, la police a demandé à *Woo Wai* de fournir des informations sur l'agent d'immigration suspecté sans quoi *Woo Wai* serait inculpé⁹⁵.

En première instance, l'accusé a argué avoir été indûment incité à commettre l'infraction par l'agent de l'État. Le Tribunal a rejeté l'argument de *Woo Wai* en constatant qu'une telle défense n'existait point⁹⁶. La Cour d'appel du neuvième circuit a cependant accueilli l'appel pour deux raisons. Elle a d'abord constaté que les éléments essentiels de l'infraction de complot ne pouvaient ressortir des faits et, s'appuyant sur diverses décisions de « *state courts* », les juges d'appel ont exprimé leur répugnance pour les faits de l'espèce. Sans construire un édifice théorique particulier, ils écrivent : « [...] a sound public policy can be upheld only by denying the criminality of those who are thus induced to commit acts which infringe the letter of the criminal statutes. »⁹⁷

⁹¹ *United States v Whittier*, *supra* note 88 à la p 594.

⁹² *Woo Wai v United States*, 223 F 412 (9th Cir 1915).

⁹³ DeFeo, *supra* note 58 à la p 249.

⁹⁴ *Woo Wai v United States*, *supra* note 92. Voir aussi Roiphe, *supra* note 46 à la p 282 : « Poised as *Woo Wai* crossed the border with the illegal aliens in tow, immigration agents arrested him and offered him immunity if he cooperated in uncovering the smuggling operation. He refused, opting instead to go to trial on the charge that he conspired to bring illegal aliens across the border in violation of the immigration laws. »

⁹⁵ *Ibid.*

⁹⁶ *Ibid.*

⁹⁷ *Ibid* à la p 415.

La Cour a ainsi reconnu qu'une action ne peut être qualifiée de criminelle si le gouvernement la crée de toute pièce en manipulant l'accusé pour qu'il la commette⁹⁸. Si les contours de ce qui allait devenir la provocation policière demeuraient flous⁹⁹, l'arrêt *Woo Wai* a créé un précédent important qui a rapidement servi d'inspiration pour les cours fédérales à travers les États-Unis¹⁰⁰. Comme l'évoque Roiphe, cet arrêt révèle une sorte de prise de conscience des effets secondaires que peuvent avoir les techniques d'enquête sophistiquées employées par la police¹⁰¹. Il s'agit aussi d'une reconnaissance judiciaire de l'importance de réfléchir à ce qu'est une « voluntary action in the presence of a large, centralized, and bureaucratic state. »¹⁰²

En 1928, la Cour suprême des États-Unis a eu pour la première fois l'occasion d'aborder le précédent établi dans *Woo Wai*. Dans le dossier *Casey v United States*, l'enjeu de la provocation policière ressortait explicitement des faits, mais n'a pas été soulevé ni en appel, ni en première instance¹⁰³. Le dossier révélait que Casey, un avocat, était suspecté de faciliter l'entrée de stupéfiants au sein d'un établissement carcéral¹⁰⁴. Des agents fédéraux ont recruté deux prévenus qui, lors d'une rencontre enregistrée avec leur avocat Casey, l'ont convaincu de participer à un plan illicite pour que des drogues puissent se trouver à l'intérieur des murs de la prison.

Bien qu'une majorité de la Cour suprême ait refusé de se pencher sur la question de la provocation policière¹⁰⁵, le juge Brandeis a rédigé des motifs dissidents avant-gardistes.

⁹⁸ Roiphe, *supra* note 46 à la p 283.

⁹⁹ Murchison, *supra* note 83 à la p 32.

¹⁰⁰ DeFeo, *supra* note 58 à la p 249; Voir aussi Lester B Orfield, « The Defense of Entrapment in the Federal Courts » (1967) 1 Duke Law Journal 39 à la p 42 : « In the years following *Woo Wai* the number of cases involving the defense of entrapment increased geometrically, but the contours of the defense remained vague ».

¹⁰¹ Roiphe, *supra* note 46 à la p 283.

¹⁰² *Ibid.*

¹⁰³ *Casey v United States*, 276 US 413 (1928).

¹⁰⁴ Ce dernier a cependant toujours nié son implication antérieure aux faits de l'espèce : « So far as appears, the officers had, prior to the events on December 31st, no basis for a belief that Casey was violating the law except that the jailer harbored a suspicion. Casey took the witness stand and submitted himself to cross-examination. He testified that he had "never bought, sold, given away or possessed a single grain of morphine or other opiate," and that he had "never procured, or suggested to any one else to procure morphine or narcotics of any kind." » *Ibid* à la p 424.

¹⁰⁵ La Cour ne se croyait pas en bonne position pour s'enquérir d'un grief qui n'avait jamais été présenté : « We do not feel at liberty to accept the suggestion that the government induced the crime. A court rarely can act with advantage of its own motion, and very rarely can be justified in giving judgment upon grounds that the record was not intended to present. » *Ibid* à la p 418.

Pour ce dernier, le plus haut tribunal des États-Unis devait intervenir d'office. Il a précisé que casser la procédure contre Casey était nécessaire non pas parce que l'un de ses droits avait été violé, mais pour protéger le gouvernement de lui-même, pour le protéger de la conduite illégale de ses agents et pour préserver ni plus ni moins la « pureté » des cours de justice¹⁰⁶.

Le juge Brandeis s'est dit d'avis que les cours ne devraient pas rester passives lorsqu'elles observent que les agents de l'État ont contribué à la création du crime : « The obstacle to the prosecution lies in the fact that the alleged crime was instigated by officers of the government, that the act for which the government seeks to punish the defendant is the fruit of their criminal conspiracy to induce its commission. »¹⁰⁷ Si le juge Brandeis reconnaît que le comportement des policiers ne procure aucun moyen de défense à l'accusé, il refuse l'idée que les tribunaux cautionnent, par leur laissez-faire, des gestes étatiques injustes. Il ajoute : « [...] it does not follow that the court must suffer a detective-made criminal to be punished. To permit that would be tantamount to a ratification by the government of the officers' unauthorized and unjustifiable conduct. »¹⁰⁸ Quatre ans plus tard, les graines semées par le juge Brandeis ont déjà germé. Mais la plante qui a poussé n'était peut-être pas de l'espèce qu'il espérait. La prochaine section s'affaire à présenter les décisions de la Cour suprême des États-Unis qui ont forgé son acception de la provocation policière à titre de moyen de défense.

1.2.2. L'arrêt *Sorrells* : l'édification de la doctrine de la provocation policière par la Cour suprême des États-Unis

En 1932 paraît l'arrêt fondateur du « débat vigoureux » – comme le disait justement le juge Lamer¹⁰⁹ – que la Cour suprême des États-Unis a entretenu sur la provocation policière, soit *Sorrells v United States*¹¹⁰. À cette époque, nous l'avons vu, les cours inférieures des États-Unis avaient déjà abordé le problème de la provocation policière depuis quelque temps. Lorsque *Sorrells* arrive devant la Cour suprême des États-Unis,

¹⁰⁶ *Ibid* à la p 425.

¹⁰⁷ *Ibid* à la p 423.

¹⁰⁸ Nous soulignons. *Ibid* à la p 425.

¹⁰⁹ *R c Mack*, *supra* note 70 à la p 925.

¹¹⁰ *Sorrells v United States*, *supra* note 23.

l'enjeu n'est pas de décider si une telle doctrine existe, mais de déterminer quelle forme elle prend : « [...] authority in the lower federal courts is decidedly in favor of the view that in such case as the one before us the defense of entrapment is available. »¹¹¹

Les faits de l'arrêt *Sorrells* sont représentatifs de l'époque où prévalait une mise en application féroce de la prohibition¹¹². Dans le cadre d'un scénario élaboré, un agent assurant l'application des interdits relatifs à la prohibition a rencontré Sorrells, chez lui, avec l'aide des amis de l'accusé. Grâce à des recherches effectuées sur Sorrells, l'agent savait que ce dernier était un vétéran de la Première Guerre mondiale. Désireux de gagner sa confiance, l'agent a dit au suspect qu'il avait fait partie du même régiment que lui lors de la Grande Guerre. Les deux hommes ont alors partagé des souvenirs de leur passé. Puis, l'agent a demandé à Sorrells s'il ne pouvait pas lui fournir quelques spiritueux. Ayant refusé les deux premières propositions, Sorrells a finalement acquiescé la troisième fois. À propos des faits du dossier, le juge Hughes, rédigeant pour la majorité de la Cour, écrit :

[...] the evidence was sufficient to warrant a finding that the act for which defendant was prosecuted was instigated by the prohibition agent, that it was the creature of his purpose, that defendant had no previous disposition to commit it, but was an industrious, law-abiding citizen, and that the agent lured defendant, otherwise innocent, to its commission by repeated and persistent solicitation in which he succeeded by taking advantage of the sentiment aroused by reminiscences of their experiences as companions in arms in the World War. Such a gross abuse of authority given for the purpose of detecting and punishing crime, and not for the making of criminals, deserves the severest condemnation; but the question whether it precludes prosecution or affords a ground of defense, and, if so, upon what theory, has given rise to conflicting opinions.¹¹³

La Cour se trouve alors à reconnaître sans ambages¹¹⁴ que la situation est inacceptable, mais que la solution pour qu'elle ne se reproduise plus est, en droit, nébuleuse. Suivant cet aperçu, voyons maintenant les deux propositions qui émanent de cet arrêt de la Cour

¹¹¹ *Ibid* à la p 443.

¹¹² *Sorrells v United States, supra* note 23.

¹¹³ *Ibid* à la p 441 (nos soulignements).

¹¹⁴ Il convient de faire remarquer que l'opinion minoritaire dans *Sorrells* a même affirmé que la provocation policière ne pouvait être toléré par quelconque « self respecting tribunal » : *Ibid* à la p 455.

suprême des États-Unis – et des suivants – ainsi que la manière dont chacune d’entre elles suggère répondre aux problèmes entraînés par les opérations policières proactives.

1.2.2.1. La réponse de l’approche subjective

Les juges majoritaires adoptent une approche que l’on qualifie de « subjective ». La majorité reconnaît d’emblée que le droit prétorien a évolué de manière à reconnaître que l’action efficace des forces de l’ordre dépend de l’usage de subterfuges, d’artifices ou de la mise en place d’occasions de commettre une infraction¹¹⁵. La question n’est toutefois pas la même quand le dessein criminel tire son origine des agents de l’État, c’est-à-dire quand ces derniers « implantent dans l’esprit d’un innocent l’intention de perpétrer l’infraction imputée et qu’ils l’incitent à la commettre pour pouvoir tenter des poursuites. »¹¹⁶

La majorité de Cour suprême présente au lecteur une question qui introduit la suite de son raisonnement : « [...] can an application of the statute having such an effect – creating a situation so contrary to the purpose of the law and so inconsistent with its proper enforcement as to invoke such a challenge – fairly be deemed to be within its intendment? »¹¹⁷ Cette question est révélatrice de la perception qu’entretient la majorité sur la provocation policière: il s’agit d’une telle incongruité que le législateur *ne peut* avoir prévu de punir des comportements créés de toute pièce par l’État. Comme le reconnaîtra le juge Lamer de la Cour suprême du Canada dans l’arrêt *Mack*, « la majorité a manifestement évité de se fonder sur quelque compétence inhérente ou quelque pouvoir de contrôle qui aurait permis à la Cour de mettre un inculpé à l’abri de toute poursuite pour une infraction qui ne résultait que de “l’activité créatrice” du gouvernement. »¹¹⁸

Il s’agit, pour les juges majoritaires dans l’arrêt *Sorrells*, d’aborder la provocation policière par le biais d’une règle d’interprétation libérale. Avant de dévoiler le fond de leur pensée, les magistrats rappellent le principe bien connu qu’une interprétation littérale des lois est

¹¹⁵ *Ibid* à la p 441.

¹¹⁶ *Ibid* à la p 441; La traduction de ce passage de l’arrêt *Sorrells* est celle qui apparaît au sein des motifs du juge Lamer dans : *R c Mack*, *supra* note 70 à la p 926.

¹¹⁷ *Sorrells v United States*, *supra* note 23 à la p 446.

¹¹⁸ *R c Mack*, *supra* note 70 à la p 927.

susceptible de mener à des résultats injustes ou absurdes¹¹⁹. Tout bien considéré, il leur est impossible de conclure que le pouvoir législatif a voulu punir des individus embourbés dans des situations où des fonctionnaires abusent de leurs pouvoirs pour les inciter à accomplir des gestes criminels¹²⁰; « [...] the defense derived from a congressional intent implicit in criminal statutes not to fin an otherwise-innocent person guilty when the offense was the product of the creative activity of the government »¹²¹.

La nouvelle règle d'interprétation législative créée par la majorité des juges met donc à l'avant-plan l'obligation de distinguer l'innocent imprudent du criminel imprudent. Vu cette préoccupation, la preuve de la prédisposition et des intentions de la personne visée par l'opération policière devient une preuve pertinente dans l'unique mesure où elle est en lien avec « [the] controlling question whether the defendant is a person otherwise innocent whom the government is seeking to punish for an alleged offense which is the product of the creative activity of its own officials. »¹²² S'enquérir des mœurs, du profil et des activités de l'accusé revêt dès lors une importance parfois déterminante¹²³.

L'usage du vocable relié à la prédisposition reflète l'importance qu'accorde la majorité de la Cour à savoir si « the criminal design originates with the target of the investigation or

¹¹⁹ « Literal interpretation of statutes at the expense of the reason of the law and producing absurd consequences or flagrant injustice has frequently been condemned. » : Les juges majoritaires s'appuient en partie sur l'arrêt *Kirby*, où la Cour a notamment mentionné que l'interprète doit s'abstenir de prendre les paroles du législateur au pied de la lettre : "In *United States v. Kirby*, 7 Wall. 482, the case arose under the Act of Congress of March 3, 1825 (4 Stat. 104, § 9), providing for the conviction of any person who « shall, knowingly and willfully, obstruct or retard the passage of the mail, or of any driver or carrier . . . carrying the same. » Considering the purpose of the statute, the Court held that it had no application to the obstruction or retarding of the passage of the mail or of its carrier by reason of the arrest of the carrier upon a warrant issued by a state court. The Court said: « All laws should receive a sensible construction. General terms should be so limited in their application as not to lead to injustice, oppression, or an absurd consequence. It will always, therefore, be presumed that the legislature intended exceptions to its language, which would avoid results of this character. The reason of the law in such cases should prevail over its letter. » *Sorrells v United States*, *supra* note 23 à la p 446.

¹²⁰ *Ibid* à la p 448. La Cour, à la page 452, soit à la toute fin de sa décision, réitère très clairement le passage cité : « Fundamentally, the question is whether the defense, if the facts bear it out, takes the case out of the purview of the statute because it cannot be supposed that the Congress intended that the letter of its enactment should be used to support such a gross perversion of its purpose. »

¹²¹ Jeffrey N. Klar, « The Need for a Dual Approach to Entrapment » (1981) 59 *Washington University Law Review* 199 à la p 203.

¹²² *Sorrells v United States*, *supra* note 23 à la p 451.

¹²³ Frampton écrit à ce sujet : « The defendant's liability for the underlying substantive offense thus hinges on the personality, reputation, and criminal history of the accused—and, in terrorism cases, often on the defendant's political or religious views. Frampton, « Predisposition and Positivism », *supra* note 87 à la p 114.

instead the officials of the government. »¹²⁴ En droit fédéral étatsunien, le « test » de la prédisposition proposé par la majorité dans *Sorrells* demeure l'élément central de la provocation policière à ce jour¹²⁵.

Des arrêts postérieurs à *Sorrells* ont confirmé et précisé la voie empruntée par la majorité des juges dans cette affaire, comme l'arrêt *Sherman*, le premier de la Cour suprême des États-Unis à traiter de la provocation policière depuis sa naissance¹²⁶. Dans cette espèce datant de 1958, un agent d'infiltration a rencontré l'accusé au cabinet d'un médecin où ce dernier se faisait traiter pour ses problèmes de consommation de drogue. Plusieurs rencontres entre les deux hommes ont eu lieu où ceux-ci ont discuté de leurs divers problèmes reliés aux narcotiques et leurs efforts pour améliorer leur sort. L'agent d'infiltration a, un jour, demandé à l'accusé s'il pouvait l'aider à trouver des drogues, car il souffrait et les traitements médicaux n'auraient point été efficaces à son endroit. Au terme de plusieurs demandes, l'accusé a finalement flanché avant d'être inculpé. Tant le jury que la Cour d'appel du deuxième circuit ont refusé de donner foi à la défense de provocation policière de M. Sherman¹²⁷. L'opinion majoritaire de la Cour suprême a renversé la déclaration de culpabilité de M. Sherman, réaffirmant par le fait même les principes établis par la majorité dans l'arrêt *Sorrells*. Même si ce dernier avait quelques antécédents en matière de narcotrafic, ce qui le rendait possiblement « prédisposé » à commettre l'infraction en cause, les juges majoritaires ont estimé que le gouvernement avait tellement joué sur les faiblesses de l'accusé que la défense de provocation policière devait prévaloir : « [...] the Government plays on the weaknesses of an innocent party and beguiles him into committing crimes which he *otherwise* would not have attempted. Law enforcement does not require methods such as this. »¹²⁸

Dans *Russell*, un agent de l'État a proposé à Russell de fournir un ingrédient essentiel à la fabrication de méthamphétamine en échange de « visiter » son laboratoire et d'avoir un échantillon de la drogue produite. Russell a été reconnu coupable d'infractions

¹²⁴ Roth, *supra* note 82 à la p 994.

¹²⁵ *Ibid* à la p 999.

¹²⁶ *Sherman v United States*, 356 US 369 (1958) à la p 370.

¹²⁷ *Ibid* à la p 371.

¹²⁸ Caractères en italique ajoutés. *Ibid* à la p 376.

relatives à la drogue. En appel, Russel a admis qu'il était « prédisposé » à commettre le crime, mais la Cour a estimé qu'un degré intolérable de participation du gouvernement à l'entreprise criminelle permettait de donner droit à la défense de provocation policière¹²⁹. La majorité de la Cour suprême a rectifié le tir en réitérant formellement que « l'élément principal de la provocation policière est l'absence de propension chez l'inculpé à commettre le crime; la concession faite par l'inculpé à la Cour d'appel était fatale à son allégation de provocation policière. »¹³⁰ Autrement, la majorité dans *Russell* réaffirme surtout le raisonnement des opinions majoritaires des arrêts *Sorrells* et *Sherman*.

Retenons de ces arrêts fondateurs que, pour la majorité de la Cour suprême des États-Unis, la provocation policière – une règle d'interprétation législative¹³¹ – permet d'échapper à la responsabilité criminelle lorsque deux critères sont satisfaits : « (1) government agents induce the charged offense, and (2) the defendant is not otherwise predisposed to commit the crime. »¹³²

Pour aborder le problème causé par des opérations policières abusives qui semblent être à l'origine d'un crime, l'approche subjective ancre le débat autour de l'acceptation fondamentale du droit pénal selon laquelle une punition étatique ne peut être justifiée qu'à l'égard d'un individu qui, pour reprendre les mots du juge en Dickson, « est responsable de sa volonté. »¹³³ Cela se traduit, dans le contexte de la provocation policière, à travers

¹²⁹ *United States v Russell*, 411 U.S. 423 (1973).

¹³⁰ Interprétation de l'arrêt *Russell* par le juge Lamer dans : *R c Mack*, *supra* note 70 à la p 932.

¹³¹ Ce mémoire ne cherche pas à critiquer la méthode juridique employée par la Cour suprême des États-Unis il y a après d'un siècle, mais il est intéressant de noter ces commentaires de Jonathan C. Carlson, « The Act Requirement and the Foundations of the Entrapment Defense », (1987) 73:6 *Virginia Law Review* 1011 à la p 1041, qui avance que le choix d'une approche subjective dans *Sorrells* est la résultante d'une certaine modestie judiciaire : « [I]n order to produce a defense that meshed with their view that judicial power was confined to interpreting statutes, the *Sorrells* majority neglected to build a careful, substantive analysis of entrapment. It somehow had to rationalize the creation of an entrapment defense, in a situation where the defendant had clearly violated the letter of the law, without conceding an inherent judicial power to stop a prosecution. To accomplish this, the Justices simply replaced the law's narrow mens rea inquiry—under which all encouraged defendants would be guilty—with a broad standard of culpability. »

¹³² Frampton, « Predisposition and Positivism », *supra* note 87 à la p 113.

¹³³ *Leary c La Reine*, [1978] 1 RCS 29 à la p 34, dont un passage est repris par Hugues Parent, *Traité de droit criminel*, 1^{ère} édition, tome 1, Montréal, Thémis, 2003 à la p 10 : « De la faute à la sanction, en passant par les infractions, tout gravite autour de la notion de libre arbitre. En effet, si l'homme est responsable pénalement de ses actes, s'il est tenu d'en répondre devant la justice des hommes, c'est parce qu'il est en mesure de modeler ses actions au gré de sa volonté. Dans sa forme absolue, le libre arbitre est donc l'énergie qui transcende l'univers juridique, la force qui est au centre du microcosme pénal. Sans elle, sans

l'idée selon laquelle le législateur a nécessairement voulu que seuls ceux qui sont prédisposés à commettre un crime où l'État est intervenu peuvent être trouvés coupables.

En préconisant cette approche, la Cour suprême des États-Unis stipule que l'innocent authentique doit être le *seul* à pouvoir bénéficier de ce moyen de défense : « The defense is available not in the view that the accused, though guilty may go free, but that the government cannot be permitted to contend that he is guilty of a crime where the government officials are the instigators of his conduct. »¹³⁴ Cette vision accepte dès lors que les comportements policiers piégeurs sont inacceptables en fonction de leurs effets sur le libre arbitre de l'accusé et, partant, qu'une enquête sur l'état d'esprit et le profil de l'accusé au moment de son piégeage s'avère pertinente. Pour certains, l'approche subjective assimile la provocation policière à une excuse¹³⁵. Dans tous les cas, la version subjective de la provocation policière est une reconnaissance du caractère malléable de l'esprit humain :

[It] allows the law to articulate and develop its own version of what it means to act freely in the modern world. By recognizing some elusive moment when the state has managed to manipulate its citizens and undermine free will through sheer force of persuasion, courts generate an evolving definition of freedom and individuality.¹³⁶

Tout comme la vision objective dont nous allons discuter plus tard, la vision subjective de la provocation policière cherche à rassurer le système de justice criminelle que l'État n'est pas à l'origine du crime en trouvant chez l'accusé des indices du fatalisme qui guide sa

ce souffle vital, tout le système pénal tel que nous le connaissons aujourd'hui, avec ses jugements et ses récriminations, serait condamné à se fractionner et à s'autodétruire. »

¹³⁴ *Sorrells v United States*, *supra* note 23 à la p 452; L'arrêt Amato résume cette position de la manière suivante : « La Cour a considéré que la question était de savoir si le défendeur est une personne par ailleurs innocente que le gouvernement cherche à punir pour une prétendue infraction qui est le produit de la créativité de ses propres efforts. » (références omises) *Amato c La Reine*, [1982] 2 RCS 418 à la p 431.

¹³⁵ Richard C. Insalaco et Peter G. Fitzgerald, « Denying the Crime and Pleading Entrapment: Putting the Federal Law in Order » (1987) 20 *University of Michigan Journal of Law Reform* 567 à la p 584 : « By focusing on the predisposition of the defendant, the court is asking whether the defendant is sufficiently blameworthy to be held accountable for the crime. Entrapment, so formulated, is not very different from excuses such as self-defense, defense of others, defense of property, and duress. Just as we will find not blameworthy, and therefore acquit, a defendant who was coerced to perform a crime, so too, with a subjective view of entrapment, we will find not blameworthy a defendant who was otherwise innocent. Under the subjective approach, entrapment is "as closely associated with normative culpability as is the claim of duress. In one case the actor is seduced by the wiles of a duplicitous police officer; in the other he is coerced by the threats of an overbearing will". »

¹³⁶ Roiphe, *supra* note 46 à la p 294.

prise de décision ou, comme le dit fort bien Squires, de sa *criminalité inhérente* : « What the courts appear to have in mind is that defendants are ‘criminals’, not because it is proven in court that they committed criminal acts on particular occasions, but because they exhibit certain characteristics, inhabit a world, or live a lifestyle that manifests some sort of inherent ‘criminality’. »¹³⁷ La prédisposition d’un accusé, sujet normalement sans pertinence en droit criminel¹³⁸, se transforme en variable déterminante afin de pondérer si l’autonomie de l’individu visé par l’opération policière a été affectée d’une façon telle qu’on ne peut croire qu’il entendait, *avant* son interaction avec la police, commettre le crime :

[If] the offender was not predisposed to committing the crime, then it seems plausible that they were not acting autonomously but rather induced to commit the crime by the agent provocateur [...] Assessing dispositions would serve as a proxy for whether the offense was committed autonomously or as a result of the agent provocateur’s efforts to entrap the target.¹³⁹

Pour rebuter la prétention d’un accusé selon laquelle il a été poussé vers le crime par l’État, la poursuite doit s’affairer à prouver qu’il avait déjà formé l’intention d’agir criminellement en ayant recours, par exemple, à des preuves de réputation ou des antécédents judiciaires¹⁴⁰. Plusieurs ont critiqué le concept de prédisposition¹⁴¹. Il ressort de ces critiques qu’il est loin d’être évident que la prédisposition d’un individu permet d’établir un quelconque lien de causalité avec la « création » étatique du crime¹⁴². A aussi

¹³⁷ Squires, *supra* note 4 à la p 365.

¹³⁸ Enquêter sur les moeurs de l’accusé revêt de l’exception en procédure criminelle : «The defense is unusual because it makes a searching inquiry into the defendant’s character or criminal propensities the centerpiece of the criminal trial. This stands in marked contrast to the traditional focus of Anglo-American criminal jurisprudence, which generally spurns such evidence as irrelevant to the central issue of moral blameworthiness for a particular, volitional criminal act.” Frampton, « Predisposition and Positivism », *supra* note 87 à la p 113; Stober écrit ceci au sujet de la possibilité d’enquête au sujet de l’accusé : « It may be contended that the police appear to be given a licence to entrap those inclined to criminality and the concern at trial would relate more to the accused’s background and proclivities than to his guilt or innocence on the facts giving rise to the charge. » Michael Stober, « Persistent Importuning for a Defence of Entrapment » (1988) 33 *Revue de droit de McGill* 400.

¹³⁹ Hohan Kim, « Entrapment, Culpability, and Legitimacy » (2020) 39:1 *Law & Philosophy* 67 à la p 71.

¹⁴⁰ Klar, *supra* note 121 à la p 202.

¹⁴¹ Voir : Roiphe, *supra* note 46 à la p 293.

¹⁴² Féroce critiques de la notion de prédisposition, Allen et al. arguent que le concept de prédisposition est inutile si nous assumons que nous sommes tous susceptibles d’être provoqués par une opportunité extraordinaire : « [t]he real point is that talk of “predisposition” is meaningless and commits an existential fallacy. A person who takes the bait has had his price met; a person who does not, has not. But, the person who does not take the bait almost always surely would take a higher, even if greatly higher, bait. The failure

été décrié le sentiment d'inégalité vis-à-vis la règle de droit que cette approche peut créer; l'individu marginalisé avec quelques inscriptions à son casier criminel est en posture moins favorable pour invoquer la provocation policière que son concitoyen choyé par les hasards de l'existence¹⁴³.

Notre propos vise moins à critiquer qu'à comprendre comment cette approche s'attaque aux dilemmes de la provocation policière. Au risque de se répéter, la notion de prédisposition est, comme le clarifie la Cour suprême des États-Unis dans *Sherman*, une réponse satisfaisante en ce qu'elle permet de distinguer le bon grain (l'*indisposé*) de l'ivraie (le *prédisposé*)¹⁴⁴. L'examen de la prédisposition passe par le caractère de l'accusé, un examen vu comme un moyen utile pour déterminer si l'intention de commettre un crime en particulier provient réellement de son intention ou, au contraire, de la machination de l'État¹⁴⁵. Comme Roger Park l'explique, le test vise essentiellement à savoir de façon manichéenne s'il l'individu visé est « bon » ou « mauvais » :

The argument that testimony about prior criminal conduct is « prejudicial » because the jury may punish the defendant for being a bad man instead of for committing the specific act charged is based upon a misleading analogy of entrapment cases to cases in which the defendant has denied committing the criminal act [...] [In entrapment cases, the] issue is precisely whether he was a 'bad man' who was predisposed to commit the type of crime charged.¹⁴⁶

to take this one is evidence of his price, but not of predisposition. » Ronald J Allen, Melissa Luttrell et Anne Kreeger, « Clarifying Entrapment » (1999) 89:22, *Journal of Criminal Law and Criminology* 407 à la p 413.

¹⁴³ Notamment, Marcus écrit : « Ultimately, however, the determinative question is often simply whether the defendant was disposed to commit a criminal offense prior to government contact. Alas, the answer to this question is not so simple and is often clouded by criminal records of the defendants, substantial government involvement, and rather questionable evidence with respect to the defendant and his criminal propensity or reputation. » Paul Marcus, « Proving Entrapment Under the Predisposition Test » (1987) 14 *American Journal of Criminal Law* 53 à la p 95.

¹⁴⁴ *Sherman v United States*, *supra* note 126 à la p 372: « The test is premised on the notion that it is possible to isolate the class of "unwary criminals" who are "ready and willing" to engage in crime apart from the inducements offered by the government ». Louis Michael Seidman, « The Supreme Court, Entrapment, and Our Criminal Justice Dilemma » (1981) 1981 *The Supreme Court Review* 111 à la p 118.

¹⁴⁵ *Ibid.* Seidman critique d'ailleurs véhémentement cette acception superficielle : « This reading is untenable, however, because the fact that the government solicited the specific criminal act demonstrates that the defendant did not originate the intent to commit it.²³ Making government origination the sole element of the defense thus reads out the further requirement that the defendant be "otherwise innocent" or nondisposed. »

¹⁴⁶ Roger Park, « The Entrapment Controversy » (1976) 60:2 *Minnesota Law Review* 163 à la p 257.

Qu'on accorde foi ou non à son utilité, la notion de prédisposition s'inscrit, à l'instar du libre arbitre¹⁴⁷, dans la liste des mythes que le droit jurisprudentiel utilise pour polir sa rhétorique:

By withstanding the trend toward the objective, the history of entrapment illustrates that pockets of the law remain myths that we, as a community, need to believe in. The myth of predisposition, or the unattainable goal of figuring out when the government has created a criminal, is not silly at all. It may be impossible to ascertain with any precision, but it reflects a willingness and desire to believe that our laws are more than just social science applied mechanistically to human interaction¹⁴⁸.

L'approche subjective tient la promesse qu'il est possible de « purifier » les récoltes des opérations policières proactives en s'intéressant à l'état d'esprit de la personne piégée. Cette prétention du droit contraste avec une approche concurrente qui fait fi de l'accusé et se voue à une tout autre question : l'acceptabilité des pratiques policières.

1.2.2.2. La réponse de l'approche objective

Les juges minoritaires dans l'arrêt *Sorrells* s'inscrivent dans le sillage de la proposition du juge Brandeis dans l'arrêt *Casey*. Écrite par le juge Roberts avec l'aval des juges Brandeis et Stone, l'opinion minoritaire définit la provocation policière comme « le fait, pour un

¹⁴⁷ Au sujet du mythe du libre-arbitre, Packer écrit : « The idea of free will in relation to conduct is not, in the legal system, a statement of fact, but rather a value preference having very little to do with the metaphysics of determinism or free will [...] Very simply, the law treats man's conduct as autonomous and willed, not because it is, but because it is desirable to proceed as if it were. » Packer, *The Limits*, *supra* note 8 à la p 74. Pour aller plus loin, voir : Ugo Gilbert Tremblay, *L'avenir de la responsabilité criminelle : neurosciences, libre arbitre et imputabilité*, Montréal, Édition Thémis, 2023 [Gilbert Tremblay, *L'avenir*]. À la p 153 de son ouvrage, Gilbert Tremblay décrit Packer comme un représentant emblématique d'un courant que l'on pourrait appeler *fictionnaliste*. À ce sujet le professeur écrit : « Cette idée que le libre arbitre relèverait du domaine du postulat a une longue tradition derrière elle, et elle permet elle aussi de faire ressortir la dimension foncièrement normative des usages juridiques de ce concept. En droit, le postulat agit en effet sous la forme d'une norme posée *a priori*, indifférente à toute possibilité de vérification empirique, qui permet d'organiser tout un système d'inférences. Il s'agit alors pour ainsi dire de faire *comme si* tout homme (considéré abstraitement) avait la capacité disjonctive de s'extraire de la somme des causes qui le déterminent, sans qu'il importe vraiment de savoir s'il l'est vraiment et ce que cela signifierait concrètement. Le postulat prend généralement la forme d'une présomption (« tous les hommes sont présumés capables de faire des choix librement »), présomption qui peut être renversée, mais seulement à certaines conditions rigoureusement définies. Dans ce contexte, le postulat de la possession du libre arbitre se donne comme une condition par défaut, le point de départ invérifiable à partir duquel s'organise – un plan théorique – la réflexion juridique sur les moyens d'échapper à la responsabilité criminelle, sans toutefois qu'il soit possible de prouver ou de nier son existence et sans que les moyens d'échapper à la responsabilité soient nécessairement liés, comme nous le verrons, à la négation directe de cet attribut (de toute façon potentiellement illusoire). »

¹⁴⁸ Roiphe, *supra* note 46 à la p 298.

fonctionnaire, de concevoir et de projeter une infraction, et d'amener une personne qui ne l'aurait pas commise sans la supercherie, la persuasion ou la fraude de ce fonctionnaire à la commettre. »¹⁴⁹

Aux yeux de la minorité, la doctrine de la provocation policière repose strictement sur des considérations d'ordre public : « The minority followed the objective approach – police misconduct is the only real issue. »¹⁵⁰. La provocation policière y est vue comme une sorte de secours à « l'âme des tribunaux », un moyen de préserver la justice, idée que les magistrats, à défaut de l'atteindre, doivent au moins s'efforcer d'entretenir. Selon les motifs minoritaires, refuser d'endosser des crimes provoqués par l'État est effectivement une question de préservation de la pureté des tribunaux¹⁵¹ et, comme en droit civil, il n'existe pas de raison de participer à une injustice évidente¹⁵² :

Always the courts refuse their aid in civil cases to the perpetration and consummation of an illegal scheme. Invariably they hold a civil action must be abated if its basis is violation of the decencies of life, disregard of the rules, statutory or common law, which formulate the ethics of men's relations to each other. Neither courts of equity nor those administering legal remedies tolerate the use of their process to consummate a wrong. The doctrine of entrapment in criminal law is the analogue of the same rule applied in civil proceedings.¹⁵³

En plus de suggérer que la doctrine devrait être envisagée comme une facette de l'abus de procédure, l'opinion minoritaire critique véhémentement l'approche interprétative préconisée par la majorité. Pour le juge Roberts, mettre la prédisposition de l'accusé au cœur de l'analyse de la doctrine risque de créer un procès injuste et inutile sur les mœurs de l'accusé. L'issue du procès est susceptible de se jouer « non sur la perpétration du crime visé par l'inculpation, mais sur la réputation antérieure ou sur un ou des actes antécédents du défendeur que ne mentionne pas l'acte d'accusation. »¹⁵⁴

¹⁴⁹ *Sorrells v United States*, *supra* note 23 à la p 454. Tel que traduit par la Cour suprême du Canada dans : *Amato c La Reine*, *supra* note 134 à la p 431.

¹⁵⁰ Tim Bonner, « Entrapment: Sorrells to Russell » (1974) 49:3 Notre Dame Law Review 579 à la p 580.

¹⁵¹ *Sorrells v United States*, *supra* note 23 à la p 457.

¹⁵² Voir : DeFeo, *supra* note 58 à la p 256.

¹⁵³ Soulignements ajoutés. *Sorrells v United States*, *supra* note 23 à la p 455.

¹⁵⁴ *Ibid* à la p 458; Tel que traduit dans : *R c Mack*, *supra* note 70 à la p 930.

Dans *Sherman*¹⁵⁵, l'opinion dissidente écrite par le juge Frankfurter va dans le même sens que la dissidence contenue dans *Sorrells*. La minorité réitère qu'il est vain de faire des contorsions interprétatives : vue sous son vrai jour, la loi criminalise le comportement de l'accusé¹⁵⁶. Or, les tribunaux doivent refuser de laisser utiliser leur procédure et d'appliquer la loi « par des moyens illégaux ou par des moyens qui enfreignent des normes de justice qui se justifient rationnellement. »¹⁵⁷ C'est en ce sens que le juge Frankfurter stipule que la primauté du droit oblige la condamnation judiciaire de comportements étatiques exécrables : « Public confidence in the fair and honorable administration of justice, upon which ultimately depends the rule of law, is the transcending value at stake. »¹⁵⁸

Mais comment établir cela? La dissidence répond en affirmant que la question cruciale qu'un tribunal doit se poser est : est-ce que la conduite policière est en deçà des normes qui constituent un consensus à l'égard de l'utilisation à bon escient du pouvoir du gouvernement?¹⁵⁹ Les normes en question doivent être évaluées en fonction de la manière dont une personne ordinaire est susceptible de répondre aux mesures incitatives de la police¹⁶⁰.

Dans l'arrêt *Sherman*, deux dissidences embrassant l'approche objective ont été écrites, dont celle du juge Stewart, qui argue que la conception objective de la défense est la seule qui soit conforme avec sa raison d'être¹⁶¹. Pour le juge, le test de la prédisposition serait circulaire, puisque, dans une certaine mesure, la perpétration *provoquée* de l'infraction est une preuve de la prédisposition de l'accusé : « The very fact that he has committed an act that Congress has determined to be illegal demonstrates conclusively that he is not innocent of the offense. He may not have originated the precise plan or the

¹⁵⁵ *Sherman v United States*, *supra* note 126.

¹⁵⁶ *Ibid* à la p 380: « The courts refuse to convict an entrapped defendant not because his conduct falls outside the proscription of the statute, but because, even if his guilt be admitted, the methods employed on behalf of the Government to bring about conviction cannot be countenanced. »

¹⁵⁷ *Ibid*. Tel que traduit dans *R c Mack*, *supra* note 70.

¹⁵⁸ *Sherman v United States*, *supra* note 126 à la p 380.

¹⁵⁹ *Ibid* à la p 382: « The crucial question, not easy of answer, to which the court must direct itself is whether the police conduct revealed in the particular case falls below standards, to which common feelings respond, for the proper use of governmental power. »

¹⁶⁰ Voir notamment : *Frampton*, *supra* note 87 à la p 113.

¹⁶¹ *United States v Russell*, *supra* note 139 à la p 443.

precise details, but he was "predisposed" in the sense that he has proved to be quite capable of committing the crime. »¹⁶²

De surcroît, le juge Stewart fait état d'un problème déjà sommairement soulevé par le juge Frankfurter dans *Sherman*¹⁶³, soit la considération de la provocation privée. Si la provocation policière est reconnue parce que l'accusé n'était pas « prédisposé » à commettre l'infraction (et que la loi ne peut viser une telle chose), pourquoi ignorer les cas où la provocation émane d'un individu qui ne représente pas l'État? La question est épineuse, et, pour le juge dissident, cela est un indice supplémentaire indiquant que l'approche objective est préférable¹⁶⁴.

L'approche objective, favorite d'une minorité de juges de la Cour suprême des États-Unis, s'attarde au problème de la création étatique du crime d'une manière plus indirecte que l'approche subjective. Les *objectivistes* tiennent pour acquis que le pouvoir judiciaire n'est pas en mesure de développer un moyen de défense inexistant *en common law*; ils intègrent dès lors la doctrine au sein d'un levier judiciaire déjà connu; la possibilité pour une cour de justice de contrôler sa procédure. L'approche objective postule que constituent un abus de procédure des techniques d'enquête qui, selon le contexte, incitent outrageusement une personne *normale* dans le vice de la criminalité et qui mènent à des accusations criminelles.

De ce point de vue, la doctrine est avant tout un outil de préservation de la *légitimité* du système de justice où la conduite de l'État est le facteur d'analyse prédominant¹⁶⁵ :

This rationale is not about the culpability of the target; rather, it concerns the state's legitimate authority to punish the crimes of those whom it has manipulated into committing those very crimes. When officials of the state engage in entrapment, they thereby undermine the legitimacy of the state's authority to punish the target's crimes. Such crimes thus ought

¹⁶² *Ibid.*

¹⁶³ *Sherman v United States*, *supra* note 126 à la p 380.

¹⁶⁴ À ce sujet, il écrit : « That he was induced, provoked, or tempted to do so by government agents does not make him any more innocent or any less predisposed than he would be if he had been induced, provoked, or tempted by a private person -- which, of course, would not entitle him to cry « entrapment. » Since the only difference between these situations is the identity of the tempter, it follows that the significant focus must be on the conduct of the government agents, and not on the predisposition of the defendant. » *United States v Russell*, *supra* note 120 à la p 442.

¹⁶⁵ Grant Stitt et Gene G James, « Entrapment and the Entrapment Defense: Dilemmas for a Democratic Society » (1984) 3:1 Law and Philosophy 111 à la p 114.

to be dismissed regardless of the putative guilt of the target because the state lacks the legitimate authority to punish them in the first place.¹⁶⁶

Aussi, en axant l'analyse de la provocation policière sur les agissements de l'État, la vision objective a une fonction communicative. Elle transmet un message à l'institution policière selon lequel elle doit adapter ses techniques d'enquête pour agir conformément au droit :

In view of the systemic rather than individual-level goals of the objective formulation of the entrapment defense, the checking value of a functioning entrapment defense requires that government agents know the limits on permissible police behavior ex ante so they can change their practices accordingly.¹⁶⁷

Puisque l'approche objective empêche les tribunaux de cautionner les accusations criminelles émanant d'enquêtes qui pousseraient une personne ordinaire vers le crime, elle agit, à l'instar de l'approche subjective, comme un filet qui empêche les individus piégés qui ne destinaient pas au crime à passer entre ses mailles : « Whether we focus on the state of the accused or the conduct of the police, in either case, the underlying question is whether the police activity contributed to bringing about the crime. »¹⁶⁸

Nous arrêterons notre examen incomplet du droit étatsunien ici. Il n'a pas été question de rendre compte de toutes les évolutions du droit de la provocation policière aux États-Unis, mais plutôt de présenter à travers certains arrêts phares de la Cour suprême de ce pays l'émergence de deux visions de la doctrine de la provocation policière. Nous pouvons constater que les objectifs des approches subjective et objective convergent vers l'idée que seuls les « véritables criminels » devraient faire l'objet de poursuites criminelles. Or, ce qui les distingue, c'est leur différence de perspective, qui s'explique par des raisonnements judiciaires opposés. Cette différence est fondamentale, car elle a une incidence sur le type de preuve qui peut être admise lorsque la provocation policière est invoquée¹⁶⁹. D'un côté, le caractère de l'accusé et ses intentions au moment de l'infraction

¹⁶⁶ Kim, *supra* note 139 aux pp 82-83.

¹⁶⁷ Gage G Hodgen, « Resuscitating the Entrapment Defense: A Statutory Approach » (2021) 55:1 Columbia Journal of Law and Social Problems 103 à la p 124.

¹⁶⁸ Vincent Chiao, « Policing entrapment » (2021) 1:44 Manitoba Law Journal 295 à la p 301.

¹⁶⁹ Klar, *supra* note 121 à la p 201 : « At trial the real difference between the subjective and objective approaches to entrapment is in the admissibility of certain types of evidence. »

sont au cœur de l'analyse. De l'autre, seule l'évaluation de l'acceptabilité de la conduite de l'État est pertinente. Bref, pour arriver à une « recette » identique, les deux approches font appel à des ingrédients sans commune mesure. Nous reviendrons plus loin sur ce paradoxe.

Cet aperçu de l'évolution du droit de la provocation policière dans le contexte étatsunien met la table pour la présentation de l'acceptation canadienne de cette doctrine. Les deux courants qui caractérisent le droit étatsunien depuis 1932 témoignent de la complexité des questions soulevées à l'époque de l'accroissement de la proactivité des enquêtes policières. Face au problème de la création étatique du crime, les membres du pouvoir judiciaire, dépourvus d'indications législatives, doivent faire des choix et identifier des solutions qui, selon les différents points de vue, réussissent plus ou moins à répondre aux enjeux en cause. Un demi-siècle après leurs homologues, les plus hauts membres de l'appareil judiciaire canadien ont dû, non sans être influencés par les débats au sud de la frontière, se pencher sur l'épineuse question de la doctrine de la provocation policière. Pour la résoudre, ces derniers bénéficiaient du développement récent d'une doctrine jurisprudentielle qui, à leurs yeux, paraissait tout indiquée pour faire face au problème de la création étatique du crime, celle de l'abus de procédure.

1.3. L'évolution de la doctrine de la provocation policière au Canada

1.3.1. L'avènement de la doctrine de l'abus de procédure et le spectre de l'objection de l'incohérence

L'effervescence entourant la doctrine de l'abus de procédure vers la fin du 20^e siècle permet de mieux comprendre le choix subséquent de la Cour suprême de la lier – assez similairement à l'approche objective étatsunienne – à la doctrine de la provocation policière.

La doctrine de l'abus de procédure en droit a mis à l'avant-plan l'exigence que les procédures criminelles soient empreintes de certaines valeurs jugées inhérentes à tout procédé de justice, dont l'intégrité. Des traces de la reconnaissance par les tribunaux anglais de leur capacité à « prendre les moyens » pour mettre fin aux litiges qu'ils jugent

abusifs s'observent dès le 19^e siècle¹⁷⁰. Le montre cet extrait des motifs du Lord Blackburn dans l'affaire *The Metropolitan Bank Ltd* datant de 1885 :

But from early times (I rather think, though I have not looked at it enough to say, from the earliest times) the Court had inherently in its power the right to see that its process was not abused by a proceeding without reasonable grounds, so as to be vexatious and harassing — the Court had the right to protect itself against such an abuse; but that was not done upon demurrer, or upon the record, or upon the verdict of a jury or evidence taken in that way, but it was done by the Court informing its conscience upon affidavits, and by a summary order to stay the action which was brought under such circumstances as to be an abuse of the process of the Court; and in a proper case they did stay the action.¹⁷¹

Ce pouvoir « inhérent » a trait à la tâche judiciaire qu'est l'administration régulière, ordonnée et efficace du système de justice¹⁷². Sans celui-ci, les cours de justice manqueraient de substance; elles seraient, émet Sir Jack Jacob, incapables de « fulfil itself as a court of law. »¹⁷³ Ce dernier offre une définition de ce pouvoir et de ces modalités d'utilisation :

The inherent jurisdiction of the court may be defined as being the reserve or fund of powers, a residual source of powers, which the court may draw upon as necessary whenever it is just or equitable to do so, and in particular to ensure the observance of the due process of law, to prevent improper vexation or oppression, to do justice between the parties and to secure a fair trial between them.¹⁷⁴

La Cour suprême du Canada a reconnu la capacité des cours supérieures de contrôler les procédures auxquelles elles font face dès 1886¹⁷⁵. Cependant, avant 1985 – et le prononcé de l'arrêt phare en droit canadien *R c Jewitt*¹⁷⁶ – il n'était pas clair, au Canada du moins, si ce pouvoir était de portée telle qu'un tribunal puisse suspendre une procédure criminelle afin de « contrôler la conduite de la poursuite lorsqu'elle porte préjudice au

¹⁷⁰ Andrew L-T Choo, *Abuse of Process and Judicial Stays of Criminal Proceedings*, 2e éd, Oxford Monographs on Criminal Law and Justice, Oxford, Oxford University Press, 2008 à la p 2.

¹⁷¹ *The Metropolitan Bank Ltd, and Arthur Cooper The Liquidator Thereof v Alexander Gopsell Pooley*, LR 10 App Cas 210 (1885), aux pp 220-221.

¹⁷² I H Jacob, « The Inherent Jurisdiction of the Court » (1970) 23:1 Current Legal Problems 23 aux pp 27-28.

¹⁷³ *Ibid.*

¹⁷⁴ *Ibid* à la p 67.

¹⁷⁵ *In Re Sproule*, (1886) 12 SCR 140 à la p 177: « The writ has been issued under the seal of the court and tested in the name of the Chief Justice, and was, therefore, the process of the court, and there is an inherent right in this court, in common with all courts, to exercise control over its own process. »

¹⁷⁶ *R c Jewitt*, [1985] 2 RCS 128. L'enjeu avait été discuté dans l'affaire *Amato c La Reine*, supra note 134, aux pp 453-454, mais la Cour y a refusé d'établir une doctrine générale d'abus de procédure en matière criminelle.

prévenu. »¹⁷⁷ Cette possibilité n'a été officiellement identifiée dans le monde anglo-saxon qu'en 1964 dans l'arrêt *Connelly*¹⁷⁸, qui inspirera plus tard la Cour suprême¹⁷⁹.

L'affaire *Connelly* mettait en cause un accusé faisant l'objet d'une poursuite redondante (« double jeopardy » ou « double péril ») alors que les verdicts spéciaux d'autrefois acquit et autrefois convict lui étaient indisponibles¹⁸⁰. Pour Lord Devlin et pour une majorité de la Chambre des Lords, le temps était venu de reconnaître un nouveau moyen de mettre fin à une poursuite du procureur général¹⁸¹, soit celui émanant d'un « grossier » abus de procédure :

Are the courts [he asked] to rely on the Executive to protect their process from abuse? Have they not themselves an inescapable duty to secure fair treatment for those who come or are brought before them? To questions of this sort there is only one possible answer. The courts cannot contemplate for a moment the transference to the Executive of the responsibility for seeing that the process of law is not abused.¹⁸²

Cet arrêt, donc, décrète que les tribunaux ne peuvent rester indifférents vis-à-vis des situations qui discréditent leur autorité. Ce faisant, une cour de justice a le devoir de ne pas approuver l'exercice inacceptable du pouvoir discrétionnaire et exclusif du pouvoir exécutif de porter et mener des accusations de nature criminelle. L'arrêt *Connelly* a, sans surprise, suscité certaines controverses en ce qu'il a assoupli cette frontière que l'on croyait autrefois inflexible entre les pouvoirs de la poursuite et ceux des tribunaux : « The traditional notion was that the decision to bring a prosecution was the prerogative of the executive, and that, once a case came to court, the concern of the trial judge with the conduct of Crown officers was confined to what occurred within the four walls of the courtroom. »¹⁸³

¹⁷⁷ Voir : *Ibid* à la p 131, citant *Rourke c La Reine*, [1978] 1 RCS 1021.

¹⁷⁸ *Connelly v DPP*, [1964] A.C. 1254 (H.L.).

¹⁷⁹ *R c Jewitt*, *supra* note 176 à la p 136.

¹⁸⁰ *Connelly v DPP*, *supra* note 178.

¹⁸¹ Comme le relate Choo, Lord Goddard avait déjà exprimé qu'il n'existait que quatre moyens permettant aux tribunaux de mettre un terme à une poursuite criminelle : « Lord Goddard CJ had said that once an indictment was before a court it had to be tried except if (1) it was defective; (2) a plea in bar (autrefois acquit or autrefois convict) was available; (3) a nolle prosequi was entered by the Attorney-General; or (4) the court had no jurisdiction. » Choo, *supra* note 170 à la p 6.

¹⁸² *Connelly v DPP*, *supra* note 178 à la p 1354.

¹⁸³ Choo, *supra* note 170 à la p 9.

Il est vrai que l'apparition et la popularisation – certains parlent d'une expansion incontrôlable¹⁸⁴ – de ce nouveau pouvoir de sanctionner l'abus de procédure ne sont pas anodines. Elles témoignent, d'un point de vue judiciaire, de l'importance de certains principes moraux communément acceptés qui, à défaut d'être clairement identifiés ou définis¹⁸⁵, renvoient à une idée générique de probité, d'intégrité ou d'honnêteté. Il s'agit en quelque sorte de l'intégration, sous une règle de droit positif, de valeurs dont dépend la légitimité de l'action judiciaire en matière criminelle. Cela constitue une reconnaissance que les fonctions du système de justice criminelle ne se réduisent pas à une mécanique permettant de départager le coupable de l'innocent. Chaque litige criminel, aussi banal soit-il, comporte une dimension générale et généralisable. Feinberg rend bien compte de cette dimension en écrivant que la punition étatique est un outil permettant de communiquer, au nom de l'autorité punitive ou de ses sujets, la désapprobation et la réprobation d'un geste ou d'une attitude¹⁸⁶. Ainsi, une déclaration de culpabilité comporte un message à l'ensemble d'une communauté, de sorte que tous sont informés du stigmate moral associé à tel comportement. Pour Choo, de cette dimension publique de la justice criminelle découle sa dimension morale¹⁸⁷.

Une décision judiciaire ne peut être évaluée qu'à l'aune de la vérité (l'innocence ou la culpabilité d'un particulier); elle doit aussi ne pas faire violence à ce que le système de justice prétend incarner¹⁸⁸. Est une condition à la responsabilité criminelle le fait que « the

¹⁸⁴ F.G. Davies, « Abuse of Process—An Expanding Doctrine » (1991) 55:3 The Journal of Criminal Law 374 à la p 374.

¹⁸⁵ L'emploi de ces notions comporte certains avantages, notamment en ce que cela « pallie l'impossibilité de prévoir toutes les situations, tous les détails, toutes les circonstances, leurs évolutions et modifications éventuelles. » (Danielle Pinard, « Le droit et le fait dans l'application des standards et la clause limitative de la Charte canadienne des droits et libertés » (1989) 30:1 Les Cahiers de droit 137 à la p 141). D'ailleurs, comme le disait Guy Rocher, en dénotant leur caractère flou, je ne sous-entends pas que ces normes sont inefficaces : « Des règles qui ne sont pas juridiques peuvent constituer un discours normatif efficace, comme c'est le cas, par exemple, de règles morales ou de traditions hautement respectées. » (Guy Rocher, « Pour une sociologie des ordres juridiques » (1988) 29:1 Les Cahiers de droit 91 à la p 105.)

¹⁸⁶ Joel Feinberg, *Doing and Deserving: Essays in the theory of Responsibility*, Princeton, Princeton University Press, 1970 à la p 98.

¹⁸⁷ Il écrit : « It is precisely because of this public dimension of criminal justice that criminal justice has also acquired a moral dimension. This suggests that it should not be too much to expect criminal proceedings to have moral authority and a verdict of guilty moral force. Thus, an offender should not be exposed to the stigmatic effects of conviction and punishment unless the values attached to dignity and freedom have been respected in the course of bringing the offender to conviction. » Choo, *supra* note 170 à la p 15.

¹⁸⁸ R A Duff et al., « Introduction: Towards a Normative theory of the Criminal Trial » dans R A Duff et al., dir, *The Trial on Trial : Truth and Due Process*, vol 1, Londres, Bloomsbury, 2004 à la p 25. Ces auteurs écrivent: « Serious breaches of due process, serious failures to address the defendant as a responsible

political community for whom the court speaks has the authority and standing to call the defendant to answer for their alleged crime. »¹⁸⁹ Le discours entourant l'émergence de la doctrine de l'abus de procédure en droit criminel fait dès lors appel au fait que, si les cours de justice font fi des enjeux de légitimité qu'elles rencontrent, c'est le tout dans lequel elles s'inscrivent qui en pâtit : « This principle is premised on the idea that a court does not behave legitimately – and the criminal justice system as a whole will lack legitimacy – unless it fulfils its duties of protecting the innocent from wrongful conviction and protecting the moral integrity of the adjudicative process. »¹⁹⁰

La Cour suprême du Canada a pris un certain temps avant d'intégrer les enseignements de *Connelly* à sa jurisprudence. Pourtant, comme le remarquait le juge en chef Laskin dans *Rourke*, le nombre de décisions de diverses juridictions inférieures portant sur l'abus de procédure criminel fleurissait : « On n'aura pas manqué de noter que les décisions précitées sont presque toutes fort récentes et un examen plus poussé révélerait combien elles ont été influencées par *Connelly v. Director of Public Prosecutions* (précitée), et plus particulièrement par les motifs de lord Devlin. »¹⁹¹

D'ailleurs, avant 1985 et le prononcé de l'arrêt *Jewitt*, la Cour suprême avait déjà insisté sur l'importance qu'elle accorde au respect de l'intégrité des procédures, mais dans un contexte différent. Les motifs dissidents du juge Estey dans l'arrêt *Rothman* sont particulièrement évocateurs. Dans cette espèce, l'accusé avait d'abord refusé de faire une déclaration aux policiers. Placé en cellule, un agent double est venu le rejoindre et s'est fait passer pour un contrevenant; l'accusé a alors confessé. Pour le juge Estey, l'intégrité du système de justice est à la base de la règle des confessions. Cette règle,

citizen, undermine the legitimacy of the trial as a process that calls citizens to answer charges of wrongdoing, and thus also undermine the legitimacy of the verdict as a judgment that is to emerge from such a process. »

¹⁸⁹ Jonathan Rogers, « The Boundaries of Abuse of Process in Criminal Trials » (2008) 61:1 Current legal problems 289, citant R A Duff, *Punishment, Communication and Community*, Oxford, Oxford University Press, 2001 aux pp 185–188. Rogers explique plus loin : « Under this approach, abuse of process is best explained as a denial of standing: the community loses the standing to call the alleged wrongdoer to account through the criminal process where the defendant's rights have been abused during that process. When the court understands that this has already happened, it can do no other than stop the trial. The defendant may yet be condemned by others, but not by that part of the community which would seek to try him through its criminal process. »

¹⁹⁰ Choo, *supra* note 170 à la p 16.

¹⁹¹ *Rourke c La Reine*, *supra* note 177.

comme tous les éléments du système de justice, exige « l'appui et le respect de la collectivité qu'il prétend servir. Il ne peut conserver cet appui et ce respect que si les personnes ayant autorité se conduisent de façon à ne pas ternir l'image de la justice aux yeux de la collectivité. »¹⁹²

Finalement, dans *Jewitt*, la Cour affirme que ces besoins du système de justice sont les piliers de la reconnaissance d'une doctrine octroyant au juge du procès le pouvoir discrétionnaire résiduel de « suspendre l'instance lorsque forcer le prévenu à subir son procès violerait les principes de justice fondamentaux qui sous-tendent le sens du franc-jeu et de la décence qu'a la société, ainsi que d'empêcher l'abus des procédures de la cour par une procédure oppressive ou vexatoire. »¹⁹³ Ce pouvoir, précise la Cour, ne peut être exercé que dans les cas les plus manifestes¹⁹⁴. La doctrine de l'abus de procédure a été sophistiquée avec le temps par la Cour suprême, mais sa raison d'être reste la même¹⁹⁵.

Retenons donc que les années 80 ont été le théâtre, en droit canadien, de l'imposition judiciaire de nouvelles considérations juridiques; les tribunaux en matière criminelle valorisant désormais « the importance of recognising that the criminal justice system ought to welcome conduct that promotes its integrity and ought to refuse to act upon conduct that undermines its integrity. »¹⁹⁶

¹⁹² *Rothman c R*, [1981] 1 RCS 640 à la p 658. Il est intéressant de mettre en parallèle les propos du juge Fish dans *R c Beaudry*, 2007 CSC 5 au para 113, où il écrit que « l'intégrité de notre système juridique dépend dans une large mesure de l'intégrité de ceux qui en assurent l'administration et l'application. »

¹⁹³ *R c Jewitt*, *supra* note 176 au para 25, approuvant au passage *R v Young* (1984), 40 C.R. (3d) 289 (ONCA).

¹⁹⁴ *Ibid.*

¹⁹⁵ Voir, récemment : *Law Society of Saskatchewan c. Abrametz*, 2022 CSC 29 au para 34; *R c Cawthorne*, 2016 CSC 32 au para 25. Dans l'arrêt *R c Babos*, 2014 CSC 16 au para 31, la Cour clarifie notamment le cadre d'analyse applicable et explique que les cas d'abus de procédure justifiant un arrêt des procédures entrent généralement dans deux catégories : « (1) ceux où la conduite de l'État compromet l'équité du procès de l'accusé (la catégorie « principale »); (2) ceux où la conduite de l'État ne présente aucune menace pour l'équité du procès, mais risque de miner l'intégrité du processus judiciaire (la catégorie « résiduelle ») (*O'Connor*, par. 73). »

¹⁹⁶ Andrew Ashworth, « Testing Fidelity to Legal Values: Official Involvement and Criminal Justice » (2000) 63:5 *The Modern Law Review* 633 à la p 634 [Ashworth, *Testing Fidelity*].

Comment donc la provocation policière peut être comprise comme une « expression de la doctrine de l’abus de procédure »¹⁹⁷? En quoi l’une entre dans l’autre? Avant d’exposer la réponse formelle de la Cour suprême du Canada à cette question, il convient de tracer les contours d’un argument discuté par de nombreux auteurs, juristes et philosophes, pour expliquer pourquoi la provocation policière est moralement inacceptable, soit celui de l’incohérence, qui est exprimé de différentes façons. Comme le remarque Haeg, l’argument de l’incohérence se focalise sur la conduite de l’État et sur les attentes que l’on peut avoir à son égard¹⁹⁸, ce qui le rend particulièrement compatible avec les préceptes de la doctrine de l’abus de procédure, contrairement, par exemple, à une objection à la provocation policière axée sur la culpabilité morale du sujet visé par une opération policière proactive.

Gerald Dworkin est probablement le premier auteur à avoir esquissé – en 1985, soit avant l’arrêt *Mack* – une analyse détaillée de l’argument de l’incohérence. Pour lui, la légitimité des enquêtes policières proactives doit être évaluée à la lumière de la façon dont on conçoit le système de justice criminelle. À cet égard, Dworkin accepte qu’il existe un conflit entre la quête de maximisation de l’autonomie de chaque citoyen et la promotion de « fundamental human goods such as security of possessions, personal integrity and opportunity. »¹⁹⁹ Pour mitiger ce conflit, le droit doit laisser les individus choisir s’ils veulent se conformer ou non aux normes criminelles. Dès lors, les personnes qui y contreviennent et qui sont ensuite punies, puisque le droit criminel exige qu’on s’y conforme, « have self-selected themselves for such treatment. »²⁰⁰ C’est à partir de cette conception de la justice criminelle que Dworkin voit dans l’acte d’un agent de l’État qui favorise la matérialisation d’un crime deux énoncés contradictoires :

¹⁹⁷ Je reprends ici les mots employés par le juge Pennou dans *R c Brodeur*, 2021 QCCS 2401 au para 7. Voir aussi *R c Campbell*, [1999] 1 RCS 565 au para 21 : « La notion de provocation policière est simplement une application de la théorie de l’abus de procédure. »

¹⁹⁸ Jonas Haeg, « Entrapment and Manipulation » (2022) 28:4 Res Publica 557 à la p 561 : « In looking at many accounts of entrapment, it is easy to feel that people lose sight of, arguably, the most important person and the most important action: the target of the entrapment and the act of entrapment. Both things turn out to do little work in the explanation of why it is wrong for the state to punish someone it has entrapped. Instead, the chief focus is placed on the state itself and the various principles and expectations it is required to live up to ».

¹⁹⁹ Dworkin, *supra* note 47 à la p 30.

²⁰⁰ *Ibid* à la p 31.

The law is set up to forbid people to engage in certain kinds of behavior. In effect it is commanding “Do not do this.”...But for a law enforcement official to encourage, suggest, or invite crime is to, in effect, be saying “Do this.” It is certainly unfair to the citizen to be invited to do that which the law forbids him to do. But it is more than unfair; it is conceptually incoherent.²⁰¹

Dworkin interpelle ici l'incompatibilité entre le désir d'un agent de l'État qu'un individu commette un crime et les injonctions de la loi criminelle²⁰². Ces messages de l'État sont, d'un point de vue logique, contradictoires, mais contredisent aussi les finalités du système de justice criminelle, dont l'une des fonctions, nous l'avons vu, est de prévenir la commission d'infractions :

The agents create token acts of a criminal type, and this is contrary to the end of preventing such acts. The latter end, in turn, is one that the agents have, whether it is present to their minds or recognized in their actions and intentions, in virtue of their offices as law enforcement agents. It is part of the functional role of law enforcement to prevent, and so not to create, acts of a criminal type.²⁰³

Dans la même veine, Ashworth envisage la provocation policière comme une pratique qui contrevient à une règle sous-jacente intimant aux forces de l'ordre de ne pas participer aux actes qu'ils ont pour mission de prévenir ou, dans le cas de leur commission, d'enquêter :

It would compromise the integrity of the courts if they were to act on the fruits of manifestly unacceptable practices by law enforcement officers; or, to put it another way, ... criminal justice would lose its moral authority if courts did not insist that those who enforce the law should also obey the law. It is therefore, at root, a principle of consistency—that it would be inconsistent for the courts, as guardians of human rights and the rule of law, to act on evidence obtained by methods which violate human rights and/or the rule of law.²⁰⁴

L'accent mis par Ashworth sur la menace à l'intégrité du système judiciaire ne peut être séparé de son attachement à l'idée de cohérence normative des actions de l'État. Il ne réfère pas seulement à l'absence de contradiction, mais plus encore à la cohérence du système de justice criminelle en tant que réseau « of mutually supporting rules and

²⁰¹ *Ibid* à la p 32.

²⁰² Daniel J Hill, Stephen K McLeod et Attila Tanyi, « What Is the Incoherence Objection to Legal Entrapment? » (2022) 22:1 Journal of Ethics and Social Philosophy 47 à la p 57.

²⁰³ *Ibid* à la p 59.

²⁰⁴ Andrew Ashworth, « Re-Drawing the Boundaries of Entrapment » (2002) Criminal Law Review 161 à la p 163 [Ashworth, *Re-drawing*].

principles »²⁰⁵. Partant, le système de justice pénale doit être évalué de manière holistique. Il s'agit d'un tout et chaque action posée par les différents acteurs de la « chaîne de production » d'une accusation criminelle, incluant les procureurs de la poursuite et les policiers, est susceptible de le déconsidérer. Le principe d'intégrité ne peut en sus être détaché de la fonction communicative des décisions des cours de justice, qui sont « solemn and public pronouncement, representing the culmination of the criminal process and carrying considerable symbolic significance. »²⁰⁶

D'autres version de l'argument de l'incohérence sont exprimées sous l'angle du manque de légitimité causé par les pratiques de provocation policière. Par exemple, pour Kim, la dévotion de l'État à la prévention du crime constitue une précondition au droit de punir : « One such condition is that the laws must serve the public good in some way, and the way in which the promulgation and enforcement of criminal laws contribute to this goal is by specifying, detecting, and punishing crime, a service that offers a variety of public goods such as deterrence. »²⁰⁷ Or, la provocation policière crée le crime et viole conséquemment cette précondition, ce qui enlève à l'État sa légitimité pour punir ses citoyens²⁰⁸. Similairement, Ho estime que les gestes de provocation policière révèlent une complicité hypocrite qui font perdre à l'État la position morale (« *standing* ») nécessaire pour condamner et punir le piégé²⁰⁹. Conséquemment, explique Ho, cette acception de la provocation policière ne se préoccupe pas de la protection des droits ou des intérêts du piégé; elle s'intéresse strictement à la posture de l'État et sa relation avec les finalités du droit criminel²¹⁰. Ce commentaire clôt bien cet aperçu de l'argument lié à la cohérence des actes de l'État, qui est au cœur de la construction de la doctrine canadienne de la provocation policière, laquelle se distancie de la version étatsunienne et de son approche subjective.

²⁰⁵ Ashworth, *Testing Fidelity*, *supra* note 196 à la p 635.

²⁰⁶ *Ibid* à la p 651.

²⁰⁷ Kim, *supra* note 139 à la p 84.

²⁰⁸ *Ibid* : « Crimes harm innocent individuals and disrupt the public order; accordingly, at least one essential aim of criminal law should be to minimize the occurrence of crime. But a state that manipulates people into committing crimes does not act in accordance with that goal. If a precondition of the state's legal authority is the prevention of crime, the state violates this precondition when it creates crime. » Voir aussi : Jonas Haeg, *supra* note 198 aux pp 560-561.

²⁰⁹ Ho, *supra* note 73 à la p 95.

²¹⁰ *Ibid*.

1.3.2. Du reniement à une reconnaissance implicite : des arrêts *Lemieux* à *Amato*

Les cours étatsuniennes, dont la Cour suprême, ont été préoccupées par le problème de la création étatique du crime dès le début du 20^e siècle et même avant. Pourtant, au Canada, ce n'est qu'en 1989 que le plus haut tribunal du pays a concrétisé l'existence de la doctrine de la provocation policière. C'est aussi à cette époque que les tribunaux européens et océaniques se sont penchés sur le sujet²¹¹.

Pour Dru Stevenson, la prise en compte tardive de la provocation policière à l'extérieur des États-Unis peut s'expliquer par la présence d'autres mécanismes permettant de réguler les comportements policiers aberrants, comme la reconnaissance que ceux-ci peuvent mettre en cause la responsabilité criminelle des agents²¹². Stevenson avance une autre hypothèse selon laquelle des différences culturelles liées aux attentes de vie privée pourraient être en jeu²¹³. Ajoutons que le développement rapide d'organismes policiers centralisés chargés d'enrayer des crimes consensuels, tels que ceux relatifs à la prohibition, ont favorisé l'essor de notre sujet aux États-Unis, juridiction avant-gardiste en la matière : « Entrapment was unknown outside the United States until fairly recently, in part because in many other jurisdictions undercover police operations were far less common and, indeed, generally prohibited. »²¹⁴

La première trace de provocation policière à la Cour suprême remonte à l'arrêt de 1967 *Lemieux c La Reine*²¹⁵, où un indicateur agissant pour la police a incité Lemieux à participer à une entrée par effraction. Ce fait était périphérique au pourvoi à la Cour

²¹¹ Dru Stevenson, « Entrapment and Terrorism » (2008) 49:1 Boston College Law Review 125 à la p 130.

²¹² *Ibid* à la p 131.

²¹³ *Ibid*; Cette hypothèse se base sur une comparaison des pratiques policières aux États-Unis et en Europe. À ce propos, Stevenson écrit : « A second possible factor is a cultural difference between America and Europe regarding privacy expectations, as Europeans seem to have greater tolerance for invasive government surveillance, and less tolerance for government trickery or stings. More surveillance makes undercover stings less necessary. » (références omises). L'auteur s'appuie notamment sur cet article: James Q Whitman, « The Two Western Cultures of Privacy: Dignity Versus Liberty » (2004) 113 Yale Law Journal 1151.

²¹⁴ Vincent Chiao, *supra* note 168 à la p 308.

²¹⁵ *Lemieux c La Reine*, [1967] RCS 492.

suprême, mais, dans un *obiter* qui nous intéresse, celle-ci dit : « Had Lemieux in fact committed the offence with which he was charged, the circumstance that he had done the forbidden act at the solicitation of an *agent provocateur* would have been irrelevant to the question of his guilt or innocence. »²¹⁶ Cette phrase du juge Judson, que le juge Laskin qualifiera plus tard d'inutile²¹⁷, témoigne du sentiment d'indifférence envers la provocation policière à cette époque. Bien que le juge Judson ne fasse en aucun cas mention de la doctrine ou de son développement au sud de la frontière, nous pourrions aussi voir derrière cette indifférence un rejet sommaire de la pertinence de l'approche subjective étatsunienne en droit canadien.

Le premier moment déterminant de la reconnaissance de la doctrine de la provocation policière au Canada émerge de l'arrêt *Kirzner c La Reine*²¹⁸. Les faits de l'espèce sont quelque peu particuliers ; Kirzner a été arrêté pour possession d'héroïne et de cocaïne alors qu'il était informateur pour la G.R.C. Selon son témoignage, le corps policier utilisait ses services pour obtenir des renseignements sur le trafic de drogues dans la région de Montréal, ce qui l'a amené, à acheter de la drogue avec de l'argent versé par la G.R.C. et aussi à en vendre (ce qui était contesté par le témoin de la G.R.C)²¹⁹. Le lecteur attentif se demandera ici pourquoi ces faits ont mené à un débat sur la provocation policière. C'est aussi la conclusion à laquelle en vient la Cour suprême²²⁰. La provocation policière était pourtant la défense principale avancée par Kirzner lors de ce procès et de son appel, mais celle-ci a été rejetée du fait de son inexistence²²¹. La Cour suprême, quant à elle, se dit plutôt d'avis que les faits de l'espèce ne sont pas propices à la détermination des « effets juridiques de la preuve de la provocation policière » et estime qu'il est préférable

²¹⁶ *Ibid* à la p 496.

²¹⁷ *Kirzner c La Reine, supra* note 57 à la p 499.

²¹⁸ *Ibid*.

²¹⁹ *Ibid* à la p 502.

²²⁰ « Je ne vois pas comment ce témoignage, même interprété de la façon la plus favorable à l'accusé, peut démontrer qu'il y a eu provocation policière relativement aux infractions commises par ce dernier. Il est évident, selon moi, qu'il a fait état de ses rapports avec la police afin d'essayer de protéger ses activités personnelles, c'est-à-dire le trafic de drogues. Il a pris l'initiative de conclure un marché à son propre avantage. » *Ibid*.

²²¹ *Ibid* à la p 489.

de ne pas trancher cette question²²². Elle en profite cependant pour discuter de la forme que pourrait prendre cette éventuelle doctrine.

Les motifs majoritaires de la Cour – le juge Pigeon ayant écrit une opinion concourante – affirment l'*interdépendance* des tribunaux et de la police²²³. La Cour, sous la plume du juge Laskin, prend acte de la difficulté de détecter les crimes dits consensuels; les participants étant consentants, ce ne sont certes pas eux qui vont porter plainte ou chercher à obtenir le secours de la police, car « [c']est justement ce qu'ils veulent éviter. »²²⁴ De là émerge la pertinence des opérations d'infiltration, d'espionnage ou l'utilisation d'agents secrets fournissant à d'autres personnes l'occasion de commettre une infraction consensuelle²²⁵. Toute la difficulté est de « distinguer l'espion, l'imposteur ou l'indicateur de l'agent provocateur qui fait plus qu'inciter ou encourager la commission de l'infraction mais prend l'initiative du projet criminel dans le but de prendre quelqu'un au piège pour l'amener devant les tribunaux. »²²⁶ La lecture des motifs majoritaires de *Kirzner* confirme l'existence de la doctrine tout en conservant opaques son contenu et ses contours. Il s'agit en quelque sorte d'une invitation destinée aux juges des instances inférieures à forger cet objet nouveau et inconnu.

C'est en 1982 – 50 ans après *Sorrells* – que la Cour suprême du Canada examine plus sérieusement la question de la provocation policière. Amato avait été trouvé coupable de deux chefs de trafic de cocaïne, résultat que la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a confirmé, tout comme la majorité de la Cour suprême²²⁷. Trois opinions distinctes ont été écrites. La première, appuyée par quatre juges, est rédigée par le juge Dickson et suggère de rejeter le pourvoi. Elle peut être résumée par cette phrase que nous pourrions

²²² *Ibid* à la p 496.

²²³ *Ibid* à la p 492 : « Les tribunaux ont pour tâche d'interpréter et d'appliquer correctement le droit criminel invoqué contre les accusés, de contrôler la régularité de la poursuite et de la défense, compte tenu notamment du principe fondamental de la présomption d'innocence; à cet égard, ils examinent le comportement des autorités policières vis-à-vis de l'accusé en état d'arrestation ou sur le point de l'être. »

²²⁴ *Ibid* à la p 493.

²²⁵ Si les forces de l'ordre veulent « réprimer ces infractions que l'opinion publique désapprouve et qui sont d'ailleurs punies dans notre droit, elle doit prendre des initiatives. » *Ibid*.

²²⁶ *Ibid*.

²²⁷ *Amato c. La Reine, supra* note 134.

croire tirée de l'arrêt *Kirzner* : « [les] faits de cette affaire ne justifient pas la défense de provocation policière, même si l'on présume qu'elle existe en droit canadien. »²²⁸

Le juge Ritchie, écrivant sa propre opinion, propose également de rejeter le pourvoi tout en s'aventurant davantage dans les méandres de la provocation policière. S'appuyant sur l'arrêt *Lemieux*, il offre son interprétation des remarques du juge Judson dans l'*obiter* précité : « [je] préfère considérer qu'elles appuient l'énoncé que le simple fait que le crime ait été commis à l'"instigation" d'un agent provocateur ne peut, en soi, justifier une défense de provocation policière. »²²⁹ Puis, il émet une opinion fort semblable au raisonnement de l'approche subjective adoptée par la Cour suprême des États-Unis. Il écrit que la provocation policière peut avoir une incidence sur la détermination de la culpabilité seulement « [lorsque] les tactiques de la police ne laissent pas de place à la formation d'une intention criminelle indépendante chez l'accusé. »²³⁰ Sans référer à un quelconque principe d'interprétation des lois, le juge Ritchie prend parti pour une analyse de la provocation policière axée sur l'intention de la personne piégée, une conception nébuleuse, mais peut-être assimilable au critère étatsunien de la prédisposition. Conséquemment, le juge néo-écossais met de côté l'idée qu'il convient d'analyser l'acceptabilité de la conduite policière. En fin de compte, le juge Ritchie estime que, « [même] si un agent provocateur a suggéré à Amato de lui procurer de la drogue, cela ne suffit pas en soi pour invoquer la défense de provocation policière. »²³¹

Une opinion dissidente écrite par juge Estey rallie aussi les juges Laskin, McIntyre et Lamer. Pour ces magistrats, le pourvoi devait être accueilli, car les faits montraient qu'Amato a été victime de provocation policière. Le juge Estey explique d'abord que la provocation policière ne saurait constituer un moyen de défense dit « traditionnel » dont la source découlerait du paragraphe 7(3) – maintenant 8(3) – du *Code criminel*, car, en pareille situation, le crime est matériellement commis²³². Le juge Estey identifie assez largement les caractéristiques de la provocation policière; elle s'appliquerait à une

²²⁸ *Ibid* à la p 464.

²²⁹ *Ibid* à la p 473.

²³⁰ *Ibid*.

²³¹ *Ibid* à la p 472.

²³² *Ibid* à la p 445.

situation où une infraction « [est] provoquée, amorcée ou occasionnée par la police dont la conduite doit inciter l'accusé à commettre l'infraction; le plan doit avoir pour but de trouver des preuves en vue de poursuivre l'accusé pour le crime même qui a été ainsi provoqué; et l'incitation peut résulter, notamment, de la tromperie, de la fraude, de la supercherie ou d'une récompense, et comportera ordinairement mais pas obligatoirement un piège calculé et des sollicitations répétées. »²³³ C'est certes l'approche objective que le juge Estey privilégie, comme le révèle ce passage où il insiste sur l'importance « de doter le système de justice criminelle d'un mécanisme qui permette d'éviter d'exposer au public le spectacle d'une personne qui est déclarée coupable d'un crime dont la perpétration découle en substance de la conduite de l'État lui-même. »²³⁴

Ajoutons que, quelques mois après avoir rendu *Amato*, la Cour suprême a de nouveau abordé l'enjeu de la provocation policière dans *R c Jewitt*²³⁵, quoique de manière indirecte. L'enjeu central était de déterminer si une suspension judiciaire d'instance équivaut à un acquittement dont le ministère public peut interjeter appel en vertu de l'alinéa 605(1)a du *Code criminel*²³⁶, ce qui a mené, comme nous l'avons présenté, à la reconnaissance du pouvoir de suspendre une instance criminelle en présence d'un abus de procédure. Tout de même, dans *Jewitt*, la Cour identifie ce qu'est la provocation policière en s'appuyant sur l'arrêt *Sorrells* : « La provocation policière a été définie comme la conception et la planification d'une infraction par un agent de la paix qui la fait commettre par une personne qui ne l'aurait pas perpétrée n'eût été de la ruse, de la persuasion ou de la supercherie de l'agent [...] C'est plus qu'un simple vice de procédure. »²³⁷ Hormis cette définition, la Cour suprême ne s'est pas prononcée davantage sur le sujet qui nous concerne, car la question de la compétence de la Cour d'appel réglait le sort du pourvoi.

²³³ *Ibid* à la p 446.

²³⁴ *Ibid* à la p 447.

²³⁵ *R c Jewitt*, *supra* note 176.

²³⁶ *Ibid* au para 28.

²³⁷ *Ibid* au para 48.

1.3.3. Les fondements de la « méthode » canadienne

C'est à la fin de l'année 1988 que la Cour suprême rend l'arrêt *Mack*²³⁸. Le juge Lamer prend la plume pour une cour unanime et adopte pour l'essentiel le point de vue exprimé par le juge Estey²³⁹ dans *Amato*. Dans cette affaire, un indicateur de police s'est rapproché de Mack sur une période de 6 mois et a insisté à plusieurs occasions pour que ce dernier lui vende des stupéfiants. L'accusé avait un passé peu reluisant en matière de stupéfiants, mais il souhaitait se sortir de son marasme. Parmi les diverses interactions entre l'indicateur et l'accusé au cours de ces six mois, le plus marquant est celui d'une marche dans les bois où l'indicateur a montré un pistolet en plus de dire à Mack, de manière subtilement meurtrière : « on peut facilement se perdre. »²⁴⁰ La combinaison mesquine de propos menaçants et l'offre de sommes d'argent ont finalement eu raison de la probité de Mack et ce dernier a été accusé d'infractions relatives au trafic de drogues²⁴¹. Tant le juge de première instance que la formation de cinq juges de la Cour d'appel de Colombie-Britannique ont refusé de donner raison à ses allégations de provocation policière²⁴².

Après avoir fait un examen détaillé de la jurisprudence étatsunienne, le juge Lamer souligne l'importance d'être « très clair sur le fondement » de la reconnaissance de la provocation policière en droit criminel canadien. Il rappelle d'abord que « la croyance en la nécessité de maintenir l'intégrité de la Justice est au centre notre système judiciaire. »²⁴³ Tout comme le font les droits consacrés à la *Charte*, la doctrine de l'abus de procédure est « fondée sur la notion que l'État est limité dans la manière dont il peut

²³⁸ *R c Mack*, *supra* note 70.

²³⁹ Claire L'Heureux-Dube, « The Dissenting Opinion: Voice of the Future? » (2000) 38:3 Osgoode Hall Law Journal 495 à la p 508. Dans son article remarquable sur la valeur de l'opinion dissidente au sein des tribunaux d'appel, la juge L'Heureux-Dubé faisait en outre remarquer : « A number of dissenting judges have in fact pointed to this very important aspect of dissents, by emphasizing that dissenting opinions are often intended more for the legal minds of tomorrow than for those of today. It is important for courts and judges to be able to speak to future generations, and to suggest that it is possible for the law to evolve internally, at least "interstitially," as well as through legislative reform. Without this capacity for internal renewal, courts risk being perceived as an obstacle to change rather than as a viable forum for obtaining legal recourse against injustice. »

²⁴⁰ *R c Mack*, *supra* note 70 à la p 910.

²⁴¹ *Ibid* à la p 903.

²⁴² *Ibid* à la p 909.

²⁴³ *Ibid* à la p 938; La Cour affirmera aussi : « c'est parce que l'on croit que l'administration de la justice ne doit pas être déconsidéré que l'on reconnaît la doctrine de la provocation policière. »

traiter ses citoyens. »²⁴⁴ Dans le *Renvoi sur la Motor Vehicle Act (C.-B.)*²⁴⁵, note le juge²⁴⁶, il a été mentionné que les droits protégés par aux articles 8 à 14 de la *Charte* sont tous des éléments essentiels d'un système de justice fondé sur la foi en la dignité, la valeur de la personne humaine et la primauté du droit et que ces principes de justice fondamentale « relèvent non pas du domaine de l'ordre public en général, mais du pouvoir inhérent de l'appareil judiciaire en tant que gardien du système judiciaire »²⁴⁷.

Si, dans le contexte de la *Charte*, la Cour suprême a dit dans l'arrêt *Collins*²⁴⁸ que la déconsidération du système de justice peut découler de « [...] l'absolution judiciaire d'une conduite inacceptable de la part des organismes enquêteurs ou de poursuite, le même principe peut s'appliquer à la doctrine de l'abus de procédure de la *common law* »²⁴⁹. Un comportement inacceptable est « [...] celui qui viole nos notions de "franc-jeu" et de "décence", qui fait montre d'un mépris flagrant pour les valeurs humaines que nous partageons tous. »²⁵⁰ C'est précisément ce type de comportements qui justifie le pouvoir d'un tribunal de suspendre l'instance²⁵¹, lequel a été reconnu quelques années auparavant et constitue une porte d'entrée évidente de la provocation policière au sein de l'arsenal juridique.

La Cour suprême reconnaît aussi dans *Mack* que la limitation judiciaire des activités policière s'oppose à un intérêt social concurrent : la répression de la criminalité. Toute la difficulté de l'exercice est donc de trouver un juste équilibre, ce qui n'est pas sans rappeler les deux modèles de Packer. Pour ce faire, il importe de garder à l'esprit « les éléments-clés de notre modèle d'équité et de justice, puisque c'est là la seule manière qui nous permette de juger de la légitimité d'une technique particulière utilisée pour faire respecter la loi. »²⁵² Cela étant dit, la doctrine peut être comprise, selon le juge Lamer,

²⁴⁴ *Ibid* à la p 939; *Charte canadienne des droits et des libertés*, partie I de *La loi constitutionnelle de 1982*, constituant l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (R-U), 1982, c 11..

²⁴⁵ *Renvoi sur la Motor Vehicle Act (C-B)*, [1985] 2 RCS 486 à la p 503.

²⁴⁶ *R c Mack*, *supra* note 70 à la p 940.

²⁴⁷ Nous soulignons. *Renvoi sur la Motor Vehicle Act (C.-B.)*, *supra* note 245 à la p 503.

²⁴⁸ *R c Collins*, [1987] 1 RCS 265 à la p 281.

²⁴⁹ *R c Mack*, *supra* note 70 à la p 940.

²⁵⁰ *Ibid*.

²⁵¹ *R c Jewitt*, *supra* note 176 à la p 136. Le juge en chef Dickson faisait alors siens les propos tenus par la Cour d'appel de l'Ontario dans : *R v Young*, *supra* note 193.

²⁵² *R c Mack*, *supra* note 70 à la p 942 La Cour suprême prend le temps d'énumérer certaines raisons qui font en sorte que la provocation policière choque : « L'une de ces raisons peut être l'opinion que l'État ne

comme une « révolte face au spectacle qu'offrirait un inculpé reconnu coupable d'une infraction qui est l'œuvre de l'État. »²⁵³ Le message qu'envoie le pouvoir judiciaire lorsqu'il applique la doctrine n'est pas une excuse du comportement de l'accusé, ni son approbation, mais, souligne le juge Lamer, une « manifestation de la désapprobation du tribunal face au comportement de l'État. »²⁵⁴ L'ancien avocat criminaliste ancre donc résolument la doctrine de la provocation policière dans une conception objective et rejette par le fait même l'approche préconisée par la majorité de la Cour suprême des États-Unis.

Une fois ce choix fait, il restait à proposer un cadre d'analyse permettant aux tribunaux d'appréhender les situations où la doctrine, comprise comme une « désapprobation » des actes policiers, trouve application.

Puisque l'acceptation de la provocation policière proposée dans *Mack* est ancrée dans la doctrine de l'abus de procédure, la poursuite doit prouver l'infraction hors de tout doute raisonnable et, « dans une étape secondaire »²⁵⁵, il revient à l'accusé de prouver, selon la balance des probabilités, qu'il a été victime de provocation policière²⁵⁶. Il appartient au juge du droit, par opposition au juge des faits, de trancher la question²⁵⁷. Le seul remède adéquat consiste en un arrêt des procédures²⁵⁸ et, conformément aux principes de la

jouit pas d'un pouvoir illimité de s'ingérer dans nos vies personnelles ou d'éprouver au hasard la vertu des individus. Il y a aussi la crainte que les techniques de provocation policières puissent amener à commettre des crimes des gens qui autrement n'auraient pas eu de comportement criminel. Il y a peut-être aussi le sentiment que la police ne doit pas elle-même commettre des crimes ni s'adonner à une activité illicite dans le seul but de prendre des tiers au piège, puisque cela semble militer à l'encontre du principe de la primauté du droit. Nous pouvons penser que la fabrication d'un crime n'est pas un usage approprié du pouvoir policier. Il peut être soutenu aussi qu'il est déjà suffisamment difficile de résister à la tentation et de se comporter d'une manière conforme aux idéaux de moralité; il y a peu à gagner à ajouter à ces fardeaux déjà existants. Enfin, il se peut que nous disions qu'il y a des bornes inhérentes au pouvoir de l'État de manipuler les gens et les événements dans le but d'atteindre un objectif précis, obtenir des déclarations de culpabilité. Toutes ces raisons et bien d'autres confirment qu'il est dans l'intérêt de la société de limiter le recours par l'État aux techniques de provocation policière. ».

²⁵³ Soulignements ajoutés. *Ibid.*

²⁵⁴ *Ibid.*

²⁵⁵ Je reprends l'expression trouvée dans : Dominique Bernier et Olivier Grondin. « Provocation policière » dans Simon Roy et Marie-Pierre Robert, dir, *Jurisclasseur Québec - Collection droit pénal*, LexisNexis Canada, Montréal, 2022, au para 8.

²⁵⁶ *R c Mack*, *supra* note 70 à la p 975.

²⁵⁷ *Ibid* à la p 973.

²⁵⁸ *Ibid* à la p 967.

doctrine de l'abus de procédure, seuls les cas les plus manifestes de provocation policière peuvent être reconnus²⁵⁹.

Cela étant dit, comment peut-on affirmer que des faits constituent de la provocation policière? Je plongerai dans les détails du cadre d'analyse développé par la Cour suprême dans la deuxième partie du mémoire, mais il convient ici d'en faire un survol.

La Cour propose deux volets, ou scénarios conceptuels, pouvant conduire à une conclusion de provocation policière. Premièrement, il y a provocation policière lorsque les autorités « fournissent à une personne l'occasion de commettre une infraction sans pouvoir raisonnablement soupçonner que cette personne est déjà engagée dans une activité criminelle, ni se fonder sur une véritable enquête. »²⁶⁰ Deuxièmement, il y a provocation policière lorsque, bien que les autorités aient des soupçons raisonnables ou agissent dans le cadre d'une véritable enquête, elles « font plus que fournir une occasion et incitent à perpétrer une infraction. »²⁶¹ Notons aussi que, après les arrêts *Mack* et *Barnes*, la Cour suprême a réaffirmé dans les arrêts récents *Ahmad*²⁶² et *Ramelson*²⁶³ la validité de ces deux volets en droit canadien²⁶⁴, bien qu'elle ait apporté certaines précisions qui seront discutées plus loin.

Conclusion de la première partie

En quelques décennies, des transformations sociales rapides ont mené à une institutionnalisation de la police, auparavant peu organisée dans les pays du monde anglo-saxon. Cette évolution se fait parallèlement à l'édiction de nouveaux crimes visant

²⁵⁹ *R c Mack*, *supra* note 70 à la p 976.

²⁶⁰ *R c Mack*, *supra* note 70 à la p 964.

²⁶¹ *Ibid* à la p 965.

²⁶² *R c Ahmad*, 2020 CSC 11.

²⁶³ *R c Ramelson*, 2022 CSC 44. Ce dernier arrêt est l'arrêt clé des trois autres arrêts rendus simultanément sur la question de la provocation policière en ligne : *R c Jaffer*, 2022 CSC 45; *R c Haniffa*, 2022 CSC 46; *R c Dare*, 2022 CSC 47. Au para 29 de *R c Ramelson*, on réitère le cadre de *Mack* : « La provocation policière peut se produire de deux manières : a) les autorités fournissent à une personne l'occasion de commettre une infraction sans pouvoir raisonnablement soupçonner que cette personne est déjà engagée dans une activité criminelle, ni se fonder sur une véritable enquête; b) quoiqu'elles aient ce soupçon raisonnable ou qu'elles agissent au cours d'une véritable enquête, les autorités font plus que fournir une occasion et incitent à perpétrer une infraction. (*Mack*, p. 964-965). »

²⁶⁴ *R c Ahmad*, *supra* note 262 au para 23 : « Nous ne voyons aucune raison de modifier cet équilibre soigneusement pondéré énoncé dans l'arrêt *Mack* et confirmé dans l'arrêt *Barnes*. »; *R c Ramelson*, *supra* note 263, aux paras 29-34.

des actes consensuels et/ou jugés moralement inacceptables, ce qui reflète l'expansion des tentacules de l'État moderne dans la vie sociale²⁶⁵. Les acteurs du système de justice criminelle, assumant notamment la responsabilité de prévenir la criminalité, doivent agir de façon proactive pour contrer ces nouvelles formes de criminalité. La fonction préventive du droit criminel est interdépendante des forces de répression. Cette fonction est réellement « predicated upon the existence of a police whose function it is not only to investigate and secure evidence regarding consummate or completed crimes but also to act in advance of their commission. »²⁶⁶ C'est ainsi que des opérations policières proactives émergent. Aux États-Unis, la plus haute Cour est confrontée dès le début du 20^e siècle à des faits qui font penser que l'État, par le biais d'opérations policières proactives, a créé des criminels. Bien que cette possibilité soit révoltante, les pratiques policières proactives ne sont pas encadrées par le pouvoir législatif. Il n'existe tout simplement pas de réponse juridique évidente au zèle déployé par certains policiers pour attraper des individus, comme Sorrells. C'est en faisant preuve d'une certaine créativité en matière d'interprétation des lois qu'une majorité de juges de la Cour suprême des États-Unis a mis au monde une doctrine de la provocation policière dite subjective et axée sur la notion de prédisposition de l'accusé. Pour ces juges, la ligne de démarcation formée par la notion de prédisposition, qui implique une enquête sur l'accusé, constituait un outil conceptuel efficace pour assurer que les tribunaux ne soient complices de la création étatique du crime. Les juges minoritaires la Cour ne partageaient pas cet avis, notamment parce que cette solution n'est pas, en droit positif, adéquate, à moins que l'on fasse fi de la frontière entre les pouvoirs judiciaire et législatif, comme le disait le juge Roberts : «

²⁶⁵ Packer, *The Limits*, supra note 8 à la p 366. Packer était un critique précoce de la multiplication des crimes « moraux » ou préparatoires. Dans la conclusion de son ouvrage phare, et après avoir constaté que Peel avait compris qu'une réforme de la police ne pouvait se faire sans une réforme du droit criminel, il écrit : « The process cannot function effectively unless the subject matter with which it deals is appropriately shaped to take advantage of its strenghts and to minimize its weaknesses. The prospect of spending billions of dollars, as the federal government now seems prepared to do, on improving the capacity of the nation's system of criminal justice to deal with gamblers, narcotics addicts, prostitutes, homosexuals, abortionistes, and other producers and consumers of illegal goods and services would be seen for the absurdity that it is if we were not so inured to similar spectacles. Our national talent runs much more to how-to-do-it than to what-to-do. We sorely need to redress the balance, to ask "what" and "why" before we ask "how". » Packer ajoute plus loin qu'il serait peut-être préférable pour une société de ne rien faire à l'égard de ces actes : « Distasteful as that alternative may sometimes seem, we need to press the inquiry whether it is not preferable to doing what we are now doing. »

²⁶⁶ Nous soulignons. Andrew Ashworth et Lucia Zedner, *Preventive Justice*, supra note 67 à la p 48.

This seems a strained and unwarranted construction of the statue, and amounts, in fact, to judicial amendment. »²⁶⁷

Le clivage de la Cour suprême des États-Unis a mené à divers débats sur ce qu'est ou ce que devrait être la provocation policière. L'un des arguments phares est celui de l'incohérence, qui met de l'avant l'incompatibilité entre le rôle de l'État et les actions de provocation policière. Cette approche objective fait écho à la doctrine de l'abus de procédure, qui permet aux tribunaux de ne pas être complices des gestes jugés odieux des autres branches de l'État. Lorsque la Cour suprême du Canada a fait face à l'enjeu de la création étatique du crime, cette doctrine de l'abus de procédure était nouvelle et en apparence tout indiquée pour une intégration de la provocation policière en droit canadien. À bien y voir, la Cour siégeant à Ottawa n'avait pas beaucoup de cartes dans son jeu. Le raisonnement juridique de la majorité de la Cour suprême dans *Sorrells* – une forme d'interprétation législative qui n'a pas d'équivalent en contexte canadien – était bancal, comme l'a expliqué le juge Lamer dans l'arrêt *Mack*. Une approche objective a donc été adoptée un peu par la force des choses; ce n'est pas comme s'il existait d'autres solutions.

Au bout de cette histoire, les deux approches, étatsunienne et canadienne, sont nées du désir de s'attaquer à la création étatique du crime²⁶⁸, mais deux voies différentes ont été empruntées, ce qui implique deux visions distinctes de ce que constitue une preuve pertinente pour alléguer un cas de provocation policière. Quelles sont les conséquences des choix faits par la Cour suprême du Canada? Permettent-ils vraiment de répondre, par exemple, à l'objection de l'incohérence? Et que disent-ils sur notre modèle de justice criminelle? Ces questions nous occuperont dans le deuxième chapitre de ce mémoire.

²⁶⁷ *Sorrells v United States*, *supra* note 23 à la p 456.

²⁶⁸ Chiao, *supra* note 168 à la p 301 « While there are important differences between the two varieties, those differences should not obscure that both versions are variations of a shared theme, namely the concern to ensure that official investigative activity does not bring about the very crime that it is meant to target. The accused's predisposition is one proxy for this, as is the question of whether the police effectively "induced" a crime, especially when targeting people whom they had no prior reason to suspect were connected to criminal activity. Whether we focus on the state of the accused or the conduct of the police, in either case, the underlying question is whether the police activity contributed to bringing about the crime. »

2. La réponse partielle de la doctrine canadienne de la provocation policière au problème de la création étatique du crime

Dans ce deuxième chapitre, nous ausculterons le droit canadien à la lumière du problème central à l'histoire de la provocation policière, le risque de création étatique du crime. Pour ce faire, deux facettes du cadre d'analyse canadien seront dans notre mire, à savoir sa posture résolument objective (2.1) et son approbation à ce que la police fournisse l'occasion de commettre des crimes à des gens choisis au hasard se trouvant dans un lieu suspect (2.2).

2.1. Les angles morts de la focale objective

Nous investiguerons donc ici les angles morts de l'un des scénarios de provocation policière que nous venons d'aborder, soit le volet du cadre d'analyse de l'arrêt *Mack* qui concerne les cas où les autorités ont des soupçons raisonnables ou agissent dans le cadre d'une véritable enquête, mais font plus que fournir une occasion et incitent à perpétrer une infraction²⁶⁹. Nous examinerons d'abord ce que le droit jurisprudentiel entend par « incitation » en plus de nous intéresser à l'importance accordée à l'individu « moyen » (2.1.1.). Puis, après avoir examiné les caractéristiques préventives de crimes décelés grâce aux enquêtes policières proactives en ligne, nous nous demanderons si les tribunaux sont aveugles sur la possibilité que certaines personnes vulnérables soient amenées par la manipulation policière vers la commission d'infractions inchoatives (2.1.2.). À titre d'exemple, nous nous intéresserons plus particulièrement aux situations de délinquants autistes qui semblent parfois se situer à l'extérieur de la portée protectrice du volet de l'incitation de la provocation policière, axé sur « l'individu moyen ». C'est à partir de ce constat que nous suggérerons (2.1.3.) que la compréhension actuelle de la doctrine échoue à s'assurer que le crime ne soit pas le produit de l'État, notamment

²⁶⁹ Dans *R c Ramelson*, *supra* note 263 aux paras 29-30, la présentation de ce scénario est abordée en ces termes : « Lorsque les policiers offrent l'occasion de commettre des crimes sans posséder de soupçons raisonnables ou qu'ils incitent à perpétrer une infraction, ils peuvent aller à l'encontre de plusieurs attentes : que les policiers ne s'immisceront pas dans la vie privée des gens; qu'ils n'éprouveront pas au hasard la propension de membres du public à commettre des crimes, et encore moins qu'ils fabriqueront des crimes; qu'ils n'agiront pas, surtout eux, de manière illicite dans le but de provoquer d'autres personnes à commettre des crimes; et qu'ils ne dilapideront pas les ressources publiques pour accomplir quelque activité susmentionnée (*Mack*, p. 958) ».

à cause des œillères imposées par une approche purement objective. Nous discuterons conséquemment des perspectives d'ajout d'une dimension subjective à la provocation policière, un changement qui se frotte à la fonction normative du droit, dont son intérêt à diffuser des normes de conduite conformes à l'ordre public.

2.1.1. L'incitation dans le cadre d'analyse canadien : le triomphe de l'individu moyen

La notion d'incitation est peut-être celle à laquelle le néophyte pense le plus intuitivement lorsqu'il est question de provocation policière. Il s'agit d'ailleurs d'une notion au cœur de la réflexion des juges majoritaires dans *Sorrells*²⁷⁰. Son intégration à la doctrine canadienne de la provocation policière ne surprend donc guère. L'effectivité du droit exige toutefois la transformation de principes en cadre d'analyse. Pour permettre aux tribunaux d'appliquer le volet de l'incitation, c'est-à-dire de répondre à la question de savoir si les policiers ont incité une personne à commettre un crime plutôt que de simplement lui en fournir l'occasion, la Cour suprême du Canada a mis de l'avant un test qui consiste à déterminer si la conduite policière litigieuse aurait amené « l'individu moyen, dans la position de l'inculpé, soit une personne avec des points forts et des faiblesses, à commettre le crime »²⁷¹. Le juge Lamer précise – afin de confirmer la distance prise avec les précédents subjectivistes comme *Sorrells* – que l'évaluation de la prédisposition de l'accusé n'est « jamais pertinente » pour déterminer si la police est allée au-delà d'une offre, « puisqu'il faut l'évaluer en fonction de ce que la personne ordinaire sans prédisposition aurait fait »²⁷².

Dans les motifs de l'arrêt *Mack*, le juge Lamer a reconnu qu'il n'existe pas de formule sacramentelle pour déterminer si le comportement policier est une *incitation* plutôt qu'une simple occasion²⁷³ : « On ne peut dire qu'une seule raison sera concluante ou décisive.

²⁷⁰ *Sorrells v United States*, *supra* note 23 à la p 442 : « A different question is presented when the criminal design originates with the officials of the government, and they implant in the mind of an innocent person the disposition to commit the alleged offense and induce its commission in order that they may prosecute. »

²⁷¹ Soulignements ajoutés. *R c Mack*, *supra* note 70 à la p 959.

²⁷² *Ibid* à la p 965.

²⁷³ Dans l'arrêt *R c Ahmad*, *supra* note 262 au para 63, la Cour suprême a stipulé qu'une *occasion* est fournie lorsque, lors d'une conversation, « une réponse affirmative à la question posée par le policier pourra satisfaire aux éléments matériels d'une infraction. »²⁷³ Dans le contexte du trafic de drogue, « une occasion

La question de l'acceptation de la conduite de la police doit être examinée en fonction de l'ensemble des circonstances. »²⁷⁴ Inspiré par les propos tenus par le juge Estey dans *Amato*²⁷⁵, le juge Lamer a énoncé une série de critères pertinents pour trancher la question, dont la persistance et le nombre de tentatives faites par la police avant que l'inculpé n'accepte de commettre une infraction, le genre d'incitations utilisées par la police ou le fait que la conduite de la police cherche à saper des valeurs constitutionnelles²⁷⁶.

Cela étant dit, la jurisprudence²⁷⁷ et la doctrine²⁷⁸ suggèrent que, le plus souvent, le facteur décisif utilisé par les tribunaux se réduit à déterminer si un individu ordinaire aurait été incité par les manœuvres de l'État à commettre un crime. Comme le reflètent ces propos du juge Lamer dans l'arrêt *Mack*, le critère de l'individu moyen est perçu comme un moyen efficace pour s'assurer que le problème de la création étatique du crime ne se matérialise pas :

Je crois que c'est là un critère utile, non seulement en tant que mécanisme analytique compatible avec l'analyse objective, mais aussi parce qu'il correspond à l'une des

de commettre une infraction est offerte lorsque le policier pose une question à l'accusé et que celui-ci peut commettre une infraction simplement en y répondant oui ».

²⁷⁴ *R c Mack*, *supra* note 70 à la p 965.

²⁷⁵ Dans l'arrêt *Amato*, le juge Estey écrivait : « L'incitation peut résulter, notamment, de la tromperie, de la fraude, de la supercherie ou d'une récompense, et comportera ordinairement mais pas obligatoirement un piège calculé et des sollicitations répétées. » *Amato c. La Reine*, *supra* note 134 à la p 446.

²⁷⁶ *R c Mack*, *supra* note 70 à la p 966. : « Le genre de crime qui fait l'objet de l'investigation et la disponibilité d'autres techniques pour la détection par la police de sa perpétration; si l'individu moyen, avec ses points forts et ses faiblesses, dans la situation de l'inculpé, aurait été incité à commettre un crime; la persistance et le nombre de tentatives faites par la police avant que l'inculpé n'accepte de commettre une infraction; le genre d'incitations utilisées par la police, y inclus : la tromperie, la fraude, la supercherie ou la récompense; le moment où se situe la démarche de la police, en particulier si la police a déjà fait enquête au sujet de l'infraction ou si elle intervient alors que l'activité criminelle est en cours; si la démarche de la police présuppose l'exploitation d'émotions humaines, telles la compassion, la sympathie et l'amitié; si la police paraît avoir exploité une vulnérabilité particulière d'une personne, comme un handicap mental ou l'accoutumance à une substance particulière; la proportionnalité de l'implication de la police, comparée à celle de l'inculpé, y compris une évaluation du degré du dommage causé ou risqué par la police, en comparaison de celui de l'inculpé, et la perpétration de tout acte illégal par les policiers eux-mêmes; l'existence de menaces, tacites ou expresses, proférées envers l'inculpé par la police ou ses agents; si la conduite de la police cherche à saper d'autres valeurs constitutionnelles. »

²⁷⁷ Voir notamment l'arrêt *Darnley* signé par le juge Paciocco de la Cour d'appel de l'Ontario : « This is a key inquiry in determining whether the police went beyond providing an opportunity to commit an offence and induced the commission of an offence. » *R v Darnley*, 2020 ONCA 179 au para 62.

²⁷⁸ Penney écrit à ce sujet : « A key consideration, however, is whether the enticements "would have induced the average person in the position of the accused . . . into committing the crime". A person so induced is still blameworthy, Lamer J observed. But the "average person" test suggests that police have "exceeded the bounds of propriety" by becoming involved in the "manufacture as opposed to the detection of crime. » Penney, « Entrapment Minimalism: Shedding the "No Reasonable Suspicion or Bona Fide Inquiry" Test » (2019) 44:2 *Queen's Law Journal* 356 à la p 102.

raisons pour lesquelles le moyen de défense est jugé désirable. En d'autres termes, il peut être inévitable que, informé du cadre factuel d'une affaire de provocation policière, chacun se place dans la position de l'inculpé; si la réponse unanime est que n'importe qui aurait pu être incité à se comporter de la sorte, c'est là un signe valable que la police a dépassé les bornes de l'acceptable. Le raisonnement ne va pas jusqu'à laisser entendre que l'inculpé est par conséquent moins digne de blâme; plutôt, il laisse voir que l'État s'adonne à la fabrication, par opposition à la détection, de crimes.²⁷⁹

En se demandant comment un individu ordinaire (« *chacun se place dans la position de l'inculpé* » « *n'importe qui* ») aurait réagi en pareille situation, l'interprète se penche ultimement sur le degré de désirabilité de l'offre des policiers. Si celle-ci l'est trop, elle risque alors de créer des criminels²⁸⁰. La frontière entre ce que constitue une incitation et une simple occasion peut s'avérer poreuse, comme le remarque Squires²⁸¹. L'une des composantes permettant d'évaluer le degré de désirabilité d'une opportunité fournie par la police est sa « normalité » eu égard au milieu dans lequel elle est donnée²⁸². Asworth donne un exemple parlant de cet enjeu :

In the case of dressing like an elderly lady there can surely be no objection: an old lady walking along a street is a perfectly normal occurrence, and no-one other than an intending criminal would treat it as an invitation to crime. It is the provision of an opportunity for crime, but hardly one that could be described as out of the ordinary or abnormal. The case of dressing as a prostitute might be thought different : if the aim is to attract men passing in their cars, so that they then solicit from the car and thereby commit an offence, this might be thought beyond merely providing an opportunity for crime.²⁸³

²⁷⁹ Soulignements ajoutés. *R c Mack*, *supra* note 70 à la p 960.

²⁸⁰ Comme l'évoque Dworkin : « It is only if the opportunity is made sufficiently attractive that creation of opportunities can be regarded as temptation. The danger of such technique is that they may lead persons to commit crimes who have not engaged in similar activities before. » Gerald Dworkin, *supra* note 47 à la p 27.

²⁸¹ Comme le dit Squires dans le contexte anglais du début des années 2000: « [The courts] have assumed that there is a difference between the permissible offering of "opportunities" to commit crime, and "instigating", "inciting" or "causing" crime, and that the unacceptability of the latter is, as Lord Nicholls indicated, "obvious". My claim is that none of this is obvious. The distinction between "causing" crime and offering an "opportunity" is highly problematic. And the manner in which the courts, in fact, determine that crimes are "caused" by the police means that what is treated as "malpractice" or "misuse of state power", is not the general offering of temptation to commit crime, but the shifting of the way in which opportunities to commit crime are ordinarily distributed across society. » Squires, *supra* note 4 à la p 353.

²⁸² David Ormerod et Andrew Roberts, « The Trouble with Teixeira: Developing a Principled Approach to Entrapment » (2002) 6:1 *The International Journal of Evidence & Proof* 38 à la p 55.

²⁸³ Andrew Ashworth, « What is Wrong With Entrapment » (1999) 1999:2 *Singapore Journal of Legal Studies* 293 à la p 301 [Ashworth, *What is Wrong*].

Dans tous les cas, ce que constitue « plus qu'une opportunité » est évalué en fonction d'un standard objectif que le pouvoir judiciaire est appelé à calibrer à l'aune des circonstances particulières de chaque cas. Plus généralement, il peut être dit qu'un critère objectif de la sorte exprime certaines attentes qui « relèvent de l'évaluation normative et non descriptive. »²⁸⁴ Il s'agit de faire jaillir ce qui est « right for persons to think, feel or behave —or, at the very least, ways in which it is not wrong for them to do so. »²⁸⁵ Et le professeur Westen d'ajouter :

Finally, as an objective and normative standard for evaluating the conduct, mental states and emotions of actors, reasonableness can be personified for heuristic purposes in the form of a fictive 'reasonable person.' Thus, instead of asking, 'Was the actor's use of force reasonable', one can just as well ask, 'Would a reasonable person have used the force the actor employed?' A reasonable person is reasonableness rendered incarnate.²⁸⁶

Le jugement *Brodeur*, de la Cour supérieure du Québec, exemplifie bien le fait que l'état actuel du droit évalue la personne ordinaire de manière purement abstraite et exprime une indifférence absolue face aux caractéristiques et à l'état d'esprit du délinquant. Dans cette affaire, l'accusé a mis en preuve un rapport faisant état de ses fragilités. Sans égard au bien-fondé de cette allégation, les propos du juge Pennou montrent la futilité de l'exercice, la seule preuve susceptible d'être pertinente ayant trait aux gestes de l'État et non aux particularités subjectives de sa cible :

D'abord, le Tribunal est d'avis que le rapport du psychologue et sexologue Ravard est dénué de pertinence dans le cadre de la demande d'arrêt de procédures fondée sur la provocation policière. La preuve présentée ne permet pas au Tribunal de conclure que **l'agent d'infiltration savait ou aurait dû savoir** que la personne à qui elle s'adressait était aux prises avec un problème de dépendance sexuelle ou quelque fragilité psychologique.

Ensuite, **la forme que prend l'opération policière** ne tend pas à cibler un groupe de personnes souffrant de pareilles dépendances ou fragilités. L'opération vise sans distinction tous ceux qui fréquentent les sites spécialisés de service d'escortes et qui s'intéressent plus particulièrement aux jeunes filles. Les services sexuels ainsi proposés ne ciblent pas un

²⁸⁴ Nous nous inspirons des explications fournies dans un autre contexte par Gilbert Tremblay, *L'avenir*, supra note 147 à la p 217. Dans cette section de son livre, le professeur s'intéresse au fait que de nombreux moyens de défense sont subordonnés à des critères objectifs (à la p 216). Ainsi, écrit-il plus loin, si le droit « s'intéresse à l'état d'esprit de l'accusé, c'est donc d'abord et avant tout pour vérifier sa conformité à un état d'esprit idéal, socialement construit en fonction de la conception dominante de ce qui constitue une réaction normale dans des circonstances données. »

²⁸⁵ Peter Westen, « Individualizing the Reasonable Person in Criminal Law » (2008) 2:2 Criminal Law and Philosophy 137 à la p 138.

²⁸⁶ Nous soulignons. *Ibid* aux pp 138-139.

groupe spécifique et vulnérable, comme le serait, par exemple, celui formé par des personnes adhérant au mouvement des Sexoliques Anonymes ou participant à leurs réunions.²⁸⁷

Ceci dit, les paragraphes cités suggèrent que l'examen qui prévaut peut en partie tenir compte de la subjectivité de la cible, mais *dans la seule mesure* où les caractéristiques de cette dernière sont connues par le policier qui décide de l'exploiter²⁸⁸. Il est certes facile de concevoir que les policiers puissent inciter à la commission d'un crime par la manipulation de caractéristiques personnelles ou de vulnérabilités dont ils ont connaissance²⁸⁹. Or, il y a lieu de se demander s'il est satisfaisant, au regard du problème de la création étatique du crime, de cantonner l'examen de la provocation policière à la connaissance actuelle des policiers des vulnérabilités des personnes qui succombent éventuellement à des manipulations policières.

Les opérations policières susceptibles de mener à de la provocation policière, à l'instar des enquêtes de type Mr. Big²⁹⁰, étant des exercices impliquant un certain degré de

²⁸⁷ Caractères gras ajoutés. *R c Brodeur*, *supra* note 197 aux paras 20, 21; Cette décision fait l'objet d'un pourvoi en appel de l'accusé : *Brodeur c R*, 2021 QCCA 1141.

²⁸⁸ Voir sur ce sujet : Bernier et Grondin, *supra* note 255 au para 15.1 : Bernier et Grondin avancent que l'incitation à commettre une infraction devrait être évaluée selon un critère subjectif-objectif – tel que discuté dans *R c MacKenzie*, 2013 CSC 50 au para 63, mais dans un autre contexte : « il convient donc que l'évaluation de la conduite des autorités soit faite objectivement, mais seulement à partir des faits subjectivement connus des autorités. Par exemple, l'évaluation de l'exploitation d'une vulnérabilité particulière, ou des points forts et des faiblesses de l'inculpé, ne doivent être pris en compte que dans la mesure où les autorités avaient connaissance de ces éléments. »

²⁸⁹ Devrions-nous affirmer que sont difficiles à imaginer les cas où les caractéristiques de la cible sont connues des policiers, car, par exemple, lorsqu'une opération policière se déroule en ligne, la seule information que l'agent de police aura généralement à propos de son interlocuteur est son pseudonyme. Plus encore, les très concrètes réalités de la preuve, il nous semble qu'il sera très ardu – comme dans les cas de profilage racial (voir *infra* à la p 133) – pour l'accusé de prouver que les policiers savaient qu'ils exploitaient ses vulnérabilités.

²⁹⁰ « As noted above, the Mr. Big technique involves a great deal of deception. Undercover police officers misrepresent themselves as criminals and promote the notion that suspects can improve their financial and/or legal situation by collaborating in illegal activities. From the very beginning, suspects are clearly motivated to engage with agents who offer work opportunities (albeit ones that suspects generally understand to be illegal) at a time when many suspects cannot secure employment (e.g., Jason Dix was fired from his job which he had held for many years, his wife left him, and he had no income). The agents then gain the suspects' trust over a period of time and form a relationship that some suspects construe as friendships. The culmination of the operation involves the meeting with Mr. Big when the suspect is provided with numerous incentives to provide inculpatory information to the agents. » Steven Smith, Veronica Stinson et Marc Patry, « Using the "Mr. Big" technique to elicit confessions: Successful innovation or dangerous development in the Canadian legal system? » (2009) 15:3 *Psychology, Public Policy, and Law* 168 aux pp 181-182.

manipulation²⁹¹, n'est-il pas à craindre qu'elles réussissent particulièrement bien auprès de citoyens vulnérables, lesquels sont d'ailleurs démesurément visés par le système de justice criminelle²⁹²?

Cette crainte est difficile à vérifier. La littérature offre peu d'éclairage. Des exceptions existent toutefois, tel le rapport de *Humans Right Watch* qui fait état de la proportion importante des personnes vulnérables visées par des opérations policières proactives liées au combat contre le terrorisme :

The FBI appears to have frequently targeted particularly vulnerable individuals with mental or intellectual disabilities. At least eight of the defendants in cases we examined showed serious signs early on that they struggled with mental or intellectual disabilities—diagnosed mental health problems or significantly low intelligence or difficulty comprehending basic concepts.²⁹³

Si de tels rapports ne semblent pas exister en ce qui a trait à la situation canadienne, la jurisprudence n'est pas dépourvue d'occurrences illustrant une pareille tendance. Par exemple, l'arrêt *Nuttall* nous montre qu'un homme aux prises avec des problèmes de santé mentale a été manipulé dans un plan terroriste loufoque imaginé par des agents d'infiltration²⁹⁴.

²⁹¹ Voir à ce sujet : Jonas Haeg, *supra* note 198 à la p 567: « Instead, I believe that entrapment always involves what I call manipulation-by-hidden-intentions which has previously been discussed in a more general context by Gorin (2014). This is a type of manipulation-by-deception. Deceptive manipulation often involves deception about things external to the manipulator, like when A manipulates B into eating dirt by deceiving him about its taste ».

²⁹² Cette affirmation n'est pas très controversée. Par exemple, Skolnik écrit : « As discussed in this article's introduction, criminal justice reform cannot address the personal and structural reasons why many individuals pass through the justice system, such as poverty, homelessness, substance use, mental health challenges, trauma, and colonialism. » Terry Skolnik, « Criminal Justice Reform: A Transformative Agenda » (2022) 59:3 Alberta Law Review 631 à la p 666 [Skolnik, *Criminal Justice Reform*].

²⁹³ Human Rights Watch, « Illusion of Justice Human Rights Abuses in US Terrorism Prosecutions », en ligne: <<https://www.hrw.org/report/2014/07/21/illusion-justice/human-rights-abuses-us-terrorism-prosecutions>> à la p 27.

²⁹⁴ Les faits du jugement *Nuttall* peuvent être narrés de cette manière : Nuttall vit avec sa conjointe. Les deux sont sans emploi et reçoivent de l'aide financière de dernier recours. Nuttall (l'homme) été victime de trauma crânien plus tôt dans sa vie et accuse d'un certain retard de développement. Tous ces faits sont connus de la police. Celle-ci reçoit comme information que le couple soutient ouvertement des points de vue violents et caractéristiques de la mouvance djihadiste. Le couple s'est récemment converti à l'islam. Les policiers décident de débiter une enquête. Un agent d'infiltration converse avec l'homme rencontré « au hasard » dans un dépanneur. L'agent se présente comme un homme d'affaires arabe ayant un appétit pour la littérature coranique et appliquant en son domicile de strictes règles religieuses. Au terme de plusieurs rencontres, l'agent d'infiltration tisse un lien de confiance avec l'homme, notamment en lui donnant quelques tâches rémunérées, comme effectuer diverses livraisons. Au fil du temps, l'homme, s'enfonçant toujours plus dans son délire djihadiste et devenu fort attaché à l'agent d'infiltration, propose à celui qu'il

D'aucuns pourraient penser qu'il s'agit là de cas anecdotiques, la littérature étant trop embryonnaire pour tirer des conclusions définitives. Néanmoins, dans les prochaines lignes, nous ajouterons notre pierre à l'édifice en tentant de démontrer que, sous sa forme actuelle, la doctrine de la provocation policière est sans réponse face à la possibilité bien réelle que des personnes vulnérables soient entraînées vers le crime, surtout lorsque des opérations policières visant en masse des individus anonymes sont mises en branle. Ce constat, arguerons-nous, vient ébranler la capacité de la doctrine à répondre à sa promesse historique; empêcher que l'État ne crée le crime. Pour nos fins, nous étudierons un type d'enquêtes policière qui semble être en expansion et qui réactualise les problèmes de la provocation policière. Il s'agit des enquêtes proactives au sein de lieux virtuels visant à mâter des crimes préparatoires, comme le leurre d'enfants. Nous examinerons certains cas d'espèce qui tendent à confirmer le fait que la doctrine ne garantit pas à *tous* le fait que l'État ne peut *produire* le crime.

2.1.2. Les particularités des opérations policières en ligne visant à réprimer des crimes inchoatifs

2.1.2.1. Le leurre, crime symbolique du droit préventif

Internet est aujourd'hui une condition *sine qua non* de nos existences sociales : « Intégré dans un éventail de plus en plus large de domaines de la vie sociale, devenu banal et ordinaire, glissé dans une multitude de services et de pratiques, internet fait partie du paysage social, culturel, politique depuis maintenant un bon nombre d'années. »²⁹⁵ Cette intégration des nouvelles technologies à nos vies entraîne inévitablement une translation

croit être son ami un plan d'attaque terroriste avec des bombes fabriqués à partir d'autocuseurs. Alors que les conversations s'étirent et que les plans tergiversent, la folie de l'homme s'accroisse. Ce dernier suggère des plans aussi farfelus que de saisir un sous-marin nucléaire, lancer des roquettes Qassam ou prendre possession d'une importante base navale. L'agent d'infiltration a toutefois tenté de limiter les plans excessifs et improbables de l'homme en le guidant fortement vers le plan plus simple et économique de faire sauter des autocuseurs. Qui plus est, le policier va jusqu'à offrir un soutien spirituel à l'homme. À la fin de l'enquête, ce dernier est arrêté pour avoir complété une attaque près du Parlement britannico-colombien à l'aide d'autocuseurs. Il est ensuite accusé de diverses infractions liées au terrorisme. *R v Nuttall*, 2018 BCCA 479.

²⁹⁵ Olivier Martin et Éric Dagiral, *L'ordinaire d'internet*, Individu et Société, Paris, Armand Colin, 2016 à la p 16.

– partielle, certes – tant des lieux de socialisation que des lieux de la criminalité²⁹⁶. Le législateur s'est adapté à cette nouvelle réalité par la criminalisation de nouveaux comportements²⁹⁷, dont le crime de leurre. Depuis 2002, le leurre est édicté à l'article 172.1 du *Code criminel* dont la teneur est résumée ainsi par la Cour suprême :

Cette disposition interdit à quiconque de communiquer, par un moyen de télécommunication, avec une personne âgée de moins de 16 ans ou qu'il croit telle, en vue de faciliter la perpétration à son égard de certaines infractions énumérées — en l'espèce, l'infraction d'incitation à des contacts sexuels visant un enfant âgé de moins de 16 ans en contravention de l'art. 152 du Code.²⁹⁸

Les éléments essentiels à prouver par le ministère public sont donc : (1) une communication intentionnelle par un moyen de télécommunication; (2) avec une personne n'ayant pas atteint l'âge fixé ou que l'accusé croit telle; (3) dans le dessein de faciliter la perpétration à son égard d'une infraction énumérée²⁹⁹. Il s'agit là d'une infraction inchoative en ce qu'elle érige en crime des « des actes qui *précèdent* la perpétration des infractions d'ordre sexuel auxquelles elle renvoie, et même la tentative de les perpétrer. »³⁰⁰ Pour la Cour suprême, le caractère inchoatif de cette infraction est tout naturel compte tenu de l'objectif du législateur de « fermer la porte du cyberspace avant que le prédateur ne la franchisse pour traquer sa proie. »³⁰¹ L'objectif derrière l'édiction du crime de leurre est une protection totale des personnes vulnérables que sont les enfants, tel que le constate le juge Doherty dans l'arrêt *Alicandro* :

²⁹⁶ Voir : Centre national pour la prévention de la criminalité, *Rapport international sur la prévention de la criminalité et la sécurité quotidienne : prévenir la cybercriminalité*, Montréal, 2018, en ligne: < https://cipc-icpc.org/wp-content/uploads/2019/08/CIPC_Rapport_2018.pdf > à la p 12. On peut lire en introduction de ce rapport : « il est impossible de nier l'importance du cyberspace sur la vie quotidienne et contemporaine des personnes, et particulièrement sur le crime. En effet, la cybercriminalité représente aujourd'hui bien plus qu'une simple problématique émergente, en s'imposant comme un enjeu majeur dans la plupart des pays du monde. »

²⁹⁷ Déjà, en 2001, une vaste littérature sur les nouveaux défis posés par la cybercriminalité prenait forme. À titre d'exemple, voir : Neal Kumar Katyal, « Criminal Law in Cyberspace » (2001) 149:4 *University of Pennsylvania Law Review* 1003. Cet auteur ouvre de manière évocatrice son article : « The new millennium brings new crimes ».

²⁹⁸ *R c Morrison*, 2019 CSC 15 au para 4.

²⁹⁹ *R c Levigne*, 2009 CSC 56 au para 23. Réitéré par le juge Moldaver dans : *R c Morrison*, *supra* note 298 au para 43.

³⁰⁰ *R c Legare*, 2009 CSC 56 au para 25. Ainsi, ajoute la Cour suprême, « il n'est pas nécessaire que le délinquant rencontre ou ait l'intention de rencontrer la victime en vue de perpétrer une des infractions sous-jacentes énumérées. Une telle interprétation est conforme à l'objectif du législateur de fermer la porte du cyberspace avant que le prédateur ne la franchisse pour traquer sa proie. »

³⁰¹ *Ibid.*

Le libellé de l'art. 172.1 traduit sans ambiguïté l'intention du législateur de protéger les enfants contre le danger bien précis que présentent certains types de communications électroniques. Internet est un média qui permet à des adultes d'entrer en contact de façon anonyme, discrète et répétée avec des enfants qui peuvent être vulnérables. La toile peut s'avérer un terrain propice à la manipulation psychologique et à la préparation associées à l'exploitation sexuelle d'enfants par des adultes.³⁰²

Plus récemment, dans l'arrêt *Ramelson*, la Cour suprême écrit que ce type d'infractions visant à « fermer la porte du cyberespace » concrétise « une approche particulièrement proactive en matière de criminalité, en criminalisant de simples ententes en présence de certains faits. »³⁰³ Partant, le fait de cibler des individus indifférents quant à l'âge de la personne approchée à des fins d'activités sexuelles « reflète l'opinion même du Parlement quant au moment où les conversations de ce type dépassent les bornes, et il tend à indiquer qu'il y a un intérêt légitime à ce que la police intervienne relativement tôt. »³⁰⁴ Voilà peut-être un euphémisme. Pour Asp, l'édiction du crime de leurre en Suède, lequel est en tout point semblable à son équivalent canadien³⁰⁵, reflète un désir d'efficacité totale vis-à-vis la prévention des préjudices contre les enfants :

The idea was clearly to criminalize the behaviour in order to make it possible to intervene before any harm was done. I do not say that this idea is flawed, but in this case it was taken to extremes: the only objective requirement was that the perpetrator 'had contact with a child' and all of the blameworthiness lay in the intent. One of the reasons for this quite far-reaching proposal was that anything less would be inefficient.³⁰⁶

Cette portée extrême est bien décrite par Lefebvre, qui explique que le leurre criminalise « le simple fait de communiquer sans qu'il y ait d'entente, d'invitation ou même d'intention de commettre un contact sexuel, tant que cela facilite éventuellement la commission d'une

³⁰² *R c Alicandro*, 2009 ONCA 113 au para 36; Les propos sont tels que traduits dans : *R c Legare*, *supra* note 300.

³⁰³ *R c Ramelson*, *supra* note 263 au para 88.

³⁰⁴ Soulignements ajoutés. *Ibid.*

³⁰⁵ Petter Asp, « Preventionism and Criminalization of Nonconsummate Offences » dans *Prevention and the Limits of the Criminal Law*, Andrew Ashworth et al., dir, Oxford, Oxford University Press, 2013 à la p 28. La description de ce crime faite par Asp est la suivante : « Another example is the offence of grooming. Grooming was, until recently, not criminalized in Sweden. In 2007 the Swedish Prosecutor General presented a report which recommended that (1) to have contact with a child (2) with the purpose of committing a sexual offence against the child should be criminalized [...] Later on a more restrictive offence was introduced, which required that the person set up a meeting with the child and do something to facilitate this meeting, all with the purpose of committing a sexual offence against the child. »

³⁰⁶ *Ibid.*

infraction »³⁰⁷, rendant ainsi nébuleux pour « la personne visée de déterminer si elle franchit ou non la ligne criminelle. »³⁰⁸

L'apparition au début du 21^e siècle du crime de leurre s'inscrit dans une tendance générale³⁰⁹ de prévention des préjudices dont la justification est axée sur le futur (« *future-oriented rationale* »)³¹⁰ et dont le succès ne peut se mesurer que si « something [...] has been prevented or not. »³¹¹ L'intégration de ce type de crimes dans le *Code criminel* témoigne de l'importance accrue de la fonction préventive du droit pénal³¹² et n'est probablement pas étrangère à une redéfinition sociale de ce que constitue un préjudice³¹³.

Les particularités du leurre en font un crime particulièrement propice à la provocation policière. Le leurre étant commis lors de conversations internet³¹⁴ privées, sa répression

³⁰⁷ Gabriel Lefebvre, *Les infortunes de l'autisme de type Asperger en droit pénal canadien*, Université de Montréal, 2022 (version de soutenance) à la p 130.

³⁰⁸ *Ibid.*, citant *R c Legare*, *supra* note 300 para 29 : « Des propos sexuellement explicites peuvent suffire à prouver l'intention criminelle de l'accusé. Mais souvent, ceux qui se servent de leur ordinateur pour leurrer des enfants à des fins sexuelles exercent sur eux une manipulation psychologique en ligne en gagnant tout d'abord leur confiance par des conversations sur leur vie familiale, leurs intérêts personnels ou d'autres sujets anodins. [...] C'est pourquoi le contenu de la communication n'est pas nécessairement déterminant; ce qui importe, c'est de savoir si la preuve dans son ensemble établit hors de tout doute raisonnable que l'accusé a communiqué au moyen d'un ordinateur avec une victime qui n'a pas atteint l'âge fixé *en vue de faciliter la perpétration* à son égard d'une infraction d'ordre sexuel énumérée. »

³⁰⁹ Petter Asp, *supra* note 305 à la p 45 : « [...] the interest of the legislator in nonconsummate offences is part of a larger tendency towards preventionism in criminal law, ie a tendency towards a way of thinking according to which the primary consideration is the prevention of harm. »

³¹⁰ *Ibid* à la p 29.

³¹¹ *Ibid.*

³¹² Nous avons abordé plus haut ce phénomène : Voir *supra* à partir de la p 15

³¹³ Il peut être dit que l'introduction dans notre catalogue des crimes de tels comportements témoigne d'une conception élargie de ce que constitue le type de préjudice que le système de justice criminelle a le devoir de viser et de réprimer; le droit pénal a libéralisé la définition de préjudice. Kent Roach constate que le spectre des préjudices auxquels s'attaque maintenant l'institution pénale a été actualisé pour y inclure : « [...] psychological harm from stress and anxiety; the risk of violence or coercion; and discriminatory practices which contributed to the social inequality of women, children, the disabled, and racial and religious minorities. » (Kent Roach, *Due Process and Victims' Rights: The New Law and Politics of Criminal Justice*, Toronto, University of Toronto Press, 1999 à la p 149). Pour Lefebvre, le leurre témoigne d'un désir d'éliminer « le risque intrinsèque qui est associé, dans notre imaginaire social, à une relation inégalitaire en raison de la différence d'âge physique et aux nouveaux moyens technologiques qui facilitent la prédation. » (Lefebvre, *supra* note 307 à la p 129.)

³¹⁴ Les personnes intéressées par le leurre créé par les policiers se présentent souvent sous un pseudonyme accolé à leur profil virtuel. Ces profils virtuels, sorte de dédoublement de la personnalité de l'individu, procurent un anonymat fertile pour franchir les interdits. Giusti écrit : « Internet, ce n'est donc pas l'absence d'identité. C'est le règne des identités multiples ; autant dire d'aucune véritable ! » : Jérôme Giusti, « De quoi « anonymat » est-il le nom ? Exploration en terrain mouvant » (2015) 4:1 Effeuilage, 24. Nous pouvons aussi penser ici au mythe de l'anneau de Gyges abordé par Platon au livre II de *La*

par l'institution policière exige nécessairement des méthodes proactives d'enquête et une importante intrusion étatique dans la vie privée des personnes ciblées : « the more the criminal law makes externally innocuous private activity into a penal wrong, the more surveillance of that activity is legitimated. »³¹⁵

La nature intrusive de certaines opérations policières s'observe aisément au sein de la jurisprudence portant sur l'intersection entre le crime de leurre et la provocation policière. Pour attraper les prédateurs avant qu'ils ne « dépassent les bornes », les corps policiers mettent en branle des opérations de surveillance tantôt larges, tantôt ciblées. Nous n'avons pas la prétention ici d'en faire un inventaire exhaustif. Il nous suffira de présenter à titre d'exemple l'opération policière qui a fait le plus grand bruit au sein de la jurisprudence canadienne contemporaine³¹⁶, soit le *Project Raphael* (ci-après « PR »), lequel illustre à la fois les efforts que la police est prête à déployer pour arrêter de futurs prédateurs sexuels et sa capacité à interagir avec des citoyens en ligne sur lesquels elle n'entretient aucun soupçon individualisé. D'ailleurs, le PR semble avoir été calqué par certains corps policiers québécois, comme le révèle l'arrêt *Beaumont* de la Cour d'appel

République, décrit par Gilbert Tremblay, *Les frontières*, supra note 5. Dans un dialogue entre Glaucon et Socrate, le premier tente de prouver que n'importe qui, s'il avait accès à une bague qui rend invisible, tomberait dans les crevasses de la criminalité. Comme quoi le fait de se savoir surveillé ou ne serait-ce que cette possibilité décourage le passage à l'acte criminel...découragement qui se dissipe si l'on se croit intouchable : « Il n'y aurait personne, semble-t-il, d'assez résistant pour se maintenir dans la justice et avoir la force de ne pas attenter aux biens d'autrui et de ne pas y toucher, alors qu'il aurait le pouvoir de prendre impunément au marché ce dont il aurait envie, de pénétrer dans les maisons pour s'unir à qui lui plairait, et de tuer les uns, libérer les autres de leurs chaînes selon son gré, et d'accomplir ainsi dans la société humaine tout ce qu'il voudrait, à l'égal d'un dieu. » (Platon, *La République*, GF-Flammarion, 2016 à la p 124).

³¹⁵ Peter Ramsay, « Democratic Limits to Preventive Criminal Law » dans *Prevention and the Limits of the Criminal Law*, Andrew Ashworth et al., dir, Oxford, Oxford University Press, 2013 à la p 219.

³¹⁶ Les décisions importantes découlant du PR sont nombreuses. Parmi les plus importantes, notons le quatuor d'arrêts récents de la Cour suprême : *R c Ramelson*, supra note 263; *R c Jaffer*, supra note 263; *R c Haniffa*, supra note 263; *R c Dare*, supra note 263. Voir aussi : *R v Aguilar*, 2022 ONCA 353; *R v Ritchie*, 2023 ONCA 53; *R v Chheda*, 2021 ONCA 521; *R v Chang*, 2019 ONCA 924; *R v Veerasingam*, 2021 ONCA 350; *R v Alekozai*, 2021 ONCA 633; *R v Sinnappillai*, 2020 ONSC 1989; *R v Faroughi*, 2020 ONSC 407; *R v Weiland*, 2019 ONSC 3194; *R v C.D.R.*, 2019 ONSC 6894; *R v Chow*, 2019 ONCJ 935.

du Québec³¹⁷. Le PR a mené la police de York en Ontario à arrêter plus de 100 individus sur quatre années³¹⁸. Il déploie un *modus operandi* qui peut être décrit ainsi :

- Le corps policier identifie un site web où il suspecte la présence d'individus. Dans le PR, c'est une section du site *Backpage* (la section « escorts ») qui a été ciblée³¹⁹;
- Le corps policier crée une annonce dans la section, annonce visible par le biais d'une image et d'un slogan et qui indique que l'escorte est âgée de 18 ans, âge minimal requis par le site *Backpage*³²⁰;
- L'image provient d'un membre du corps policier à qui l'on attribue des caractéristiques physiques juvéniles et montre un corps féminin revêtu de sous-vêtements³²¹;
- Le slogan comprend des allusions à la jeunesse et l'inexpérience sexuelle grâce à l'emploi de mots tels que “young”, “tight”, “shy”, and “brand new”³²²;

³¹⁷ *Beaumont c R*, 2022 QCCA 1686 au para. 2 : « Les appels ont comme toile de fond une opération policière qui s'est déroulée en février 2019 à Québec, opération créée pour s'attaquer à la demande de services sexuels visant des personnes mineures. *La méthode utilisée est calquée sur celle mise en œuvre en Ontario à l'occasion du projet « Raphael »*. Le Service de police publie sur des sites Internet d'escortes des annonces présentant une jeune femme qui offre des services sexuels. La jeune femme est en réalité une policière qui agit comme agente d'infiltration. Elle a été choisie parce qu'elle peut représenter une adolescente. Les annonces sont publiées sur des sites destinés aux adultes, mais ils sont connus comme des plateformes hébergeant des annonces d'offres de services sexuels par des personnes mineures, selon les informations révélées lors d'enquêtes antérieures. Les annonces consistent en cinq photos suggestives de l'agente d'infiltration dont le visage est altéré par un filtre de chat. »

³¹⁸ *R c Ramelson*, *supra* note 263 au para 3.

³¹⁹ *R v Ramelson*, 2021 ONCA 328 au para 2. : « As part of the investigation, the police posted fake advertisements in the “escorts” section of the online classified advertising website Backpage. The escorts section of Backpage expressly advertised sexual services. The police ads indicated the age of the escort was 18, the minimum age Backpage allowed. However, the police intended to suggest a certain level of inexperience and youth by featuring words such as “young”, “tight”, “shy”, and “brand new”. The police included in the ads photos of female officers posing as escorts. Individuals would respond to the ads by text message and in the ensuing negotiation of sexual services, the police officer posing as the escort would tell them that “she” was younger than 16. Individuals who continued the chat and arranged sexual services and a price were directed to a hotel room to complete the transaction and were arrested and charged on their arrival ». Voir aussi: *R c Ramelson*, *supra* note 263 au para 9.

³²⁰ *R c Ramelson*, *supra* note 263 au para 12 : « Dans le cadre du Projet Raphael, on a publié sur Backpage des annonces similaires, qui indiquaient l'âge de 18 ans (l'âge minimum autorisé par le site Web) et contenaient des adjectifs comme [traduction] « ferme », « jeune », « nouvelle » ou « fraîche », reproduisant des publicités courantes sur Backpage annonçant de très jeunes travailleuses du sexe »

³²¹ *Ibid* au para 16 : « L'annonce comportait trois photos — visage en moins — d'une policière dans la trentaine portant un chandail arborant le nom d'une école secondaire locale. »

³²² *R v Ramelson*, *supra* note 319 au para 2.

- L'individu qui voit l'annonce peut initier une conversation en quelques clics. La conversation qui s'ensuit s'entame généralement par la question du prix du service sexuel³²³.
- La conversation virtuelle sporadique se poursuit et, rapidement, les policiers derrière l'annonce révèlent à l'individu que l'escorte qu'il convoite est mineure³²⁴;
- Un rendez-vous est fixé dans une chambre d'hôtel et l'individu est arrêté dès lors qu'il y pénètre³²⁵.

Ces opérations, fréquentes depuis une dizaine d'années³²⁶, permettent d'attraper des gens de toute sorte au terme de conversations qui peuvent s'étendre sur des périodes plus ou moins longues, de quelques heures à plusieurs mois³²⁷. L'anonymat caractéristique des interactions en ligne a une incidence particulière eu égard à la doctrine de la provocation policière en ce qu'elle empêche les policiers de savoir qui se trouve derrière l'écran³²⁸. Le monde alternatif qu'est le cyberspace érige un voile diaphane : les policiers peuvent certes interagir avec quiconque, mais ils ne peuvent que spéculer sur les caractéristiques personnelles de leur interlocuteur. Celui-ci est indistingué, c'est-à-dire

³²³ Voir par exemple l'extrait reproduit dans le Mémoire de l'appelant Muhammad Abbas Jaffer à la Cour suprême, 10 mars 2022, en ligne <https://www.scc-csc.ca/WebDocuments/DocumentsWeb/39676/FM010_Applicant_Muhammad-Abbas-Jaffer.pdf> : « 25/10/2014 1:22:33 AM(UTC+0), Hey, was just wondering what your rates are. Also great job with your body, you look fit as hell :) 25/10/2014 1:23:21 AM(UTC+0), 8193038846 120 hh hun no greek. 25/10/2014 2:38:23 AM(UTC+0), Can I come for 100? That's all I can do with right now ».

³²⁴ *R c Ramelson*, *supra* note 263 au para 16.

³²⁵ *Ibid* au para 17.

³²⁶ En 2011, Kettles remarquait seulement trois jugements au Canada traitant de leurre et de provocation policière : « To date, however, the defence of entrapment has been raised in only three of these cases. This raises important questions about the applicability of the doctrine of entrapment to the arena of internet child exploitation. ». Or nous affirmons que cette situation s'est "démocratisée" depuis une dizaine d'années compte tenu des nombreux jugements sur les sujets que l'on peut observer au sein de la jurisprudence depuis les années 2010. Évidemment, nous n'avons pas ici la prétention d'effectuer une affirmation empirique. Brent Kettles, « The Entrapment Defence in Internet Child Luring Cases » (2011) 16:1 Canadian Criminal Law Review 89 à la p 90.

³²⁷ Par exemple, dans *R c Morrison*, *supra* note 298 au para 18, la conversation entre « Mia » et M. Morriison s'est étalé du 5 février 2013 au 21 mai 2013.

³²⁸ Non sans emprunter un ton romanesque, la Cour suprême décrivait ainsi les jeux d'identité auxquels le législateur a voulu s'attaquer : « En structurant ainsi la disposition, le législateur a reconnu que l'anonymat d'un profil fictif en ligne sert à la fois au prédateur, qui l'utilise comme bouclier, et à la police, qui l'utilise comme arme. Comme bouclier, parce qu'il permet aux prédateurs de dissimuler leur véritable identité lorsqu'ils poursuivent leurs vils projets; comme arme (ou, peut-être plus exactement, comme grappin pour l'application de la loi), car il permet aux enquêteurs, en se faisant passer pour des enfants, de tendre leurs filets dans les clavardoirs, où des prédateurs embusqués sont susceptibles de s'y prendre — comme l'appelant l'a fait en l'espèce. » (dans *R c Levigne*, *supra* note 299 au para 25).

qu'il apparaît sous la forme d'un profil virtuel semblable à tous les autres. En ligne, tout individu est, en apparence, moyen.

Lorsque des opérations policières proactives se déroulent dans la rue, les policiers sont plus à même de percevoir, selon les réactions des individus avec qui ils interagissent, si ces derniers souffrent d'une quelconque vulnérabilité, que celle-ci soit sociale, mentale ou physique. Ils peuvent alors, pour ne pas être taxés de d'avoir incité au crime, éviter les manipulations de ces caractéristiques personnelles. Plus encore, ces interactions urbaines sont passagères et limitées dans le temps. Or, les opérations policières en ligne, qui permettent de viser une quantité industrielle³²⁹ d'inconnus, sont susceptibles de mener à des interactions prolongées entre les policiers et la personne ciblée, comme l'explique Zaia :

Perhaps more importantly, unlike the physical world, the virtual world allows police to carry on extensive conversations with these individuals without the individuals simply "walking away" from an undercover police officer offering someone a drug transaction on the street. The virtual space therefore facilitates a greater number of interactions and more extensive communication.³³⁰

Le leurre se produit dans les eaux vastes d'internet sans que l'on s'en aperçoive. Le législateur s'est donné la mission de prévenir les préjudices envers les groupes vulnérables de la société et s'y attaque avec vigueur. La police doit répondre à la demande. Cela ne peut toutefois se faire sans une certaine tromperie : âge de la majorité indiqué, photos affichées d'une personne adulte ou encore conversations prolongées avant de donner l'occasion de commettre un crime. Ce jeu de manipulation au cœur de l'interaction policière en ligne est loin du niveau élémentaire de sophistication des cas de

³²⁹ Comme l'indique l'arrêt *R v Ramelson*, *supra* note 319 au para 141, le PR a visé plusieurs centaines de personnes : « The trial judge did not make a finding quantifying the relative number of innocent people affected. The police did not keep a record of the number of persons who responded to the ads who discontinued the text chat upon learning the escort was underage. Counsel for Haniffa, whose submissions the respondent adopted, puts forward a method of arriving at an estimate of the relative number. From material disclosed by the Crown under a production order, he advises that during an eight-day period during which Project Raphael ran during 2016, 50 customers were arrested. While the total number of persons who responded to the ad was not recorded, it is known there were 17,000 lines of text communication from all callers during that eight-day period. Counsel estimates there were 30 to 40 lines of text per call on average. Using the figure 40 he attributes a total of 2,000 lines of text to the 50 persons arrested. That leaves the remaining 15,000 lines of text to be attributed to persons who discontinued the text chats or did not show up at the hotel room. He submits this calculation demonstrates that the great majority of customers refused to engage a juvenile person. »

³³⁰ Mathew Zaia, « Scraping in Cyberspace : Police Entrapment in the Virtual World » (2022) 26 *Revue canadienne de droit pénal* 203 à la p 214.

figure qui ont enfanté la doctrine de la provocation policière au tournant des années 90. Qui plus est, les nouvelles opérations policières en ligne visent des crimes particulièrement inchoatifs, comme le leurre, qui transforme une communication en comportement criminel.

Ces nouvelles réalités permettent d'interroger la capacité de la norme de la « personne moyenne » à répondre à la préoccupation centrale de la provocation policière, à savoir la création étatique du crime. Sans apporter une réponse définitive, nous mettrons en exergue dans la prochaine section des situations jurisprudentielles qui font craindre que le caractère purement objectif de la doctrine canadienne de la provocation policière ne soit pas en mesure de fournir l'assurance suffisante que le crime n'est pas créé par l'État. Pour nos fins, nous nous pencherons sur la situation des personnes atteintes d'un trouble du spectre de l'autisme (ci-après « personnes TSA »), lesquelles se caractérisent notamment par des capacités communicationnelles déficitaires, une difficulté à appréhender les normes sociales et, au surplus, une certaine propension à commettre des crimes de nature sexuelle. Nous verrons que les caractéristiques de ces individus créent un cocktail dangereux qui laisse planer un doute sur la capacité de la doctrine actuelle de la provocation policière à nous prémunir contre la création étatique du crime.

2.1.2.2. L'exemple de la vulnérabilité des personnes avec un trouble du spectre de l'autisme

Les prochaines lignes se cantonneront à la présentation de particularités générales du trouble du spectre de l'autisme (TSA) qui sont communément acceptées. Nous mettrons par ailleurs l'accent sur certains traits de ce trouble qui, de manière assez évidente, font des TSA des personnes facilement manipulables et susceptibles de tomber dans des guet-apens policiers.

Le TSA (ou ASD en anglais) est un des troubles neurodéveloppementaux susceptible d'affecter divers aspects du comportement; il se caractérise généralement « by persistent impairment in reciprocal communication and social interactions as well as restricted

repetitive pattern of behaviours, interests or activities. »³³¹ Le TSA surgit habituellement lors de la petite enfance³³² et, fait important, les symptômes varient grandement d'un individu à l'autre; c'est pourquoi d'ailleurs on parle de spectre ou de continuum de l'autisme³³³. Dans la cinquième édition du *Manuel diagnostique et statistique des troubles mentaux, et des troubles psychiatriques* (ci-après DSM-V) de l'*American Psychiatric Association*, trois niveaux de sévérité du TSA sont identifiés³³⁴. Dans cette classification clinique, les niveaux 2 et 3 sont les formes les plus sévères du trouble; ils nécessitent une aide importante ou très importante³³⁵. Les individus aux prises avec un TSA de niveau 1 – autrefois qualifié d'autisme Asperger – ne sont pas systématiquement aux prises avec des déficits intellectuels, mais présentent des difficultés communicationnelles lors d'une interaction sociale³³⁶, comme Lefebvre l'explique:

Même si l'autisme Asperger n'est pas associé à un retard mental ou intellectuel, même s'il s'accompagne d'une intelligence normale ou supérieure qui permet à la personne de fonctionner dans certains pans de sa vie, celui qui en est atteint présente des déficits sous-jacents importants qui sont non-négligeables sur le plan du développement social, moral, sexuel et émotionnel et qui ont nécessairement un impact sur la qualité de son jugement et de son raisonnement.³³⁷

Ainsi, les personnes TSA de niveau 1 se fondent souvent indistinctement au sein de la société neurotypique: « Unlike people with comorbid ASD and intellectual disabilities, these individuals spend the majority of their time in environments where neurotypical people compose the dominant social group. »³³⁸ Ce sont aussi les personnes TSA de ce

³³¹ Lisa Campisi et al., « Autism Spectrum Disorder » (2018) 127 :1 British Medical Bulletin 91 à la p 92.

³³² « [...] mais elles peuvent parfois apparaître de façon plus évidente au moment de l'entrée à l'école » : Fédération québécoise de l'autisme, « L'autisme en 5 questions » en ligne : <<https://www.autisme.qc.ca/comprendre/quest-ce-que-le-tsa.html>>.

³³³ Fred R Volkmar et al., « An Introduction to Autism and the Autism Spectrum » dans Fred R Volkmar et al., dir, *Handbook of Autism Spectrum Disorder and the Law*, New York, Springer, 2021 aux pp 2-3.

³³⁴ American Psychiatric Association, « DSM-5: Manuel diagnostique et statistique des troubles mentaux », 5^e éd., 2015, Issy-les-Moulineaux, Elsevier Masson, en ligne : <<https://psyclinicfes.files.wordpress.com/2020/03/dsm-5-manuel-diagnostique-et-statistique-des-troubles-mentaux.pdf>> à la p 58.

³³⁵ *Ibid.*

³³⁶ Lefebvre, *supra* note 307 à la p 22, citant Liliana Dell'ossoa et al., « From Asperger's Autistischen Psychopathen to DSM-5 Autism Spectrum Disorder and Beyond: A Subthreshold Autism Spectrum Model », (2016) 12 Clinical Practice & Epidemiology in Mental Health 120.

³³⁷ *Ibid* aux pp 24-25.

³³⁸ Charlotte C Mann et Amanda M Karsten, « Assessment and Treatment of Prosody Behavior in Individuals with Level 1 Autism: A Review and Call for Research. » (2022) 37:2 The Analysis of Verbal Behavior 171 à la p 172.

niveau qui, du fait de leur niveau d'autonomie et d'indépendance, sont susceptibles d'être ciblées par des opérations policières proactives.

Certaines caractéristiques que des personnes TSA possèdent sont susceptibles de brouiller leurs perceptions lorsqu'elles sont visées par des opérations policières en ligne. Ces dernières se caractérisent par une sorte de décalage avec les normes sociales *généralement* apprises dès le plus jeune âge: « Put in the simplest way, autism might be thought of as a congenital social learning disability. »³³⁹ Ainsi, dès l'enfance, les personnes TSA s'engagent difficilement dans les rouages du monde social, ses non-dits et ses manières d'être³⁴⁰. Outre cette difficulté à créer des liens sociaux normaux, les personnes TSA font souvent preuve d'une rigidité mentale et d'un manque d'adaptabilité³⁴¹. En plus de leurs aptitudes communicationnelles et sociales amoindries – lesquelles peuvent être qualifiées de « hallmarks of autism »³⁴² – les personnes TSA démontrent souvent une « incapacité d'intuitionner les normes sociales et morales »³⁴³. Les commentaires de la Fédération québécoise de l'autisme sont révélateurs à ce sujet :

On dénote des difficultés persistantes marquées par une absence ou un manque de réciprocité sociale. Entre ne porter aucune attention à l'autre et ne pas savoir comment amorcer une interaction, plusieurs manifestations sont possibles. Les difficultés sont aussi présentes dans la communication non verbale. Par exemple, il est souvent complexe pour une personne autiste de comprendre ce qui est sous-entendu dans l'intonation utilisée par son interlocuteur ou dans son haussement de sourcils. De plus, les règles implicites des interactions sociales ne sont pas acquises instinctivement, les relations sociales peuvent ne pas être appropriées pour l'âge de la personne. »³⁴⁴

³³⁹ Fred R Volkmar et al., *supra* note 333 à la p 2.

³⁴⁰ *Ibid* : « [...] this is in stark contrast to typical infants who play the “social game” from birth, if not even before. ».

³⁴¹ Lefebvre, *supra* note 307 à la p 37. Gabriel Lefebvre décrit fort bien cette tendance : « Lorsque le sujet autiste apprend une règle, il est effectivement en mesure de la mémoriser, mais celui-ci peut, en raison de sa rigidité mentale et de sa tendance à surintellectualiser ses expériences sociales, développer ensuite une « over-reliance » envers la règle intellectualisée, ce qui, évidemment, peut être problématique. Une règle ou une manière d'agir, adéquate dans un contexte donné, peut être gravement problématique et conflictuelle dans un autre. La personne autiste a donc plus de difficultés à adapter et appliquer ses connaissances aux différents contextes. En l'absence d'une intuition sociale fonctionnelle, la personne autiste est contrainte de se référer d'une manière rigide et décontextualisée à des règles qu'elle a mémorisées d'avance, ce qui l'empêche de faire preuve de flexibilité dans son comportement en tenant compte du contexte. »

³⁴² Fred R Volkmar et al., *supra* note 333 à la p 5.

³⁴³ L'expression provient de Lefebvre: *supra* note 307 à la p 29.

³⁴⁴ Fédération québécoise de l'autisme, « L'autisme en 5 questions » en ligne : <<https://www.autisme.qc.ca/comprendre/quest-ce-que-le-tsa.html>>.

Wauhop décrit comment ces caractéristiques peuvent mener à des conséquences malencontreuses dans le monde légal, ce monde qui tisse un réseau de normes parfois complexes et qui s'attend à ce que ses agents les perçoivent et les décodent :

People with Asperger's Syndrome are said to have mindblindness because they frequently misunderstand social cues and cannot comprehend that other people can have different emotional reactions to the same event. Mindblindness is legally significant because it prevents individuals from perceiving and understanding the effect their conduct has on the emotional and cognitive states of others.³⁴⁵

Pour l'avocat américain Mahoney – spécialiste de la défense des TSA devant le système de justice – la difficulté à cerner les normes sociales implicites est probablement le facteur le plus important expliquant pourquoi les personnes autistes se retrouvent à commettre des crimes sexuels sur internet³⁴⁶. La doctrine clinique estime que la sexualité des personnes TSA peut être « greatly affected by the deficits in social and communication skills and the difficulties in understanding nonverbal or subtle interactional cues and with mentalization (meaning being able to understand one's own and others' mental states, eg, emotions, desires, cognitions experienced by such individuals. »³⁴⁷ Généralement dotés d'une maturité émotionnelle et sociale moins développée que leurs pairs, les individus TSA ont une tendance à interagir avec de jeunes personnes en ligne, notamment sur des sujets sexuels : « Emotionally identifying with these younger individuals, and unable to socially connect to their peers, young men with ASD seek to participate in this online environment, generally oblivious to how seriously this is viewed and the potential harm to these children »³⁴⁸.

Ils ont de même une propension à parler de sexe en ligne, à envoyer des photos ou vidéos à connotation sexuelle³⁴⁹. Or, comme nous l'avons évoqué, leur perception de ces comportements décriés (tant socialement que légalement) ne leur permet souvent pas de

³⁴⁵ Brian Wauhop, « Mindblindness: Three Nations Approach the Special Case of the Criminally Accused Individual with Asperger's Syndrome » (2009) 27:3 Penn State International Law Review 959 à la p 963.

³⁴⁶ Mark J Mahoney, « Defending Men with Autism Accused of Online Sexual Offenses » dans Fred R Volkmar et al., dir, *Handbook of Autism Spectrum Disorder and the Law*, New York, Springer, 2021, 269 à la p 284.

³⁴⁷ D Schöttle et al., « Sexuality in Autism: Hypersexual and Paraphilic Behavior in Women and Men with High-Functioning Autism Spectrum Disorder » (2017) 19:4 Dialogues in clinical neuroscience 381 à la p 382.

³⁴⁸ Mahoney, *supra* note 346 à la p 292.

³⁴⁹ *Ibid* à la p 293.

saisir l'opprobre associé à des conversations sexuelles entre adultes et mineurs : « Blind to the social implications of these encounters, and to the complete difference their age makes, they are often astonished at how seriously wrong their behavior is viewed. »³⁵⁰ De plus, ces derniers peuvent faire preuve d'une importante crédulité dans leurs interactions sociales, ce qui les rend particulièrement vulnérable à la manipulation et à l'intimidation :

While it creates vulnerability to all kinds of victimization, this trait leaves those with ASD extremely susceptible to police “sting” operations, and engaging in behaviors in which they would not ordinarily engage. This is a critical factor in considering entrapment as a defense, and considering the culpability of one with ASD who has been put up to offensive behavior by others.³⁵¹

Les personnes TSA possèdent donc des traits particuliers qui les distinguent de la personne « moyenne ». Outre leurs difficultés de socialisation, ceux-ci ont des intérêts souvent enfantins et une difficulté à percevoir et internaliser les normes sociales, incluant les normes légales. À l'ère des crimes inchoatifs sur internet, ces traits forment un véritable cocktail criminogène :

Despite the normalcy of immature interests among autistic adults, the combination of a childish interest with the desire to form friendships and a lack of appreciation of social rules guiding adult contact with children may place both the child and the autistic adult at risk.³⁵²

À partir de ces constats, voyons comment la criminalisation des personnes TSA à partir d'opérations policières proactives se manifeste au sein de la jurisprudence canadienne.

Cela n'est pas une tâche facile, car, nous le savons, les caractéristiques d'un individu ne sont pas pertinentes pour évaluer s'il y a eu provocation policière. À ce jour, les seuls cas d'espèce sur lesquels nous pouvons nous appuyer sont ceux où il est révélé que le délinquant est une personne TSA au stade de la peine. Leur trouble est alors présentée au tribunal afin qu'il considère leur culpabilité morale moindre au moment d'imposer une peine. Au-delà d'une culpabilité morale amoindrie, la preuve d'expert rapportée dans les exemples présentés suggère que certaines opérations policières

³⁵⁰ *Ibid.*

³⁵¹ Mahoney, *supra* note 346 à la p 284.

³⁵² Rachel Loftin, « Sexual Offending and ASD » dans Fred R Volkmar et al., dir, *Handbook of Autism Spectrum Disorder and the Law*, New York, Springer, 2021, 257 à la p 260.

proactives menées à l'endroit de certaines personnes mènent ces dernières à commettre des crimes qu'elles n'étaient pas à première vue destinées à commettre.

Soyons clairs; dans les exemples présentés ci-dessous, certains individus TSA attrapés s'apprêtaient selon toute vraisemblance à commettre un crime. Par exemple, Jaffer, dont le cas sera amplement discuté – cherchait à obtenir, en ligne, des services sexuels moyennant rétribution, ce qui constitue un crime selon les canons du paragraphe 286.1(1) du *Code criminel*³⁵³. Néanmoins, et comme nous allons le voir, son interaction avec une opération policière et ses caractéristiques personnelles semblent avoir constitué une combinaison malheureuse l'ayant dirigé vers la commission crimes sexuels à l'encontre de mineurs, soit le leurre et l'obtention de services sexuels moyennant rétribution d'une personne âgée de moins de dix-huit ans³⁵⁴. Ces derniers crimes sont indubitablement d'une tout autre catégorie que l'obtention de services sexuels provenant d'une personne adulte. Tant pour le législateur que la jurisprudence³⁵⁵, les torts que créent les crimes sexuels envers les mineurs sont d'une gravité inouïe qui se traduisent par des réponses punitives beaucoup plus conséquentes³⁵⁶.

2.1.2.3. Des cas d'espèce qui sèment des doutes

Le cas de Muhammad Abbas Jaffer, attrapé lors du *Projet Raphael*, mérite d'être abordé de prime abord. Ce dossier fait partie des quatre dossiers sur la provocation policière que la Cour suprême a entendus simultanément, ce qui a notamment donné naissance à l'arrêt *Ramelson* abordé plus tôt. Dans son appel à la Cour suprême, Jaffer a adopté une

³⁵³ *Code criminel*, LRC 1985, c C-46 au para 286.1(1).

³⁵⁴ *Ibid* au para 286.1(2) *C.cr.*

³⁵⁵ Le message envoyé par l'arrêt *R c Friesen*, 2020 CSC 9 au para 49, est sans équivoque : « Tant le législateur que les tribunaux ont commencé à réagir à l'ampleur, aux nouvelles formes et à l'évolution qualitative de la violence sexuelle contre des enfants. Le législateur entendait se mettre au diapason de cette évolution en modifiant les dispositions en matière de détermination de la peine applicables aux infractions d'ordre sexuel contre des enfants (*K.R.J.*, par. 103). Les tribunaux sont eux aussi passés par une [traduction] « période d'apprentissage » pour comprendre à la fois l'ampleur et les effets de la violence sexuelle contre des enfants, et la détermination de la peine a évolué pour s'adapter à la fréquence de ces crimes (*R. c. F. (D.G.)*, 2010 ONCA 27, 98 O.R. (3d) 241, par. 21). »

³⁵⁶ *Ibid* au para 50 : « Pour bien s'attaquer à la violence sexuelle contre des enfants, les juges chargés de déterminer une peine doivent bien comprendre le caractère répréhensible des infractions d'ordre sexuel à l'égard d'enfants et les torts considérables qu'elles causent. Il importe de bien saisir leur caractère répréhensible et leur nocivité. »

position en partie distincte de celles des trois autres dossiers. Il souhaitait que le cadre d'analyse de la provocation policière soit modifié et ce, afin qu'il « consider the unknown vulnerabilities or personal circumstances of an accused person in the context of virtual operations »³⁵⁷. Dans un court arrêt, la Cour suprême a jugé « préférable de reporter à une autre occasion l'examen de la question de savoir si ce cadre d'analyse doit être révisé »³⁵⁸, car, a-t-elle écrit, la situation subjective de l'accusé n'aurait rien changé au sort du pourvoi, le jury n'ayant pas retenu la version des faits de Jaffer³⁵⁹. L'opportunité de modifier le cadre d'analyse jurisprudentiel reste donc, semble-t-il, encore envisageable. Revenons donc aux particularités du cas de Jaffer. Ce dernier est une personne TSA de 22 ans que le juge de la peine décrit ainsi :

Mr. Jaffer is a well-educated, relatively youthful offender who is before the court for the first time. His family is devoted to him. His conviction has shamed him personally and within his community. Mr. Jaffer lives in social isolation. There is evidence that he falls within the autistic spectrum of neurological disorders. He suffers from severe depression and anxiety. His own evidence at trial coincides with the assessment of a psychologist that he has not had opportunity for an appropriate, socially meaningful expression of the sexual desires to be expected of a young adult.³⁶⁰

Dans la section « escortes » du site *Backpage*, il a répondu à une annonce d'une dénommée « Kathy » qui indiquait avoir 18 ans. Dans leur communication par messages texte, dont un extrait est reproduit en annexe³⁶¹, Jaffer et son interlocuteur, un détective, s'entendent sur le prix et les modalités des services sexuels. Puis, « Kathy » précise ne pas voir exactement 18 ans. Jaffer demande à Kathy si elle n'est pas un policier. Il lui demande aussi pourquoi elle fait cela à son âge. Il a finalement été arrêté alors qu'il s'est présenté à la chambre d'un hôtel. À son procès, il prétendait avoir voulu aider la personne avec qui il interagissait, ce qu'un jury a refusé de croire³⁶². Il a été trouvé coupable de

³⁵⁷ Mémoire de l'appelant Muhammad Abbas Jaffer à la Cour suprême, *supra* note 314 à la p 21.

³⁵⁸ *R c Jaffer*, *supra* note 263 au para 10.

³⁵⁹ *Ibid.*

³⁶⁰ *R v Jaffer*, 2018 ONSC 1271 au para 4.

³⁶¹ Annexe 1, *infra* à la p 155.

³⁶² Comme l'a reconnu la Cour suprême en ces mots : « Lorsqu'il a déclaré M. Jaffer coupable, le jury n'avait aucun doute raisonnable quant au but dans lequel celui-ci avait convenu de la rencontre. » (*R c Jaffer*, *supra* note 263 au para 10).

leurre (l'al. 172.1(1)a C.cr.) et d'avoir communiqué dans le but d'obtenir les services sexuels d'une personne mineure (par. 212(4), maintenant le par. 286.1(2) C.cr.)³⁶³.

Tel que mentionné, le juge de la peine a retenu une preuve d'expert faisant état des vulnérabilités de Jaffer, dont son TSA, son anxiété et sa dépression. L'experte entendue a rencontré Jaffer, lequel lui a relaté ses misères sexuelles et son incapacité à approcher les femmes, qui le trouvent toujours trop « weird »³⁶⁴. Les divers tests psychométriques administrés à Jaffer n'ont révélé aucune « evidence of pedophilia, and his response profile did not indicate any pedophilic interest. »³⁶⁵ Dans son rapport, l'experte a par ailleurs conclu que les agissements de Jaffer devaient être compris comme étant intimement liés à sa condition mentale au moment des faits³⁶⁶. Plus généralement, elle a exprimé qu'il n'a jamais eu de comportements « that raised any suspicion of having deviant sexual interests. »³⁶⁷

Dans son témoignage devant les jurés, Jaffer a relaté qu'il avait rencontré la sergente-déetective Kang dans le passé et lui avait donné des informations sur une escorte qu'il voyait ainsi que son proxénète³⁶⁸. En retour, Kang lui a fourni sa carte d'affaire et lui a dit de rapporter toute information supplémentaire qu'il pouvait obtenir³⁶⁹. Dans son témoignage, Jaffer a affirmé avoir continué la conversation de manière virtuelle avec l'escorte mineure dans le but d'obtenir des informations sur sa personne, confirmer sa localisation et dénoncer la situation aux autorités, comme Kang lui avait enjoint de faire³⁷⁰. Dans son mémoire à l'attention des juges de la Cour suprême, Jaffer a affirmé que cette situation est cohérente avec la tendance des personnes TSA à adhérer strictement à certaines

³⁶³ *R v Jaffer, supra* note 360 au para 1.

³⁶⁴ Les détails de ses rejets amoureux sont présentés dans le Mémoire d'appelant Muhammad Abbas Jaffer à la Cour suprême, *supra* note 314 au para 18: « Mr. Jaffer explained that he attempted to approach women through online dating services, but they always found him “weird”. He did not understand why this was the case, and assumed they were being mean. In university he developed an attraction to his 40-year-old biology teacher, which he thought was mutual. When he asked if they could be in a relationship, she laughed at him and told him she was married. Mr. Jaffer also attempted to have a relationship with a woman he met at a meditation class that he believed was 35 to 40 years old, but upon approaching her, Mr. Jaffer learned she was 51 years old, and considered Mr. Jaffer “too young”. These setbacks upset him. »

³⁶⁵ *Ibid* au para 29.

³⁶⁶ *Ibid* au para 30.

³⁶⁷ *Ibid*.

³⁶⁸ *Ibid* au para 59.

³⁶⁹ *Ibid* au para 59.

³⁷⁰ *Ibid*.

règles : « A law enforcement officer told him to do something; he believed he was complying. »³⁷¹

Le juge des faits était en droit de retenir ou pas ses explications et nous ne prétendons pas que Jaffer aurait dû être cru. Nous ne sommes d'ailleurs pas dans la bonne position pour trancher la chose. Nous affirmons toutefois que les limitations de la doctrine de la provocation policière ont empêché Jaffer d'informer le jury sur sa condition mentale et, de ce fait même, sur la plausibilité de ses explications. Si les jurés avaient su que des experts crédibles affirmaient que Jaffer est une « person of rigid attitudes and behaviors »³⁷², ils auraient pu en venir à la conclusion, vu toutes les circonstances de l'affaire³⁷³, que Jaffer – qui n'est pas exactement la personne ordinaire envisagée par le droit de la provocation policière – avait été incité par l'État à commettre des crimes inchoatifs dont la preuve ne révèle pas s'il avait ou nous l'intention de les commettre.

Le cas d'Osadchuk émane d'une opération policière similaire à celle de Jaffer : il a été trouvé coupable des mêmes crimes à la suite d'une opération policière proactive sur internet³⁷⁴. Le délinquant, qu'un rapport psychiatrique décrit comme « probablement » TSA, a des difficultés à communiquer, à exprimer ses besoins et à comprendre les besoins des autres³⁷⁵. De plus, selon le rapport présentenciel, ses handicaps émotionnels sont reliés « to childhood experiences and learning problems caused by serious cognitive limitations are probably at the root of the accused peculiar way of satisfying his sexual desires via escort websites. »³⁷⁶ À l'instar de Jaffer, il n'a jamais eu de facilité dans ses interactions sociales avec des personnes du sexe opposé : « [In] his youth, the accused

³⁷¹ *Ibid.*

³⁷² *Ibid* au para 28.

³⁷³ *Ibid* au para 41 : « The ad was located on a portion of the site restricted to over age use, including a disclaimer; • The ad indicated that “Kathy” was of legal age; • The photograph in the ad depicted a female who was of legal age; • The initial conversation leading up to the change in age did not contain any communications that might support an inference that “Kathy” was underage; • He was a 22-year-old young man with no prior criminal record; • He had family support and strong community ties; • He suffered from undiagnosed Asperger’s Syndrome; • He had trouble forming relationships and as a result needed to use escorts; • The post-conviction testing demonstrated that he was not a paedophile and had a preference for adult females; and • The browser history demonstrated that he was not searching for an escort that was necessarily young in age. »

³⁷⁴ *R c Osadchuk*, 2020 QCCQ 2166 au para 2.

³⁷⁵ *Ibid* au para 22.

³⁷⁶ *Ibid* au para 26.

interactions with girls were always limited by his shyness, peer rejection and low self-esteem. This culminated in his incapacity to feel at ease with them. »³⁷⁷

De plus, lorsqu'il a été interviewé par l'expert chargé de confectionner un rapport présentenciel, il a affirmé « that the undercover officer looked 24-25 years to him, that he did not believe her when she told him that she was 16, that she seduced him and that she smiled at him. When this occurs, it's hard for him, he says, to turn away. »³⁷⁸ De plus, un rapport d'expertise sexologique n'a constaté aucune hétérophilie chez Osadchuk³⁷⁹. Le jugement sur la peine ne fournit pas de nombreux détails sur les circonstances du crime, mais, comme dans l'affaire Jaffer, il y a lieu de se demander si les caractéristiques d'Osadchuk ne l'ont pas mené à être indifférent au fait que son interlocutrice virtuelle se présentait comme étant mineure, lui qui, selon une expertise, malgré ses misères sociales et sexuelles, n'était pas attiré par les mineurs.

Dans l'affaire *Razon*, ce sont les policiers qui ont initié la conversation virtuelle avec le délinquant, lequel était dans un « chat room » intitulé « Teen chat »³⁸⁰. Le faux personnage policier prétendait avoir 14 ans. Leur correspondance s'est étendue sur deux semaines et était essentiellement sexuelle; Razon, 21 ans, affirmait notamment être « a virgin, and that he spends his free time playing video games and masturbating. »³⁸¹ Il a éventuellement été accusé de leurre pour ces gestes, et de possession de pornographie juvénile, fruits d'une perquisition. Il a plaidé coupable. Le juge de la peine reconnaît que le délinquant a été « shockingly naive » dans l'opération policière qui a mené à sa première aventure dans le système de justice; il a partagé sans gêne sa localisation, son nom complet, sa date de naissance, la photo de son visage et le nom de son école³⁸². De plus, « he also appeared to be more interested in acting out sexual fantasies online than in person [...] »³⁸³ L'expert consulté pour l'imposition de la peine a constaté qu'il était TSA et souffrait de pédophilie³⁸⁴. Il a par ailleurs émis les constats suivants:

³⁷⁷ *Ibid.*

³⁷⁸ *Ibid* au para 29.

³⁷⁹ *Ibid.*

³⁸⁰ *R v Razon*, 2021 ONCJ 616 au para 7.

³⁸¹ *Ibid* au para 8.

³⁸² *Ibid* au para 24.

³⁸³ *Ibid.*

³⁸⁴ *Ibid* au para 22.

Mr. Razon has a stunted emotional and social understanding of his conduct although accepting of its wrongfulness. Due to his diagnosis, his emotional and social deficits also manifest in Mr. Razon as a much younger individual than his actual age. His emotional and social intelligence has not developed, and he operates much like a young adolescent. In addition, he has suffered from a learning disability. He also has a Social Anxiety Disorder. He has a problem with pedophilia that has been limited to pornography and internet chats.³⁸⁵

Cet extrait montre bien que, malgré les symptômes qui l'affligent, rien n'indiquait que les problèmes pédophiliques de Razon allaient le mener à rencontrer physiquement des mineurs ou à les leurrer : « His main interest appears to have been to act as an online voyeur rather than a hands-on offender »³⁸⁶. Si la création étatique du crime était la véritable préoccupation de la doctrine de la provocation policière canadienne, ce dernier constat judiciaire devrait créer une certaine consternation. Le juge de la peine constate – en ayant un portrait plus complet des caractéristiques subjectives de Razon – que ce dernier n'était pas particulièrement prédisposé à commettre le crime pour lequel il doit désormais lui imposer une peine; cela sous-entend que c'est son contact avec l'opération policière qui a favorisé son passage à l'acte.

L'étendue de la preuve pouvant être administrée au stade de la peine permet de mieux comprendre les vulnérabilités des individus TSA présentés ci-dessus. D'autres démonstrations auraient certainement pu être faite avec d'autres vulnérabilités, comme la pauvreté ou l'addiction aux drogues³⁸⁷, mais nous nous sommes concentrés sur les

³⁸⁵ *Ibid* au para 23.

³⁸⁶ *Ibid* au para 24.

³⁸⁷ Des situations semblables à celle de Barnes ne sont pas rares au sein de la jurisprudence. Dans l'espèce *R v Wing*, 2018 BCPC 333, on apprend que Wing a été spécifiquement visé parce qu'il avait l'air pauvre et accro à la drogue, des circonstances qui, on s'en doute, ont sûrement influencé son choix de vendre au premier venu une partie de la drogue qu'il avait sur lui, question de ne pas rater une belle occasion : « [13] It was Constable Woodland's perspective that Mr. Wing appeared to be poor, drug addicted, aged and he looked like he lived on the downtown eastside. At no time did Constable Woodland see Mr. Wing engage in interactions typical of street level drug transactions.

[14] When Constable Woodland approached Mr. Wing the following conversation took place.

Constable Woodland:	You got?
Accused:	Who are you?
Constable Woodland:	Who are you?
Accused:	Are you a cop?
Constable Woodland:	Are you a fucking cop?
Accused:	I just gotta ask.
Constable Woodland:	I need a ten rock.

histoires de Jaffer, Osadchuk et Razon. Ces derniers ont tous été étudiés par des experts dont les constats évoquent à un degré variable l'idée que leur contact avec une opération policière proactive a déterminé le fait qu'ils ont commis des crimes inchoatifs. En ligne, les policiers ne peuvent évidemment pas savoir qui se trouve derrière l'autre écran. Ajusteraient-ils le tir s'ils étaient en mesure de savoir qu'ils interagissent avec des personnes vulnérables? Les exemples discutés, dont le cas marquant de Jaffer, sans *nécessairement* être des cas de provocation policière, montrent néanmoins qu'il est possible que de simples « opportunités » de commettre un crime deviennent, pour certaines personnes, les bougies d'allumage d'un comportement criminel, comme quoi la ligne entre le fait de fournir une occasion et l'incitation au crime est facile à franchir.

2.1.3. Sur l'idée d'une composante subjective au cadre d'analyse canadien

En intégrant les problèmes liés aux opérations policières proactives à la doctrine de l'abus de procédure, la Cour suprême – inspirée par le débat au sud de la frontière – a envisagé la situation de la provocation policière d'une manière manichéenne; un choix doit être fait entre une approche subjective et une approche objective. Mais ce choix n'entraîne-t-il pas une insoutenable incertitude; n'est-il pas un handicap qui, en plus de limiter la recherche de la vérité, fait subsister la crainte que l'État, par sa proactivité – et ses manipulations, conscientes ou non, des vulnérabilités –, poursuive un crime qu'il a lui-même mis au monde? Plus particulièrement, le triptyque enquête proactive, invisibilité de la personne visée en ligne et crimes inchoatifs semble donner une nouvelle vigueur à cette crainte qui, historiquement, justifie l'existence de la doctrine de la provocation policière. À cet égard, nous avons exploré le cas de figure des personnes TSA, pour qui le droit de la provocation policière n'est d'aucune aide malgré leurs caractéristiques qui les rendent vulnérables aux exercices policiers de manipulation, lesquels sont nécessaires à la répression de crimes préventifs comme le leurre.

[15] Mr. Wing then lifted his right hand and inside was a brown paper towel. Mr. Wing unfolded the paper towel and inside were a number of blue translucent paper dime bags all of which appeared to contain crack cocaine. »

Au-delà du cas des personnes TSA, il peut être dit que le droit, sous le couvert de l'importance que les forces policières appréhendent les criminels du web avant qu'ils n'atteignent leurs « proies », accepte que soient « attrapés » des individus dont les penchants criminels antérieurs à leur interaction avec la police étaient nébuleux, voire inexistantes. C'est du moins ce que l'on peut tirer de l'étude de Menzie et Hepburn, qui remettent en question la capacité des enquêtes policières proactives reliées au crime de leurre à prévenir une forme ou une autre de préjudice à la communauté³⁸⁸. Les autrices ont répertorié toutes les espèces qui leur étaient disponibles où un individu a été accusé de leurre après une enquête proactive³⁸⁹. Elles identifient en outre quatre types de préjudice auxquels le système de justice criminelle prétend s'attaquer :

(1) whether a real person was victimized (“Real Victim”); (2) whether there was a history of violent or sexual offending (“History of Offending”); (3) whether there was any identified communication, of any kind, with underaged youth (“Communication”); and (4) whether any other charges were discovered as a result of the investigation, thus indirectly identifying a possible source of harm (“Other Charges”).³⁹⁰

Puis, dans un tableau, Menzie et Hepburn mettent en relation les faits qui ressortent des cas répertoriés et la présence ou l'absence de ces quatre formes de préjudice. Ce qui ressort de leur tableau, que nous avons reproduit en annexe de ce mémoire³⁹¹, est l'incroyable proportion de cas répertoriés où les trois premières variables ne sont pas satisfaites. C'est donc dire que la grande majorité des accusés dans les cas répertoriés n'avait pas « victimisé » une vraie personne, pas d'antécédents en matière de violence ou en matière sexuelle et pas, à ce que l'on sache, communiqué avec une personne mineure. Pour des fins de comparaison, les autrices ont aussi préparé un tableau répertoriant des cas où un individu a été accusé de leurre sans enquête proactive, lequel

³⁸⁸ Lauren Menzie et Taryn Hepburn, « Harm in the Digital Age: Critiquing the Construction of Victims, Harm, and Evidence in Proactive Child Luring Investigations » (2020) 43:3 Manitoba Law Journal 391 à la p 409 : « The very construct of a sex offender suggests significant risk to reoffend and suggests that these offences are bound up in a particular type of person who exemplifies an 'evil' not seen throughout society. Inherent in this legislation is that these people pose a risk and that, absent state intervention, would go on to sexually abuse and exploit youth through the means of online communication. Harm is not a self-evident category within the law. However, we question the ability of our current proactive investigation processes to respond to the tangible social harms that they claim to be preventing. » (citations omises).

³⁸⁹ *Ibid* à la p 410.

³⁹⁰ *Ibid*.

³⁹¹ Annexe 2, *infra* à la p 159.

montre de bien plus nombreuses cases « préjudices » cochées³⁹². Les résultats de recherche de Menzie et Hepburn leur permettent de suggérer qu'il est difficile d'affirmer que les crimes repérés à la suite d'enquêtes proactives « would have occurred independent of law enforcement intervention »³⁹³. Au contraire, pour les chercheuses, leurs résultats démontrent que la police est probablement à l'origine des crimes poursuivis³⁹⁴. Menzie et Hepburn vont jusqu'à dire que la nature des crimes sexuels comme le leurre et leur appréhension par des techniques policières proactives permettent à la police de « *co-create* » la preuve qui mènera à une condamnation criminelle³⁹⁵. Cette hypothèse prend au moins en partie sa source dans l'obstination du droit de ne pas tout savoir, dans sa satisfaction face à une vérité partielle. En refusant à un accusé de faire valoir que, d'un point de vue subjectif, il a été entraîné par son interaction avec la police vers une infraction qu'il ne s'apprêtait pas à commettre, la cocreation du crime demeure une possibilité difficile à nier.

L'exercice rhétorique déployé dans l'arrêt *Mack* donne l'impression qu'il existe un dilemme insurmontable entre les approches subjective et objective³⁹⁶. Cela ne surprend guère, car la Cour suprême cherchait à trouver un fondement *juridiquement* acceptable à la provocation policière et, comme nous l'avons vu, la doctrine de l'abus de procédure constituait une avenue sûre et réconfortante. Ce choix n'est cependant pas sans conséquence, car elle limite la capacité de la doctrine de la provocation policière à accomplir sa mission existentielle. Son « intégration » à la doctrine de l'abus de procédure fait en sorte qu'elle ne peut être reconnue que dans « les cas les plus manifestes » et, au surplus, ne peut s'intéresser à une enquête policière proactive que d'un point de vue purement objectif. Elle nie ainsi l'utilité d'une approche subjective pour répondre au problème qu'est la création du crime par l'État. Or, ce que constitue une incitation, nous l'avons vu en étudiant les symptômes du trouble du spectre de l'autisme, varie certainement d'un individu à l'autre. Si le droit était vraiment attaché à tout mettre en place

³⁹² Menzie et Hepburn, *supra* note 388 à la p 414.

³⁹³ *Ibid* à la p 418.

³⁹⁴ *Ibid*.

³⁹⁵ *Ibid*.

³⁹⁶ Voir, par exemple, *R c Mack*, *supra* note 70 à la p 942. Le juge Lamer sous-entend qu'il existe un « bon » fondement à la reconnaissance de la provocation policière, et celui-ci « réside dans la nécessité de préserver l'intégrité de l'administration de la justice. »

pour empêcher l'incohérence qu'est la création étatique du crime, la provocation policière s'intéresserait aussi aux caractéristiques personnelles et aux vulnérabilités de la personne piégée et entraînée dans le crime. Nous faisons nôtres les conclusions de Kim pour qui les doctrines de la provocation policière perdent à se cantonner à l'une des deux approches :

Focusing on the target's predispositions is a sensible approach under the culpability rationale: it seems appropriate to hold accountable a person who is manipulated into committing a crime they were predisposed to committing anyway. In contrast, focusing on the state's conduct makes sense under the legitimacy rationale, since the very fact that the state attempted to manipulate a citizen into violating the law delegitimizes its authority to hold them accountable. Since both rationales articulate valid concerns, the preoccupation with finding the 'right' test is misplaced, even counterproductive. That the debate on entrapment has reached a stalemate is thus unsurprising given the validity of each side's concerns.³⁹⁷

Nous pouvons nous demander ce que l'intégration à la doctrine de la provocation policière d'une composante subjective impliquerait. Il devrait être dit qu'une éventuelle composante subjective devrait être considérée à titre subsidiaire, car sa composante objective a une priorité normative; si la conduite de l'État est *dans tous les cas* où elle survient inacceptable, il ne sert alors à rien de se pencher sur l'état d'esprit de l'accusé, car un arrêt des procédures devrait fatalement clore la poursuite criminelle³⁹⁸. L'obstacle de taille auquel se bute la considération d'une composante subjective provient incontestablement de l'enracinement de la provocation policière dans la doctrine de l'abus de procédure. Dans les brefs motifs de l'arrêt *Jaffer*, la Cour suprême ne ferme la porte à l'idée que le cadre d'analyse existant pourrait être modifié afin de faire une place à un examen de la

³⁹⁷ Kim, *supra* note 139 à la p 89.

³⁹⁸ *Ibid* aux pp 89-90.

situation subjective d'un accusé³⁹⁹. Elle a cependant préféré ne pas se pencher sur la question⁴⁰⁰.

Vu les paramètres actuels de la doctrine, il est difficile d'imaginer comment une analyse subjective pourrait être intégrée de façon cohérente, c'est-à-dire sans dénaturer les fondements canadiens de la doctrine de l'abus de procédure. À moins d'inscrire la provocation policière dans un autre paradigme⁴⁰¹, le droit jurisprudentiel canadien a les mains liées. Comme nous allons l'aborder en conclusion de ce mémoire, l'espoir d'une ouverture à un examen subjectif se situent peut-être dans la prise en charge du problème par le pouvoir législatif, qui est libre de reconfigurer la doctrine pour lui donner les outils conceptuels nécessaires pour tacler l'incohérence suscitée par le fait que l'État, qu'il l'ait voulu ou non, soit à l'origine de la condamnation criminelle de personnes qu'il a lui-même entraîné dans le crime. Mais il est peut-être naïf de parler ici d'espoir; c'est peut-être interpréter la promesse de la provocation policière au premier degré⁴⁰² et faire fi des

³⁹⁹ *R c Jaffer*, supra note 263 au para 10 : « À mon avis, il est préférable de reporter à une autre occasion l'examen de la question de savoir si ce cadre d'analyse doit être révisé. Quel que soit le bien-fondé des arguments juridiques de M. Jaffer — un point sur lequel je ne me prononce pas en l'espèce — le jury a, en pleine connaissance de la situation de M. Jaffer, rejeté le témoignage de ce dernier selon lequel il s'est rendu à la chambre d'hôtel uniquement dans l'intention de recueillir de l'information. Lorsqu'il a déclaré M. Jaffer coupable, le jury n'avait aucun doute raisonnable quant au but dans lequel celui-ci avait convenu de la rencontre. Faisant écho à cette conclusion, la juge de la demande a estimé que M. Jaffer avait eu l'intention de convenir d'une transaction visant des services sexuels, même après avoir appris l'âge de la travailleuse du sexe. Aucune erreur n'a été démontrée en ce qui concerne ces conclusions. Monsieur Jaffer n'a pas non plus fourni quelque indication que ce soit que la police « a[vait] employé des moyens qui semblent dépasser l'offre simple d'une occasion » de commettre les infractions (*Mack*, p. 966). Même si la situation subjective de M. Jaffer était prise en compte dans le cadre d'analyse juridique applicable à l'incitation, elle ne pourrait pas influencer le résultat. Je ne saurais retenir ce moyen d'appel. »

⁴⁰⁰ *Ibid.*

⁴⁰¹ Par exemple, sans écarter l'acceptation actuelle de la provocation policière, la Cour suprême pourrait renverser ses précédents et envisager la provocation policière comme une excuse, à l'instar de la contrainte, entre autres. Dans *R c Mack*, supra note 70 aux pp 944 et s, le juge Lamer avait rejeté cette option : « Il faut distinguer entre le genre de pression à laquelle un inculpé est confronté dans un cas de contrainte ou de nécessité et le genre de pression exercée sur l'inculpé par les techniques de provocation policière. [...] Le droit criminel, comme le note le professeur Eric Colvin dans son *Principles of Criminal Law* (1986), a reconnu comme moyen de défense [TRADUCTION] "Seulement les excuses les plus fortes" (à la p. 166). Je suis d'opinion, tout bien pesé, que la provocation policière n'est pas un moyen de défense disculpatoire et je ne vois vraiment rien de fondé dans l'idée que la provocation policière est un moyen justificatif de défense, parce qu'on ne peut dire que la perpétration du crime par l'inculpé en raison de la pression policière n'était pas répréhensible. »

⁴⁰² Je m'inspire du vocabulaire employé par Gilbert Tremblay qui dans *L'avenir*, supra note 147 à la p 142, écrit : « Cette couche superficielle, qui est omniprésente dans le discours juridique, nous l'appellerons ici rhétorique de la liberté. À la façon d'un astronome qui se serait prononcé sur le contenu d'une planète après avoir seulement analysé la matière qui en recouvre la surface, les prophètes scientifiques qui ont pris la rhétorique de la liberté au pied de la lettre et en ont tiré toutes sortes de conséquences quant au fonctionnement de l'imputabilité. Ils ont ainsi succombé à ce qu'on pourrait appeler une interprétation

finalités sécuritaires et préventives du droit criminel qui sont de plus en plus sollicitées. Dans un article portant sur la défense de provocation, le professeur Gilbert Tremblay examine comment la notion de responsabilité en droit criminel est indissociable de « son inscription dans la structure de l'État » :

Ce point, décisif s'il en est, implique que sa signification ne prend pas forme dans le cadre d'un pur raisonnement *in abstracto*, exempt de toute conséquence pratique immédiate, libéré de toute nécessité décisionnelle, soumis à la seule rigueur de la logique et redevable envers le public restreint des seuls théoriciens, mais bien dans le cadre d'une entité socio-politique complexe travaillée par des finalités contradictoires qui occupe un rôle normatif indissoluble dans la vie des sociétés humaines.⁴⁰³

Le raisonnement juridique, avance ainsi le professeur, est prêt à « réduire la portée de certains principes aussitôt que les nécessités supérieures de la sécurité publique et de l'ordre social reviennent à l'avant-plan. »⁴⁰⁴ Ainsi, l'utilisation de critères comme celui de la personne ordinaire contribue au renforcement symbolique de certaines normes et à la diffusion de standards de conduite qui concernent l'ensemble des citoyens⁴⁰⁵. Gilbert Tremblay fait la démonstration convaincante que les moyens de défense qui emploient – en jurisprudence comme en doctrine – une certaine rhétorique de la liberté de choix (nécessité, contrainte, légitime défense) sont en pratique limités par des considérations d'ordre normatif :

[...] le droit peut faire fi des attributs psychologiques personnels des individus lorsqu'il souhaite imposer des standards de conduite et, ce faisant, attribuer la responsabilité criminelle à des personnes qui ont pourtant pu se sentir totalement contraintes d'agir comme elles l'ont fait. Ces différents moyens de défense rappellent, qui plus est, que les frontières de la responsabilité demeurent dans une large mesure le fruit d'une construction sociale, c'est-à-dire le produit d'un consensus évolutif eu égard aux comportements et réactions que chacun est en droit d'attendre d'autrui, et ce, quelles que soient les caractéristiques personnelles qui peuvent rendre le respect de ces attentes extrêmement difficile pour certaines, voire momentanément impossible.⁴⁰⁶

littéraliste de la rhétorique de la liberté, en s'arrêtant aux phrases qui aussi bien dans la doctrine que dans la jurisprudence, pouvaient donner l'impression d'une profession de foi inconditionnelle en faveur du libre arbitre, mais sans chercher à voir si celle-ci s'accompagnait de conséquences réelles dans l'application au jour le jour du concept de responsabilité. » Nous soulignons.

⁴⁰³ Ugo Gilbert Tremblay, « Provocation, colère et contrôle de soi : la « personne ordinaire » est-elle soluble dans les neurosciences ? » (2016) 50:2 Revue juridique Thémis de l'université de Montréal 273 à la p 330 [Gilbert Tremblay, *Provocation*]. Partant, poursuit Gilbert Tremblay, le droit criminel, malgré les développements des neurosciences, soustrait parfois ses anciens concepts, comme le libre arbitre, « aux réquisits de la cohérence conceptuelle ».

⁴⁰⁴ *Ibid* à la p 333.

⁴⁰⁵ *Ibid* à la p 342.

⁴⁰⁶ Gilbert Tremblay, *L'avenir*, *supra* note 147 à la p 208.

Cette fonction normative du droit « le soustrait à la nécessité de rendre justice à chaque nuance du réel. »⁴⁰⁷ Les explications de Gilbert Tremblay peuvent certainement être transposés au droit de la provocation policière, même si le critère de la personne ordinaire est utilisé non pas pour évaluer si un individu avait la *mens rea* propre à un crime donné, mais pour juger de la présence ou de l'absence d'une cocréation étatique du crime. Le fait que le droit se satisfasse de l'état actuel des choses n'est pas étranger à sa fonction normative. L'ouverture du droit à la subjectivité de la personne piégée mènerait certainement à un examen plus précis et juste de la possibilité que l'État ait créé le crime. Si la doctrine de la provocation policière se contente de vérités partielles, c'est peut-être parce que la prévention de la création étatique du crime n'est que sa « couche superficielle ». La recherche de « chaque nuance » de vérité mènerait à une moindre efficacité des opérations policières proactives. Elle imposerait sans contredit des contraintes supplémentaires aux acteurs du système de justice. La fermeture actuelle de la provocation policière à un examen subjectif sert les idéaux du modèle du *crime control* décrit par Packer : l'efficacité prime, au point où le droit accepte – sans trop se poser de questions – la « récolte » industrielle de suspects anonymes attrapés dans des pièges virtuels. Le droit montre ainsi qu'il est d'abord désireux de parvenir à ses fins par le biais de son propre système de vérité⁴⁰⁸, incluant le maintien de l'ordre public et la prévention de la criminalité, aussi difficile à détecter soit-elle.

⁴⁰⁷ *Ibid* à la p 342.

⁴⁰⁸ Lefebvre, *supra* note 307 aux pp 60-61.

2.2. La véritable enquête, un aveuglement face au risque de création étatique du crime

Après avoir discuté du scénario de l'incitation, le deuxième temps de notre analyse critique s'attarde à l'autre scénario de provocation policière accepté par la Cour suprême, celui où les autorités policières « fournissent à une personne l'occasion de commettre une infraction sans pouvoir raisonnablement soupçonner que cette personne est déjà engagée dans une activité criminelle, ni se fonder sur une véritable enquête. »⁴⁰⁹

La présence de motifs objectifs qu'une personne est « déjà engagée » dans une activité criminelle joue un rôle clé dans la légitimation de la doctrine de la provocation policière, une idée que nous défendrons dans la prochaine section tout en émettant qu'elle semble avoir été en bonne partie évacuée par le droit canadien. Pour ce faire, nous proposerons dans les prochaines lignes de prendre un pas de recul en nous intéressant tout d'abord aux origines du standard des soupçons raisonnables de croire, lesquelles s'ancrent dans un désir d'octroyer une flexibilité aux activités policières, ce qui les distingue par le fait même du standard plus contraignant des motifs raisonnables de croire (2.2.1). Puis, nous nous pencherons sur le rôle central que des penseurs de la provocation policière ont attribué à des standards objectifs, comme celui des soupçons raisonnables, dans la quête de prévention de la création étatique du crime. Nous verrons que ce type de garde-fou, bien qu'imparfait, permet de concevoir que l'individu visé par la proactivité policière se destinait déjà vers la commission d'un acte criminel, ce que nous appellerons le principe de déplacement du crime (2.2.2.). Nous nous attarderons ensuite à une description détaillée de l'état actuel du droit canadien en ce qui a trait au scénario qui fait l'objet de cette section (2.2.3). Nous décortiquerons alors les caractéristiques du point de mire de notre critique, le sous-scénario de la « véritable enquête ». Nous verrons que ce celui-ci a été pensé par la Cour suprême comme une « exception » *exceptionnelle* qui, malgré ses défauts, est nécessaire pour des raisons de contrôle effectif du crime. Nous constaterons ensuite que la Cour suprême, par le biais d'un nouveau discours – trompeur à notre avis –, enjolive la véritable enquête en faisant valoir que le standard *légitimant*

⁴⁰⁹ *R c Mack*, *supra* note 70 à la p 964.

des soupçons raisonnables lui est intrinsèque (2.2.4.). Le fruit sera enfin mûr pour montrer comment les réalités de la jurisprudence sur la véritable enquête entrent en collision avec le discours rassurant de la Cour suprême (2.2.5). Nous soutiendrons en définitive que le discours judiciaire a fait revêtir à la véritable enquête les habits du modèle du *due process* alors qu'il n'en est rien; elle illustre plutôt la tolérance de notre droit envers les risques de création étatique du crime au nom de l'efficacité des pratiques policières préventives.

2.2.1. Les soupçons raisonnables : un standard conçu pour garantir l'efficacité des activités policières

Le standard des soupçons raisonnables⁴¹⁰ provient du droit anglais où il a été exigé qu'il soit satisfait – aussi préliminaire soit-il – afin de justifier l'arrestation sans mandat d'un individu⁴¹¹. Au Canada, le critère des soupçons raisonnables fait une apparition dans l'arrêt *Mack* dans le contexte de la provocation policière, mais ce n'est que beaucoup plus tard qu'il sera explicité dans des affaires mettant en opposition les pouvoirs de police et le droit constitutionnel à la protection contre les fouilles, les perquisitions ou les saisies abusives. L'arrêt *Simpson*⁴¹² de la Cour d'appel de l'Ontario marque le point de départ de la « popularisation » de ce standard en droit canadien, lequel sera plus tard adopté par la Cour suprême dans l'arrêt *Mann*⁴¹³. Dans *Simpson*, le juge Doherty explique en quoi la norme des soupçons raisonnables – alors utilisée aux États-Unis sous l'expression des « motifs concrets »⁴¹⁴ – est utile pour établir un équilibre entre la préservation des libertés

⁴¹⁰ Pour les fins de ce texte, nous assimilons le critère « des motifs raisonnables de soupçonner » à l'expression « soupçons raisonnables ». Le critère plus élevé des « motifs raisonnables de croire » sera quant à lui assimilé à l'expression générique des « motifs raisonnables ».

⁴¹¹ Terry Skolnik, « The Suspicious Distinction between Reasonable Suspicion and Reasonable Grounds to Believe » (2016) 47:1 *Ottawa Law Review* 223 à la p 231 [Skolnik, *The Suspicious Distinction*].

⁴¹² *R v Simpson*, (1993) 12 OR (3d) 182 (ONCA).

⁴¹³ *R c Mann*, 2004 CSC 52 au para 27.

⁴¹⁴ Plus tard, dans l'arrêt *Mann*, la Cour suprême trace l'évolution de ce standard américain : « Comme il a été mentionné précédemment, la norme des motifs concrets examinée dans l'arrêt *Simpson* a été empruntée à la jurisprudence américaine sur le Quatrième amendement, en l'occurrence la doctrine de [TRADUCTION] « l'interpellation et de la fouille sommaire », qui tire son origine de l'arrêt *Terry c Ohio*, 392 U.S. 1 (1968). Cette doctrine a été élaborée en tant qu'exception au droit à la protection contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives que garantit le Quatrième amendement, où la détention est considérée comme une « saisie » de la personne. Dans l'arrêt *Terry*, la Cour suprême des États-Unis a jugé qu'un policier peut ainsi se saisir d'un individu lorsqu'il a des motifs raisonnables de soupçonner que ce dernier est soit sur le point de se livrer à une activité criminelle soit en train de le faire, il peut lui poser des questions et il peut procéder à une fouille par palpation sommaire de cet individu pour vérifier s'il a des armes sur lui. Il ressort de la jurisprudence subséquente que les tribunaux doivent tenir compte de

individuelles et l'intérêt de la société à ce que les crimes soient détectés et sanctionnés de façon efficace. Inspiré par l'arrêt *Mack*, le juge Doherty met de l'avant le critère des soupçons raisonnables en tant que justification minimale pour que des policiers détiennent un individu pour fins d'enquête:

I appreciate that *Mack* was not concerned with police conduct which interfered with a discrete constitutionally protected right. It was, however, addressing the same fundamental concern which must be confronted here -- the need to balance society's interest in the detection of crime and the punishment of criminals with society's interest in maintaining the freedom of its individual members. The dangers articulated in *Mack* also exist where the police purport to exercise their coercive powers to detain an individual without the existence of facts which, objectively viewed, support a reasonable suspicion that the detained individual was engaged in criminal conduct.⁴¹⁵

La présence de soupçons raisonnables permet ainsi d'équilibrer l'intérêt social à détecter la criminalité et la liberté des citoyens. Il en va de même pour les cousins des soupçons raisonnables, les motifs raisonnables de croire. La conception des soupçons raisonnables qui a été développée par la Cour suprême du Canada entretient une relation *comparative* avec le standard mieux connu des motifs raisonnables de croire. Ce n'est qu'au début des années 2000 – une époque où le pouvoir judiciaire a été particulièrement appelé à tracer les contours des pouvoirs policiers⁴¹⁶ – que la Cour suprême a établi une distinction claire entre les deux standards.

En prononçant l'arrêt *Mann*, la Cour a rendu la distinction primordiale. Depuis, un policier possédant des motifs raisonnables de *souçonner* qu'un individu est impliqué dans une

l'ensemble des circonstances pour décider s'il y a suffisamment de soupçons précis et raisonnables de l'existence d'une activité criminelle pour justifier la saisie (voir *United States c Cortez*, 449 U.S. 411 [1981]).
32 La jurisprudence américaine a évolué de façon considérable depuis l'arrêt Terry. Dans *Adams c. Williams*, 407 U.S. 143 (1972), la cour a élargi le pouvoir des policiers, le rendant applicable non plus seulement aux infractions de violence imminentes mais également aux infractions de possession signalées par des indicateurs fiables. En 1980, dans l'arrêt *United States c Mendenhall*, 446 U.S. 544 (1980), la Cour suprême des États-Unis a élaboré une règle fondée sur l'absence de saisie qui permet de détenir brièvement des personnes qui ne font par ailleurs pas l'objet de soupçons raisonnables. Cinq ans plus tard, dans l'arrêt *United States c. Hensley*, 469 U.S. 221 (1985), la Cour suprême des États-Unis a élargi la portée des arrêts Terry et Adams, afin de permettre la détention et l'interrogatoire des personnes soupçonnées d'être impliquées dans des infractions majeures complétées, lorsque les soupçons reposent sur des faits précis et concrets, au motif qu'il est dans l'intérêt général que la police enquête sur les crimes et veille à la protection du public. » *R c Mann*, *supra* note 413 au para 31.

⁴¹⁵ *R v Simpson*, *supra* note 412.

⁴¹⁶ Voir James Stribopoulos, « In Search of Dialogue: The Supreme Court, Police Powers and the Charter » (2005) 31:1 Queen's Law Journal 1.

activité criminelle peut légalement le détenir pour des fins d'enquête⁴¹⁷. Comme l'écrit Skolnik, la reconnaissance du standard des soupçons raisonnables a entraîné son lot de difficultés : « Although a line between reasonable suspicion and belief had been drawn following the Court's decision in *Mann*, it remained unclear what the distinctions between the two standards were. »⁴¹⁸

Dans l'arrêt *Kang-Brown*, la Cour suprême a voulu clarifier la teneur et la portée du standard des soupçons raisonnables. Elle n'a pu pour ce faire que les classer à mi-chemin entre de simples soupçons et des motifs raisonnables de croire qu'un accusé s'adonne à une activité criminelle : les « soupçons » sont une impression que l'individu ciblé se livre à une activité criminelle. Les soupçons « raisonnables » sont plus que de simples soupçons, mais ils ne correspondent pas à une croyance fondée sur des motifs raisonnables et probables⁴¹⁹.

À l'instar du standard plus élevé des motifs raisonnables, les soupçons raisonnables exigent la présence de motifs *objectifs* « concrets » afin que le juge soit en mesure d'apprécier indépendamment les faits sur lesquels lesdits soupçons reposent⁴²⁰. Ce qui distingue toutefois les deux standards est le degré de probabilité que l'on peut tirer de l'analyse de ces faits. Cette explication, sur laquelle s'appuient les motifs du juge Binnie dans *Kang-Brown*⁴²¹, a été donnée par les auteurs Perreault et Sankoff :

[T]he fundamental distinction between mere suspicion and reasonable suspicion lies in the fact that in the latter case, a sincerely held subjective belief is insufficient. Instead [...] the suspicion must be supported by factual elements which can be adduced in evidence and permit an independent judicial assessment [...] What distinguishes "reasonable suspicion" from the higher standard of "reasonable and probable grounds" is merely the degree of probability demonstrating that a person is involved in criminal activity, not the existence of objectively ascertainable facts which, in both cases, must exist.⁴²²

⁴¹⁷ *R c Mann*, supra note 413.

⁴¹⁸ Skolnik, *The Suspicious Distinction*, supra note 411 à la p 234.

⁴¹⁹ *R c Kang-Brown*, 2008 CSC 18 au para 75.

⁴²⁰ *R c Mann*, supra note 413 au para 77.

⁴²¹ *R c Kang-Brown*, supra note 419 au para 75.

⁴²² Peter Sankoff et Stéphane Perrault, « Suspicious Searches : What's so Reasonable About Them? » (1999) 24 *Criminal Reports* 23.

Un élément important est à retenir de *Kang-Brown* : la majorité de la Cour a expressément rejeté, contrairement au juge dissident Bastarache, que des « soupçons généraux » puissent avoir une place dans l'édifice juridique relatif à l'article 8 de la *Charte*⁴²³. Le juge Bastarache était au contraire d'avis que, puisque les policiers avaient mis en place une opération policière dans une gare « à la suite de craintes que de la drogue se trouve »⁴²⁴, il était « approprié d'effectuer une fouille à l'aide d'un chien renifleur sur la foi de soupçons généraux. »⁴²⁵ Comme le remarque le professeur Tanovich, ces soupçons associés à un lieu – acceptés par le juge Bastarache comme fondement au droit d'agir de la police et rejetés par la majorité des juges dans *Kang-Brown*, car trop « généraux » – sont en tout point similaires au critère de la véritable enquête⁴²⁶.

En 2013, dans l'arrêt *Chehil*⁴²⁷, la juge Karakatsanis, au nom d'une Cour unanime, a confirmé que les « soupçons raisonnables » s'entendent de soupçons précis : des soupçons généraux ne suffisent pas, car autrement le pouvoir judiciaire ne peut s'assurer que l'État ne procède pas à des « fouilles aveugles et discriminatoires. »⁴²⁸ De plus, la Cour a réitéré que, bien que les motifs et les soupçons raisonnables soient deux standards semblables (dans la mesure où ils doivent reposer sur des faits objectifs), les

⁴²³ *R c Kang-Brown*, *supra* note 419 aux paras 68-74. Plus particulièrement, voir les extraits des paras 73-74 : « À mon avis, rien de tout cela ne fournit un fondement juridique au critère des "soupçons généraux". Cela ne signifie pas que les chiens renifleurs ne peuvent jamais être utilisés dans le cas où, par exemple, les policiers ont la preuve qu'un crime a vraiment été commis et ont des soupçons raisonnables concernant un ou plusieurs membres d'un groupe de personnes étroitement liées au crime (comme dans les affaires *Clayton et Mann*), mais où ils ne sont pas en mesure d'identifier le coupable parmi eux. Or, en l'espèce, les policiers n'avaient aucune preuve qu'un crime quelconque avait été commis. [...] Si, à l'avenir, le législateur devait conclure que le problème des drogues illégales dans notre pays a pris une telle ampleur qu'il est dans l'intérêt public général d'effectuer des fouilles à l'aide de chiens policiers sur la foi de « soupçons généraux », le gouvernement pourra alors tenter de démontrer, au regard de l'article premier, que ces fouilles sont justifiées en tant que « limite raisonnable » au droit constitutionnel des voyageurs de se déplacer comme ils l'entendent. Il va sans dire que la situation serait alors différente et qu'il faudrait examiner la validité d'une telle loi si elle était contestée. Un tel changement n'est pas quelque chose que notre Cour devrait envisager. Il ne serait pas progressif. Il serait radical. »

⁴²⁴ *Ibid* au para 251.

⁴²⁵ *Ibid*.

⁴²⁶ David M Tanovich, « Rethinking the Bona Fides of Entrapment », (2011) 43 *University of British Columbia Law Review* 417 à la p 443 : « This is, in general terms, the bona fide test for entrapment. While it is true that a sniffer-dog search is more intrusive of privacy than an opportunity buy, the latter is not far removed from the dog-sniffer context. Indeed, when one factors in liberty, equality, and privacy interests implicated by entrapment, there is little difference between the two intrusions. What is significant about *Kang-Brown* is that Justice Bastarache was alone in extending reasonable suspicion to the location. Four justices held that individualized suspicion was required for use of a sniffer dog. »

⁴²⁷ *R c Chehil*, 2013 CSC 49.

⁴²⁸ *Ibid* au para 30.

soupçons « constituent une norme moins rigoureuse, puisqu'ils évoquent la possibilité — plutôt que la probabilité — raisonnable d'un crime. »⁴²⁹ Pour acquérir la conviction d'être en présence de faits objectifs révélant la possibilité d'un comportement criminel, l'appréciation de l'agent de l'État doit prendre en compte l'ensemble des circonstances⁴³⁰.

Plus récemment, dans l'arrêt *Stairs*⁴³¹, la Cour suprême devait se pencher sur la légalité d'une fouille accessoire à une arrestation dans une maison d'habitation. Dans ce contexte, la Cour a présenté la norme des soupçons raisonnables en tant que juste compromis entre le respect de la vie privée des gens et la nécessité que les policiers soient « habilités à réagir avec rapidité, efficacité et souplesse aux diverses situations qu'ils rencontrent quotidiennement aux premières lignes du maintien de l'ordre »⁴³² Il s'agit donc d'un standard peu onéreux dont la fonction s'inscrit dans les visées préventives du droit criminel. En effet, comme le remarquent Ashworth et Zedner, les pouvoirs associés à ce standard, dont la détention pour fins d'enquête, trouvent leur justification, « ultimately and in general, in the prevention of harm. It is accepted that states have the obligation to put in place laws and enforcement machinery to fulfil this preventive function. Equally, it is accepted that individual have certain rights, due to them as responsible agents. »⁴³³ Retenons de cet aperçu que les soupçons raisonnables constituent un standard minimal qui s'inscrit dans la gamme d'outils accordés par le droit jurisprudentiel à l'institution policière pour remplir ses fonctions préventives. Voyons maintenant comment ce standard qui, malgré sa permissivité, oblige les forces de l'ordre à avoir des motifs objectifs, peut être vu comme une condition essentielle à la capacité de l'État de donner l'occasion à autrui de commettre un crime.

2.2.2. Le principe de déplacement

Dans le champ criminologique, Felson et Clarke sont connus pour avoir initié le courant d'étude sur le caractère criminogène du fait de faire face à des occasions (nous utilisons

⁴²⁹ *Ibid* au para 27.

⁴³⁰ *Ibid* au para 29.

⁴³¹ *R c Stairs*, 2022 CSC 11.

⁴³² Soulignements ajoutés. *Ibid* au para 74, citant *R c Mann*, *supra* note 413 au para 16.

⁴³³ Ashworth et Zedner, *Preventive Justice*, *supra* note 67 à la p 72.

aussi l'anglicisme opportunité) de commettre des crimes⁴³⁴. Ronald Clarke résume ainsi les conclusions ayant émergées de la recherche relative au lien entre la présence d'opportunités et la probabilité de matérialisation du crime :

1. Criminally-disposed people will commit more crimes if they encounter more criminal opportunities.
2. Regularly encountering such opportunities can lead these people to seek even more opportunities.
3. At the point of deciding to commit a crime, opportunity plays a more important role than dispositions.
4. The existence of easy opportunities for crime enables some people to lead a life of crime.
5. People without pre-existing dispositions can be drawn into criminal behaviour by a proliferation of criminal opportunities, and generally law-abiding people can be drawn into committing specific forms of crime if they regularly encounter easy opportunities for these crimes, especially in their occupations.
6. The more opportunities for crime that exist, the more crime there will be.
7. Reducing opportunities for specific forms of crime will reduce the overall amount of crime.⁴³⁵

L'aperçu de ces conclusions, bien que présentées sommairement, suffit pour comprendre qu'une opportunité de commettre un crime ne peut être traitée avec légèreté par le droit; la présence d'opportunités criminelles favorise le passage à l'acte. Lorsqu'un individu choisi au hasard se fait donner une opportunité par la police, on ne peut affirmer que *cette* occasion aurait été donnée à *ce* individu un jour ou l'autre de son existence. Nous n'en savons rien et nous n'en saurons rien. Comment donc atténuer le danger que l'État crée le crime en présentant des opportunités à quiconque? Plusieurs auteurs ont répondu à cette question en misant sur l'assurance offerte par la présence de motifs objectifs de croire qu'une personne participe à une infraction criminelle. Ces motifs objectifs ont été envisagés comme un contrepois suffisant permettant de *diminuer* les risques qu'un individu succombe à une tentation à laquelle il n'aurait pas succombé sans l'intervention de l'État, la crainte au cœur de la provocation policière. Le premier à avoir identifié ce contrepois est Gerald Dworkin. Dans son texte incontournable, il suggère que d'offrir

⁴³⁴ Marcus Felson et Ronald V Clarke, *Opportunity Makes the Thief: Practical Theory for Crime Prevention*, Barry Webb, Police Research Series 98, Londres, 1998.

⁴³⁵ Ronald V Clarke, « Opportunity Makes the Thief. Really? And So What? » (2012) 1:1 Crime Science 3.

l'opportunité de commettre un crime en l'absence de quelconque raison de croire que la cible est déjà engagée dans une conduite criminelle revient à être un testeur de vertu et non un « détecteur » de crime, le rôle qui, selon sa conception d'un système de justice criminelle juste, échoit à la police⁴³⁶. Il écrit :

As a way on insuring against such testing of virtue I suggest that whenever the action of creating an intent to commit a criminal act would render a private citizen liable to criminal charges as accessory or co-conspirator, public officials should be allowed to perform such acts as would create such an intent only if they have probable cause to suppose that the individuals approached are already engaged or are intending to engage in activity of a similar nature. If they offer to buy contraband from specific individuals they should have probable cause to believe those individuals are already engaged in such transactions.⁴³⁷

Commentant ce passage, Ho explique que, pour des auteurs comme Dworkin, la présence de motifs objectifs qu'une personne est déjà impliquée dans une activité criminelle « minimises the risk of an actual entrapment, that is, the risk of causing the target to commit a type of crime from which the person would otherwise have stayed away. »⁴³⁸ C'est donc dire que l'objection de l'incohérence perd de sa force lorsque l'on peut concevoir que l'État ne fait qu'attraper un criminel en puissance, comme l'expliquent Ormerod et Roberts :

Moral objection falls away if those who are the subject of suggestions or encouragement from law enforcement agencies are at the time, already engaged in a criminal act, or a course of that type of criminal conduct. Had that individual not responded to the police approach he would almost certainly have responded to or sought out another opportunity, and probably others subsequently. In such circumstances it is acceptable to invite someone to do the act that one is trying to discourage.⁴³⁹

Les auteurs cités font ici écho au fait que l'activité policière ne fait que hâter la commission d'une infraction destinée à être commise. En ce sens, entretenir des soupçons raisonnables favorise la probabilité que l'État ne fasse que *déplacer* le moment où le crime enquêté se produit. Une sorte de fatalisme s'impose dès lors à l'égard des personnes ciblées : « I contend that some forms of pro-active policing seek merely to change the

⁴³⁶ Dworkin, *supra* note 47 à la p 33.

⁴³⁷ *Ibid.*

⁴³⁸ Hock Lai Ho, *supra* note 76 à la p 78.

⁴³⁹ Ormerod et Roberts, *supra* note 282 à la p 48.

timing and location of crimes that we have good reason to believe would have eventually occurred in the absence of official enticements to commit them. »⁴⁴⁰ C'est par ailleurs en cela que les méthodes policières proactives sont pertinentes; elles permettent d'empêcher que le préjudice lié à la criminalité invisible ne se matérialise et donc, comme le relate Hallard, de prévenir la criminalité :

On peut dès lors imaginer qu'à partir du moment où les policiers auront prouvé de manière suffisamment convaincante cette intention, ils devraient être autorisés à agir, la provocation jouant alors pleinement son rôle préventif ou, plus que préventif, son rôle de *déviatio*n, aiguillant le délinquant en puissance vers la commission d'une infraction qui ne produira pas ses effets indésirables, car elle sera anticipée par la police qui pourra immédiatement après y mettre fin. Agissant dans ces conditions, le comportement des policiers sera conforme à l'objectif d'efficacité mentionné plus haut, selon lequel une provocation devrait être admise si, à moyens constants, elle permet de réduire la criminalité.⁴⁴¹

Fait intéressant à noter, la Cour européenne des droits de l'Homme a adopté au fil de sa jurisprudence une approche stricte qui insiste en tout temps sur l'importance que les policiers aient des motifs objectifs individualisés avant de proposer la commission d'un crime : « The European Court's approach is noteworthy in its apparent rejection of both active stings, at least without judicial authorization, and of targeting locations as a legitimate alternative to individualized suspicion. »⁴⁴²

Soyons conscients de l'imperfection de l'assurance offerte par le principe. Il est possible que les motifs objectifs sur lesquels s'appuient les policiers soient raisonnables, mais erronés. C'est un risque existant qui, argue Ho, est à même de rendre ineffective la garantie du principe de déplacement⁴⁴³. Cela est d'autant plus vrai lorsque les motifs

⁴⁴⁰ Lippke écrit : « I contend that some forms of pro-active policing seek merely to change the timing and location of crimes that we have good reason to believe would have eventually occurred in the absence of official enticements to commit them. » Richard L Lippke, « A Limited Defense of What Some Will Regard as Entrapment » (2017) 23:4 Legal Theory 283 à la p 284.

⁴⁴¹ Guillaume Halard, « Réflexions sur la provocation policière » (2018) 1:1 Revue de science criminelle et de droit pénal comparé 31 au para 41.

⁴⁴² Kent Roach, « Entrapment and Equality in Terrorism Prosecutions: A Comparative Examination of North American and European Approaches » (2011) 80:4 Mississippi Law Journal 1455 à la p 1467 [*Entrapment and Equality*].

⁴⁴³ Ho nous met en garde contre ce standard faillible : « The existence of 'probable cause' or reasonable suspicion matters presumably because it minimises the risk of an actual entrapment, that is, the risk of causing the target to commit a type of crime from which the person would otherwise have stayed away. Our objection to the general practice of virtue testing is largely driven by our worry about this risk materialising. But the existence of reasonable suspicion does not eliminate this risk. The information on which the suspicion rests may be false. In the event that the target was actually entrapped, the moral standing of the state to prosecute and convict the person is problematic. It is no answer that the police were reasonable

objectifs sont exprimés à travers le standard des soupçons raisonnables, lesquels constituent une norme minimale dépassant de peu les soupçons intuitifs qu'un policier peut entretenir à propos d'un individu.

Cela étant dit, nous pouvons retenir de cet exposé que la nécessité d'avoir des motifs objectifs, qui peuvent être examinés *ex post facto* par une cour de justice, est envisagée par la doctrine comme un seuil minimal en deçà duquel l'État ne devrait pas pouvoir offrir à ses citoyens des opportunités de commettre un crime. Sans cette garantie, il n'existe pas de fondements factuels qui permettent d'écarter la prétention que l'État a cocréé le crime; c'est le mystère qui prédomine et, avec lui, les risques de création étatique du crime. Des articles savants influents comme celui de Gerald Dworkin défendaient déjà cette idée avant la publication des motifs de l'arrêt *Mack*⁴⁴⁴. Il nous paraît fort probable que le juge Lamer l'ait considérée en rédigeant *Mack*, ce qui expliquerait la consécration de ce standard des soupçons raisonnables, jusqu'alors peu connu en droit canadien. Or, malgré l'importance accordée aux soupçons raisonnables, l'arrêt *Mack* intègre aussi au droit canadien une exception à la nécessité d'avoir des soupçons raisonnables avant d'offrir l'opportunité de commettre un crime, soit l'existence d'une véritable enquête. Cette exception s'avère en fait une voie privilégiée par les forces policières pour donner l'occasion à des individus de commettre un crime⁴⁴⁵. Avant d'aller trop loin, assurons-nous de bien saisir les spécificités du cadre d'analyse imposé par la Cour suprême.

2.2.3. Le scénario des soupçons raisonnables ou de la véritable enquête dans le cadre d'analyse canadien

Il est utile de décrire le deuxième scénario envisagé par la doctrine de provocation policière qui comporte à vrai dire deux sous-scénarios ou sous-volets. Le premier sous-scénario, dont nous venons de traiter des fondements justificatifs, est celui des soupçons raisonnables. Élaboré dans l'arrêt *Mack* – mais inspiré par le commentaire du juge

(although, as it turned out, wrong) in their suspicion that the target was already engaged or had intended to engage in the relevant criminal activity. » Hock Lai Ho, *supra* note 76 à la p 78.

⁴⁴⁴ En effet, l'article de référence de Dworkin date de 1985 alors que les motifs de l'arrêt *Mack* ont été déposés en 1989 : Dworkin, *supra* note 47; *R c Mack*, *supra* note 70.

⁴⁴⁵ *Infra* aux pp 109-110.

dissident Estey dans *Amato*⁴⁴⁶ – ce sous-scénario veut que l’absence de soupçons raisonnables ouvre la porte à la provocation policière pour deux raisons : « [...] elle peut indiquer que les policiers cherchent à éprouver la vertu des gens en général ou, pire, qu’ils procèdent de la sorte pour des motifs douteux sans lien avec l’investigation et la répression des crimes et sont à ce titre "de mauvaise foi". »⁴⁴⁷ Sans cautionner une investigation de la prédisposition de l’individu visé, l’élaboration du critère des soupçons raisonnables fait en sorte que la conduite criminelle passée d’un individu peut être pertinente dans la mesure où « [...] elle peut être reliée à de nombreux autres facteurs amenant les policiers à avoir un soupçon raisonnable que l’individu était engagé dans une activité criminelle. »⁴⁴⁸ Les soupçons raisonnables, dit le juge Lamer, doivent, s’ils découlent de la conduite de l’individu, ne pas être trop éloignés dans le temps⁴⁴⁹. Ce sous-scénario n’est pas l’objet d’une controverse et il n’est pas non plus l’objet de notre analyse critique. Il incarne l’expression juridique du principe de déplacement tel que compris par la Cour suprême du Canada. Concentrons plutôt nos efforts vers le sous-scénario qui, au contraire, attise notre méfiance, celui de la véritable enquête.

Le concept de « véritable enquête » naît de la constatation par la Cour suprême que, parfois, la police ne connaît pas l’identité précise d’individus, mais sait qu’un lieu particulier est le théâtre d’activités illicites⁴⁵⁰. Dans ce cas, indique le plus haut tribunal, « [...] il est tout à fait permis de fournir des occasions à ceux qui sont associés aux lieux suspectés même si ces gens ne sont pas eux-mêmes soupçonnés. »⁴⁵¹ Cette situation ne peut être acceptable que si la police s’adonne à une véritable enquête et ne cherche pas à éprouver la vertu des gens⁴⁵². La véritable enquête se veut donc une exception au sous-scénario des soupçons raisonnables. Elle est certes utile pour les policiers, car s’ils

⁴⁴⁶ *Amato c. La Reine*, *supra* note 134 à la p 446. Le juge Estey soulignait l’importance de considérer si les policiers pouvaient « [...] raisonnablement soupçonner que l’accusé commettrait l’infraction sans incitation. »

⁴⁴⁷ *R c Mack*, *supra* note 70 à la p 956.

⁴⁴⁸ *Ibid* à la p 958.

⁴⁴⁹ *Ibid*.

⁴⁵⁰ *Ibid* à la p 956.

⁴⁵¹ *Ibid*.

⁴⁵² *Ibid*.

identifient correctement un lieu comme étant criminel, ils peuvent donner à quiconque s'y trouvant une occasion de commettre une infraction. Le prochain passage de l'arrêt *Mack* est remarquable, car la Cour suprême constate le caractère « malheureux » de la permission qu'elle accorde ce faisant aux forces de l'ordre :

Quoique, au cours d'une telle opération, donner par hasard une occasion à des gens de commettre un crime risque malheureusement d'amener à le faire quelqu'un qui n'aurait autrement pas eu de conduite criminelle, ceci est inévitable si nous devons donner à nos policiers les moyens de faire face au crime organisé, comme le trafic de stupéfiants et certaines formes de prostitution pour ne nommer que ces deux-là.⁴⁵³

La Cour suprême introduit donc le sous-scénario de la véritable enquête comme un mal nécessaire. Elle n'approfondit pas davantage la nécessité pour les forces de l'ordre de bénéficier d'une telle exception ni ne s'appuie sur de quelconques études ou chiffres avancés par les parties. À la défense de la Cour suprême, la véritable enquête voit le jour comme un objet théorique qui ne se matérialisera que rarement, mais qu'il convient tout de même de prévoir pour rendre la doctrine de la provocation policière « cohérente ». En effet, le juge Lamer écrit :

Par contre, considérons la situation où la police a reçu plusieurs plaintes de vol de sacs à main, par exemple, dans une gare routière. Si, au cours d'une véritable enquête, la police place un sac à main en évidence dans la gare routière et arrête et accuse la personne qui prend le sac, j'estime qu'il n'y aurait pas alors une provocation policière. Bien que la seconde de ces situations se soit effectivement produite aux États-Unis, **rien n'indique** que la police dans notre pays se livre à ce genre d'activité et **je doute que les affaires de provocation policière dans notre pays soulèvent des allégations de ce type**. Je le souligne parce que je pense que ces exemples **extrêmes et improbables** illustrent que, très fondamentalement, nous ne nous attendons pas à avoir affaire à la police à moins d'avoir fait quelque chose pour déclencher ses soupçons ou à moins que nous soyons proches ou impliqués dans une véritable enquête sur des activités criminelles. De plus, je pense que ce genre de situation doit être envisagée, ne serait-ce que pour assurer la cohésion interne de la structure de la doctrine de la provocation policière.⁴⁵⁴

Cette prédiction s'est révélée fautive. Le professeur Penney a montré au contraire que la jurisprudence publiée révèle que les allégations de provocation policière basées sur

⁴⁵³ *Ibid.*

⁴⁵⁴ Caractères gras ajoutés. *Ibid* à la p 967.

l'absence de véritable enquête sont loin d'être anecdotiques et sont même celles qui ont le plus de succès devant les tribunaux⁴⁵⁵. D'ailleurs, seulement trois ans après l'arrêt *Mack*, la véritable enquête a été abordée à nouveau par la Cour suprême. Dans l'affaire *Barnes*, la police de Vancouver a mis au point une opération où des policiers essayaient d'acheter des drogues à des individus déambulant dans la rue qu'ils croyaient être des trafiquants⁴⁵⁶. La police conduisait son enquête au sein du Granville Mall, un secteur de six pâtés de maisons au cœur de Vancouver⁴⁵⁷. L'accusé, outre son style « débraillé », n'a attiré aucun soupçon particulier de la part des policiers menant l'opération. Barnes a toutefois été identifié sur la base du notoire instinct policier de l'agente de la paix concernée :

J'avais un pressentiment, a-t-elle dit, ils correspondaient à mes critères généraux. Je cherchais des individus de sexe masculin en train de rôder, l'air débraillé, qui portent des jeans, une veste en jean ou en cuir, des tennis ou des bottes noires, et qui ont tendance à dévisager les gens.⁴⁵⁸

Après avoir été repéré par ces critères d'un arbitraire répulsif, Barnes a été interpellé par la policière, qui lui a demandé s'il avait de l'herbe. Après avoir répondu deux fois à la demande par la négative, il a finalement succombé à son insistance et lui a vendu de la résine de cannabis d'une valeur de quinze dollars⁴⁵⁹. Il a été arrêté. Le juge de première instance, s'appuyant sur les enseignements de *Mack*, a conclu que la policière avait cherché à « tester la vertu » de Barnes, ce que la Cour d'appel de la Colombie-Britannique

⁴⁵⁵ Penney, *supra* note 278 aux pp 368-369 : « What is surprising, however, is the relative success of Entrapment 1 claims. In *Mack*, Lamer J intimated that they would be marginal. There is no evidence, he asserted, that police engage in the kind of random virtue testing occurring in the “wallet in the park” hypothetical. Requiring reasonable suspicion or a bona fide inquiry would not be unduly burdensome on police, he reasoned, as police are unlikely to “waste valuable resources attempting to attract unknown individuals into the commission of offences”. “[T]his type of situation must be considered,” he concluded, “if only to ensure that the structure of the doctrine of entrapment is internally coherent”. He accordingly devoted most of his attention to the meaning of inducement under Entrapment 2, which as mentioned had hitherto been the defence’s exclusive concern. This approach continued in *Barnes*, where eight of nine judges rejected McLachlin J’s reformulation of bona fide inquiry and gave police latitude to randomly opportune in large geographic areas. As it turns out, however, successful Entrapment 1 claims are more common than successful Entrapment 2 claims. Of the 44 cases resulting in a stay, Entrapment 1 was found in 37 (84%). Entrapment 2, in contrast, was found less than half as often (16 cases; 36%) ».

⁴⁵⁶ *R c Barnes*, *supra* note 3.

⁴⁵⁷ *Ibid* à la p 456.

⁴⁵⁸ *Ibid*.

⁴⁵⁹ *Ibid*.

a infirmé⁴⁶⁰. En Cour suprême, la décision, dont les motifs majoritaires sont également rédigés par le juge Lamer (la juge McLachlin étant dissidente et la juge L'Heureux-Dubé également, mais sur un autre point), a été l'occasion de préciser le critère de la véritable enquête.

Le juge Lamer a d'abord clarifié dans son analyse qu'il était manifeste que la policière avait agi sans soupçons raisonnables, mais sur la base d'une intuition, ce qui ne satisfait pas le critère du premier sous-volet⁴⁶¹. Cependant, il n'y avait pas en l'espèce de provocation policière, car la policière s'est engagée dans une véritable enquête⁴⁶², une conclusion subordonnée par deux précisions apportées par la Cour.

Premièrement, le juge Lamer raffine ce qui a été énoncé dans *Mack* en stipulant qu'une véritable enquête en est une qui est motivée par l'objectif réel d'enquêter et de réprimer des activités criminelles⁴⁶³. Cela fait en sorte que, dans les faits concernant Barnes, la policière n'a pas abordé l'accusé pour des motifs qui sont « contestables », c'est-à-dire qui n'ont pas de lien avec l'investigation et la répression de la criminalité⁴⁶⁴.

Deuxièmement, le lieu d'une véritable enquête doit être « défini avec suffisamment de précision. »⁴⁶⁵ En l'espèce, le Granville Mall, malgré son importante superficie, est un lieu assez précis où l'on peut raisonnablement soupçonner que se déroulaient des activités criminelles. Bien que l'activité criminelle se concentrait dans certains secteurs, la majorité de la Cour suprême argue qu'il importe de donner une importante marge de manœuvre aux forces de l'ordre : « Il serait irréaliste que les policiers concentrent leur enquête en un seul endroit particulier de la rue piétonnière étant donné la tendance des trafiquants de modifier leurs techniques en réponse aux enquêtes policières. »⁴⁶⁶ La Cour ajoute que, pour déterminer si une personne est associée à un secteur en particulier, il suffit qu'elle y

⁴⁶⁰ *Ibid* à la p 457.

⁴⁶¹ *Ibid* à la p 460.

⁴⁶² *Ibid*.

⁴⁶³ *Ibid*.

⁴⁶⁴ *Ibid* à la p 461.

⁴⁶⁵ *Ibid* à la p 463.

⁴⁶⁶ *Ibid* à la p 461. D'ailleurs, à la p 462, la Cour partage des statistiques de la police vancouveroise qui montrent qu'en 1988 plus de vingt-deux pourcent des accusations liées à la drogue étaient survenus dans le secteur de Granville Mall et que près de 315 arrestations ont eu lieu à la suite d'opération du type pour lequel M. Barnes a succombé.

soit présente⁴⁶⁷. Ainsi, l'argument de l'appelant selon lequel la policière a testé au hasard sa vertu bien qu'elle ait agi dans le cadre d'une véritable enquête a été rejeté.

Il importe de s'arrêter ici et de saisir que la majorité de la Cour suprême justifie l'existence de la véritable enquête de manière assez crue; il s'agit de reconnaître le pouvoir policier d'aborder quiconque se trouve dans un endroit où l'on croit que des crimes se produisent. Ce pouvoir est simplement jugé nécessaire pour la répression efficace du crime, sans plus d'explications. Tout le discours de la majorité est teinté par un souci; la peur d'imposer des conditions trop restrictives à la police et, conséquemment, lui mettre des bâtons dans les roues. La question de la création étatique du crime est complètement absente. Qui plus est, jamais n'est-il question de la recherche d'un « juste milieu » entre les divers intérêts des citoyens et l'intérêt social propre à la lutte contre la criminalité.

Dans *Barnes*, la juge McLachlin a signé une dissidence critique à l'égard de la permissivité du critère de la véritable enquête et il convient de s'y attarder. La magistrate, bien qu'elle accepte le cadre d'analyse établi dans *Mack*, est d'avis que l'application de la doctrine de la provocation policière proposée par le juge Lamer « [...] ne permet pas ou presque pas de tenir compte de l'intérêt de l'individu à être laissé tranquille. »⁴⁶⁸ La véritable enquête, ajoute la juge, est si large qu'elle « permettrait à la police d'étendre l'opération qu'elle a menée dans Granville Mall à toute la ville de Vancouver s'il était possible de trouver des statistiques indiquant qu'il se commet des infractions relatives aux drogues dans tout Vancouver. »⁴⁶⁹ La juge McLachlin suggère dès lors l'ajout de critères permettant d'apprécier les atteintes aux intérêts en jeu⁴⁷⁰, sous-entendant par le fait même que le but de la doctrine de la provocation policière est moins d'éviter la création étatique du crime que d'établir un équilibre entre des intérêts divergents : « En fin de compte, il s'agit de se demander si l'interception qui s'est produite à l'endroit précis en cause était raisonnable

⁴⁶⁷ *Ibid* à la p 462.

⁴⁶⁸ *Ibid* à la p 482.

⁴⁶⁹ *Ibid* à la p 482.

⁴⁷⁰ *Ibid* aux pp 482-483 : « Je conclus que, pour décider si les policiers menaient une véritable enquête au sens de l'arrêt *Mack*, la Cour doit tenir compte non seulement du but poursuivi par la police et de ce qu'il y a ou non une activité criminelle dans le secteur, mais aussi d'autres facteurs utiles pour déterminer l'équilibre, comme la probabilité que des infractions soient commises à l'endroit particulier visé, la gravité de l'infraction en cause, le nombre de personnes et d'activités légitimes qui peuvent être touchées et l'existence de techniques d'enquête moins envahissantes ».

eu égard aux intérêts opposés, celui des particuliers d'être laissés tranquilles, d'une part, et celui de l'État de combattre la criminalité, d'autre part. »⁴⁷¹ Pour la suite des choses, nous nous référerons à l'acception de la juge McLachlin comme la conception dualiste de la véritable enquête, car elle repose sur la recherche d'un équilibre entre deux finalités irréductibles et indépendantes, comme nous venons de le voir. Notons que, à l'instar de la posture de la majorité, la vision dualiste de la véritable enquête fait fi du principe de déplacement et, en conséquence, s'écarte du problème historique de la création étatique du crime.

Cela étant dit, la crainte avant-gardiste de la juge McLachlin face aux dérives auxquelles pouvait mener le laxisme du sous-volet de la véritable enquête ne manquera pas d'influencer les juges dans les arrêts récents *Ahmad*⁴⁷² et *Ramelson*. Dans la prochaine section, nous observerons comment les développements jurisprudentiels récents ont toutefois occulté les défis posés par la flexibilité de la véritable enquête en distordant ses fondements et sa fonction, et ce, comme si tout allait pour le mieux dans le meilleur des mondes.

2.2.4. La nouvelle légitimation de la véritable enquête, ou la banalisation du principe de déplacement

Depuis le dépôt des motifs de l'arrêt *Barnes*, en 1991, le droit de la provocation policière canadien a connu un état de stagnation. Ces dernières années, la Cour suprême a, pour l'une des premières fois en près de trois décennies, eu deux occasions de rouvrir le « dossier » de la doctrine de la provocation policière dans les affaires *Ahmad* et *Ramelson*. Sans y apporter de modifications substantielles, la plus haute Cour a profité de ces pourvois pour réaffirmer le bien-fondé du cadre d'analyse adopté aux tournants des années 90, et plus particulièrement de la véritable enquête. La Cour a rejustifié la pertinence et la légitimité de ce sous-scénario en s'inspirant de la vision dualiste de la juge McLachlin. La tâche n'était pas simple, car pendant ces trente années avait eu lieu un développement important de la jurisprudence portant sur les soupçons raisonnables

⁴⁷¹ *Ibid.*

⁴⁷² *R c Ahmad*, *supra* note 262.

dans le contexte de l'interaction entre les pouvoirs policiers et les protections constitutionnelles accordées par la *Charte*. Pensons tout particulièrement au rejet, dans l'arrêt *Kang-Brown*, de la possibilité de justifier une fouille sur le fondement de soupçons « raisonnables » à l'égard d'un lieu, puisqu'il s'agit en fait soupçons généraux non individualisés, comme nous en avons discuté dans la section 2.2.1.⁴⁷³.

Dans les prochaines lignes, nous soutiendrons que, en adoptant la posture dualiste de la véritable enquête dans l'arrêt *Ahmad*, la Cour suprême a consacré en droit canadien une forme de complaisance à l'égard du problème de la création étatique du crime. Pour ce faire, nous démontrerons d'abord que le nouveau discours entourant la véritable enquête repose sur une incompréhension de l'utilité des soupçons raisonnables en matière de provocation policière (2.2.4.1). Nous examinerons ensuite (2.2.4.2.) comment cette confusion permet à la Cour suprême d'octroyer à la véritable enquête une nouvelle légitimité qui est d'une part en porte-à-faux avec les premiers arrêts sur la provocation policière et, d'autre part, incompatible avec ce qui peut être observé au sein de la jurisprudence. En somme, la confusion de la Cour suprême et sa gymnastique discursive assurent une pérennité à la véritable enquête en dépit de la violation du principe de déplacement qu'elle porte en son sein.

2.2.4.1. *Ahmad* et la confusion autour de l'utilité des soupçons raisonnables dans le contexte de la doctrine de la provocation policière

Nous rapportons à la section 2.2.1. les propos de la Cour suprême dans l'arrêt *Stairs* où il est question de donner, via le standard des soupçons raisonnables, une certaine marge de manœuvre aux policiers dans le cadre d'une fouille accessoire à une arrestation⁴⁷⁴. C'est un discours du même ordre que tient la plus haute Cour dans l'affaire *Ahmad*. Dans cet arrêt, la Cour conçoit les soupçons raisonnables comme un outil permettant d'atteindre un équilibre entre, d'une part, les droits qui sont en jeu lorsque la police agit de façon proactive et, d'autre part, la répression efficace de la criminalité :

Pour conclure, un examen objectif protège rigoureusement plusieurs droits qui sont en jeu dans le contexte de la provocation policière : le droit à la liberté, le droit à la vie

⁴⁷³ *Supra* à la p 101.

⁴⁷⁴ *Supra* à la p 102.

privée, le droit de ne pas être importuné et le droit à l'égalité (*Mack*, p. 941 et 955; *Barnes*, p. 479-483, la juge McLachlin, dissidente). **La norme des soupçons raisonnables est la norme objective minimale que la Cour a choisie pour protéger ces droits fondamentaux.** Par ailleurs, elle permet aussi à la police d'avoir la souplesse nécessaire pour faire respecter le droit criminel et combattre les crimes pour lesquels il est difficile de faire enquête (*Mack*, p. 916 et 958).⁴⁷⁵

La Cour adopte donc la vision dualiste de la juge McLachlin, mais va encore plus loin; car il n'est plus question de protéger les « intérêts » des citoyens, mais bien des *droits fondamentaux*. Il est surprenant que les pages citées à l'appui de cette prétention n'évoquent pas du tout cette prétention⁴⁷⁶. Dans l'arrêt *Mack*, il n'était pas question du fait que les opérations policières proactives sont susceptibles de violer les droits fondamentaux des personnes piégées; toute la réflexion du juge Lamer tourne autour de l'idée qu'il n'est pas dans l'intérêt de la société de recourir à des techniques d'enquête contraires à des conceptions largement partagées du rôle de la police dans un État de droit⁴⁷⁷. Une enquête qui fait fi de ces conceptions ne peut être approuvée par le système de justice. C'est sa légitimité qui en dépend et c'est pour cette raison que la doctrine de l'abus de procédure chapeaute la provocation policière.

Au risque de nous répéter, à l'époque où l'arrêt *Mack* a été rendu, les traces de la norme des soupçons raisonnables étaient minimales en droit criminel canadien⁴⁷⁸ et la littérature

⁴⁷⁵ Caractères gras ajoutés. *R c Ahmad*, *supra* note 262 au para 57.

⁴⁷⁶ À la page 941 de *R c Mack*, *supra* note 70, la Cour aborde les raisons qui expliquent pourquoi « nous ne tolérons » pas la provocation policière. Il n'y est jamais question de droits fondamentaux. À la page 955, le juge Lamer réitère que l'analyse doit porter sur la conduite de la police et que l'approche subjective américaine est inégalitaire. Les pages de la dissidence de la juge McLachlin dans l'arrêt *Barnes*, quant à elles, traitent davantage de l'importance d'établir un équilibre avec l'intérêt à ne pas être importuné par l'État, mais ne va jamais aussi loin que ce que la juge Karakatsanis suggère.

⁴⁷⁷ *R c Mack*, *supra* note 70 à la p 941 : « Je suis d'avis qu'il peut y avoir plusieurs raisons sous-jacentes à ce qui est peut-être une réaction intuitive face à ces techniques d'application de la loi. L'une de ces raisons peut être l'opinion que l'État ne jouit pas d'un pouvoir illimité de s'ingérer dans nos vies personnelles ou d'éprouver au hasard la vertu des individus. Il y a aussi la crainte que les techniques de provocation policières puissent amener à commettre des crimes des gens qui autrement n'auraient pas eu de comportement criminel. Il y a peut-être aussi le sentiment que la police ne doit pas elle-même commettre des crimes ni s'adonner à une activité illicite dans le seul but de prendre des tiers au piège, puisque cela semble militer à l'encontre du principe de la primauté du droit. Nous pouvons penser que la fabrication d'un crime n'est pas un usage approprié du pouvoir policier. Il peut être soutenu aussi qu'il est déjà suffisamment difficile de résister à la tentation et de se comporter d'une manière conforme aux idéaux de moralité; il y a peu à gagner à ajouter à ces fardeaux déjà existants. Enfin, il se peut que nous disions qu'il y a des bornes inhérentes au pouvoir de l'État de manipuler les gens et les événements dans le but d'atteindre un objectif précis, obtenir des déclarations de culpabilité. »

⁴⁷⁸ Il faut souligner que, comme l'a remarqué le juge Lamer dans *Mack*, le juge Etsey, dissident dans l'arrêt *Amato*, avait suggéré que : « Dans l'examen de l'aspect juridique de la conduite policière, à titre d'exemple,

sur la provocation policière discutait ardemment de l'importance de motifs objectifs pour s'assurer de ne pas « piéger » des cibles innocentes et créer le crime⁴⁷⁹. Il nous apparaît ainsi fort probable que la norme des soupçons raisonnables ait été intégrée à la doctrine de la provocation policière en tant qu'outil conceptuel permettant de satisfaire au « principe de déplacement ». Cela étant réitéré, l'affront à certaines « valeurs » protégées par la *Charte* a probablement teinté les explications fournies dans *Mack*, mais le fait est que personne n'a identifié comment les opérations policières proactives peuvent contrevenir à des droits fondamentaux. Par exemple, le fait pour un policier d'aborder un inconnu dans la rue pour lui offrir de la drogue n'a rien de contraire à la Constitution. Stober avait évoqué de possibles contestations de la provocation policière basées sur *Charte*⁴⁸⁰, mais cette avenue n'a pas été explorée, probablement du fait de son invraisemblance⁴⁸¹. C'est donc en faisant fi des vertus de « déplacement » de la norme des soupçons raisonnables que la juge Karakatsanis affirme de manière surprenante – et en s'inspirant probablement d'un *obiter* du juge Doherty écrit dans un tout autre

les sollicitations répétées, les soupçons raisonnables des policiers, que l'accusé commettrait l'infraction sans incitation, sont pertinents. » (*Amato c La Reine*, supra note 134 à la p 446).

⁴⁷⁹ Pensons particulièrement à l'article de Dworkin, supra note 47. Voir généralement la section portant sur le principe de déplacement : supra à la p 104.

⁴⁸⁰ « Is there a constitutional right not to be entrapped in Canada? Police traps designed for the ordinary solicitation of predisposed persons would not be an appropriate basis for an effective Charter challenge. Entrapment, on the other hand, is tantamount to an invasion of personal integrity and privacy in the form of pressure tactics designed to induce an otherwise innocent person to commit a crime conceived by representatives of the state and for which this person will later be prosecuted by the state. Strong arguments exist, therefore, that the entrapped person's right to life, liberty and security of the person, pursuant to section 7 of the Charter has been breached. » Michael Stober, « The Limits of Police Provocation in Canada » (1992) 34 *Criminal Law Quarterly* 290 [*The Limits*].

⁴⁸¹ Effectivement, il est difficile d'imaginer comment les scénarios de provocation policière pourrait entretenir un lien avec l'article 8 de la Charte. Le libellé de cet article constitue un obstacle majeur à cet égard. Le citoyen qui interagit avec un policier le fait a priori volontairement et ses échanges avec le policier en filature ne sauraient constituer une fouille ou une saisie. Les propos de la Cour suprême dans *Tessling* semble confirmer cette intuition. Voir *R c Tessling*, 2004 CSC 67 au para 18 : « Il s'ensuit que le droit à la protection contre les enquêtes de l'État est assujéti à des restrictions constitutionnellement acceptables. Premièrement, « tout type d'enquête gouvernementale ne constituera pas forcément, sur le plan constitutionnel, une "fouille ou perquisition". Au contraire, ce n'est que lorsque les enquêtes de l'État empiètent sur un droit raisonnable des particuliers à la vie privée que l'action gouvernementale en cause constitue une "fouille ou perquisition" au sens de l'art. 8 » : *Evans*, précité, par. 11. Ce n'est que « [s]i l'activité de la police a pour effet de déjouer une attente raisonnable en matière de respect de la vie privée [qu']elle constitue alors une fouille » : *R. c. Wise*, [1992] 1 R.C.S. 527, p. 533. »

contexte⁴⁸² – que la norme des soupçons raisonnables « est la norme objective *minimale* que la Cour a choisie pour protéger ces droits fondamentaux. »⁴⁸³

2.2.4.2. *Ahmad* et la réconciliation trompeuse de la véritable enquête avec la norme des soupçons raisonnables

L'imbroglie dont nous venons de discuter aurait pu n'être qu'une erreur technique sans grande importance. Hélas, après avoir affirmé que la norme des soupçons raisonnables est la contrepartie *minimale* choisie par la Cour dans *Mack*, les motifs majoritaires de l'arrêt *Ahmad* sous-entendent que, par conséquent, celle-ci s'applique au sous-scénario de la véritable enquête. Ce faisant, la Cour déforme sa propre jurisprudence et amalgame les soupçons raisonnables à l'égard d'une personne et ceux à l'égard d'un lieu. Ce faux pas relégitime la véritable enquête qui, comme nous le montrerons, est en fait un outil préventif de l'institution pénale faisant affront au principe de déplacement. Contre toute attente, il est maintenant présenté par le discours judiciaire comme un concept qui protège les citoyens contre les intrusions injustifiées de l'État dans leur vie privée. Voyons ce qu'il en est.

La décision *Ahmad*⁴⁸⁴ – qui regroupe les pourvois de deux individus, *Williams* et *Ahmad*⁴⁸⁵ – fait état de faits archétypaux en matière d'opération policière de type « dial-a-dope ». Dans chacun de ces pourvois, la police détenait une information non confirmée faisant état d'une association entre un numéro de téléphone et des activités illicites de trafic de drogues. Dans les deux cas, un policier a appelé au numéro en question et a entretenu une conversation avec les répondants avant de demander s'il pouvait se procurer des drogues⁴⁸⁶. Dans les deux dossiers, la question principale était de déterminer à quel

⁴⁸² Dans *R v Simpson*, *supra* note 412, il trace un lien entre la norme employée dans *Mack* et la norme qu'il suggère pour le pouvoir de fouille accessoire à une arrestation : « I appreciate that *Mack* was not concerned with police conduct which interfered with a discrete constitutionally protected right. It was, however, addressing the same fundamental concern which must be confronted here -- the need to balance society's interest in the detection of crime and the punishment of criminals with society's interest in maintaining the freedom of its individual members. The dangers articulated in *Mack* also exist where the police purport to exercise their coercive powers to detain an individual without the existence of facts which, objectively viewed, support a reasonable suspicion that the detained individual was engaged in criminal conduct. »

⁴⁸³ *R c Ahmad*, *supra* note 262 au para 57.

⁴⁸⁴ *Ibid.*

⁴⁸⁵ Les appels ont été entendus conjointement à la Cour d'appel de l'Ontario : *R v Ahmad*, 2018 ONCA 534.

⁴⁸⁶ *R c Ahmad*, *supra* note 262 au para 5.

moment, le cas échéant, les policiers entretenaient des soupçons raisonnables que leurs interlocuteurs se livraient à une activité criminelle afin de pouvoir fournir l'occasion de commettre un crime.

La majorité de la Cour suprême a profité de ce pourvoi pour réaffirmer l'esprit de ses arrêts antérieurs sur la provocation policière⁴⁸⁷, mais les motifs majoritaires procèdent aussi à une reconceptualisation du sous-critère de la véritable enquête. En effet, tout en soulignant, comme nous l'avons vu, l'importance des soupçons raisonnables, la majorité affirme du même souffle que les motifs du juge Lamer envisageaient *clairement* que le sous-volet de la véritable enquête était lié à la norme des soupçons raisonnables, mais à l'égard d'un lieu⁴⁸⁸. Dans le cadre de la provocation policière, la Cour met donc sur un pied d'égalité les soupçons raisonnables à l'égard d'un individu (que l'on peut aussi qualifier de « précis ») et les soupçons raisonnables à l'égard d'un lieu (ce qui a pourtant été qualifié de soupçons généraux dans *Kang-Brown*). Cette lecture littérale⁴⁸⁹ des mots du juge Lamer fait fi de l'arbitraire qu'autorise la véritable enquête à l'intérieur d'un espace géographique défini plus ou moins largement, ce qui la distingue foncièrement des soupçons raisonnables individualisés. Comme l'exprimait le juge Lamer dans *Barnes*, la véritable enquête a été envisagée dans comme une exception totale au sous-scénario des soupçons raisonnables individualisés :

⁴⁸⁷ *Ibid* au para 23 : « Nous ne voyons aucune raison de modifier cet équilibre soigneusement pondéré énoncé dans l'arrêt *Mack* et confirmé dans l'arrêt *Barnes*. » La Cour ajoute que le cadre d'analyse « a résisté à l'épreuve du temps, fournissant une doctrine fondée sur des principes, stable et généralement applicable qui peut tout à fait être adaptée à diverses circonstances et à l'évolution du crime et des tactiques policières. Aucune raison de principe ne justifie de s'en écarter. »

⁴⁸⁸ *Ibid* au para 20 : « Les motifs dans l'arrêt *Mack* indiquent clairement qu'une véritable enquête à l'égard d'un lieu est fondée sur des soupçons raisonnables et s'y rattache. Une enquête est « véritable » lorsque la police a des soupçons raisonnables à l'égard d'un lieu ou d'un secteur, et qu'elle a l'objectif réel d'enquêter et de réprimer des activités criminelles. Une véritable enquête ne constitue pas un moyen distinct et indépendant dont dispose la police pour piéger une personne, mais un moyen d'exprimer le critère des soupçons raisonnables à l'égard d'un lieu. L'offre d'une occasion de commettre un crime doit toujours être fondée sur des soupçons raisonnables d'une activité criminelle précise, que ce soit par une personne, dans un lieu défini avec suffisamment de précision ou une combinaison de ces deux éléments. »

⁴⁸⁹ Cet adjectif est important. Le juge Lamer, comme le montre la citation qui suit, parle bien d'un « secteur dont on peut raisonnablement soupçonner qu'il est le théâtre d'activités criminelles ». Or, comme nous tentons de l'expliquer ensuite, nous ne pouvons pas dire que cela fait référence à des soupçons raisonnables *tels qu'on les comprend aujourd'hui*, notamment depuis l'arrêt *Kang-Brown*. Des soupçons de ce genre, bien qu'ils aient été qualifiés de raisonnables à l'époque de *Mack*, ne sont en réalité que des soupçons généraux qui ne permettent aucunement de savoir quoi que ce soit l'individu qui se trouve dans un lieu donné.

La règle fondamentale qui se dégage de l'arrêt *Mack* est que la police ne peut fournir l'occasion de commettre un crime donné qu'à un individu dont la conduite fait naître le soupçon qu'il est déjà engagé dans une activité criminelle particulière. Il y a exception à cette règle dans les cas où la police entreprend une véritable enquête dans un secteur dont on peut raisonnablement soupçonner qu'il est le théâtre d'activités criminelles. Lorsque ce secteur est défini avec suffisamment de précision, la police peut fournir à toute personne qui y est associée l'occasion de commettre l'infraction en particulier. Cette façon de procéder au hasard est permise dans le cadre d'une véritable enquête.⁴⁹⁰

Il me semble que l'utilisation du mot « précision » révèle le seul critère exigé par la Cour suprême pour viser un lieu en particulier et, ensuite, tâter la vertu – au *hasard* – de quiconque peut bien s'y trouver. Cette compréhension de l'arbitraire inhérent à la véritable enquête est partagée par certains auteurs⁴⁹¹. Elle s'explique par le fait que le juge Lamer envisageait la véritable enquête comme outil exceptionnel utile au travail policier qui ne nécessite aucun soupçon raisonnable à l'égard d'un individu :

Par contre, considérons la situation où la police a reçu plusieurs plaintes de vol de sacs à main, par exemple, dans une gare routière. Si, au cours d'une véritable enquête, la police place un sac à main en évidence dans la gare routière et arrête et accuse la personne qui prend le sac, j'estime qu'il n'y aurait pas alors une provocation policière. Bien que la seconde de ces situations se soit effectivement produite aux États-Unis, rien n'indique que la police dans notre pays se livre à ce genre d'activité et je doute que les affaires de provocation policière dans notre pays soulèvent des allégations de ce type. Je le souligne parce que je pense que ces exemples extrêmes et improbables illustrent que, très fondamentalement, nous ne nous attendons pas à avoir affaire à la police à moins d'avoir fait quelque chose pour déclencher ses soupçons **ou à moins que nous soyons proches ou impliqués dans une véritable enquête sur des activités criminelles**. De plus, je pense que ce genre de situation doit être envisagée, ne serait-ce que pour assurer la cohésion interne de la structure de la doctrine de la provocation policière.⁴⁹²

Sans plus d'explications, il est difficile de voir exactement en quoi la véritable enquête assure la cohésion interne de la doctrine de la provocation policière. Qu'à cela ne tienne, la réflexion du juge Lamer révèle que la véritable enquête était perçue comme une action policière improbable qui permet de donner à quiconque se trouve sur un lieu défini avec suffisamment de précision une opportunité de commettre un crime, malgré les risques⁴⁹³.

⁴⁹⁰ Soulignements ajoutés. *R c Barnes*, *supra* note 1 à la p 463.

⁴⁹¹ Chiao, *supra* note 168 à la p 300 : « A bona fide inquiry may include, the Supreme Court has held, suspicion less sting operations so long as they are geographically targeted based on reasonably held beliefs about the prevalence of crime in that geographic area. »

⁴⁹² *R c Mack*, *supra* note 70 à la p 957.

⁴⁹³ Rappelons-nous ces propos horripilants de *R c Mack*, *supra* note 70 à la p 956 : « Quoique, au cours d'une telle opération, donner par hasard une occasion à des gens de commettre un crime **risque**

À bien y voir, il semble que le juge Lamer, en modelant la véritable enquête, assumait qu'une partie du cadre d'analyse de la provocation policière abandonnait ce qui diminue abstraitement le risque de création étatique du crime, soit le principe de déplacement. Vu son caractère exceptionnel, cette exception a toutefois été jugée nécessaire sans qu'il soit expliqué pourquoi.

Contrairement aux juges majoritaires, les juges minoritaires dans *Ahmad* ont reconnu avec davantage de perspicacité le fait que le sous-volet de la véritable enquête s'écarte de la condition imposée par la norme des soupçons raisonnables telle qu'envisagée par la Cour suprême elle-même :

Troisièmement, pour terminer, je ne minerais pas l'équilibre atteint par le sous-volet de la véritable enquête en exigeant des soupçons raisonnables précis conformes à *Chehil* avant que les policiers puissent fournir une occasion. En créant le sous-volet de la véritable enquête, la Cour a reconnu que la police peut fournir une occasion de commettre une infraction sans avoir de soupçons raisonnables précis :

... dans certains cas, la police peut ne pas connaître l'identité d'individus précis, mais connaître certains autres faits, comme un lieu ou une zone particuliers qu'on peut raisonnablement suspecter d'être le théâtre d'une certaine activité criminelle. Dans ces cas, il est tout à fait permis de fournir des occasions à ceux qui sont associés aux lieux suspectés même si ces gens ne sont pas eux-mêmes soupçonnés. (Mack, p. 956)

Dans les arrêts *Mack* et *Barnes*, **la Cour n'a pas exigé de soupçons raisonnables précis**, car cela aurait indûment entravé les forces de l'ordre dans leur lutte contre les crimes comme le trafic de la drogue, qui peuvent être difficiles à détecter par les moyens traditionnels. De fait, la Cour a reconnu qu'il fallait donner aux policiers « une marge de manœuvre considérable » dans les enquêtes de cette nature afin de maintenir un juste équilibre entre les valeurs concurrentes que sont la liberté individuelle et l'application légitime de la loi (*Mack*, p. 977-978).⁴⁹⁴

La minorité, sous la plume du juge Moldaver, explique bien ici que la description d'un lieu qui peut être « raisonnablement suspecté » n'est en rien semblable au standard des soupçons raisonnables individualisé (ou « précis ») qui est au cœur du principe de déplacement. Malgré sa meilleure compréhension de la mécanique de la véritable enquête, il faut préciser que la minorité dans *Ahmad* n'a pas pour autant plus à cœur le principe de déplacement que la majorité. Arguant avec raison que le critère des soupçons

malheureusement d'amener à le faire quelqu'un qui n'aurait autrement pas eu de conduite criminelle, ceci est inévitable si nous devons donner à nos policiers les moyens de faire face au crime organisé, comme le trafic de stupéfiants et certaines formes de prostitution pour ne nommer que ces deux-là. »

⁴⁹⁴ *R c Ahmad*, *supra* note 262 aux paras 145-146.

raisonnables appliqué à un lieu est incompatible avec ce qui a été dit dans *Kang-Brown* et *Chehil*⁴⁹⁵, le juge Moldaver propose de simplifier le cadre d'analyse de la véritable enquête d'une manière qui ne contribue pas à donner une quelconque vigueur au principe de déplacement⁴⁹⁶, une idée qu'il a apparemment abandonnée dans l'arrêt unanime *Ramelson*⁴⁹⁷.

C'est donc dire que les motifs majoritaires de l'arrêt *Ahmad* enjolivent le statut du sous-volet de la véritable enquête en l'associant facticement au standard des soupçons raisonnables précis qui, lui, atténue les risques de création étatique du crime. De ce fait, ils sous-entendent que l'exigence de soupçons raisonnables soumet la véritable à la possibilité d'un contrôle judiciaire de la conduite policière : « Une norme objective comme celle des soupçons raisonnables permet aux tribunaux de soumettre la conduite policière à un contrôle rigoureux afin de s'assurer qu'elle respecte la *Charte canadienne des droits et libertés* et le sens de la décence, de la justice et du franc-jeu de la société parce qu'elle exige des faits objectivement discernables. »⁴⁹⁸

La majorité va jusqu'à dire que l'exigence de ces soupçons relatifs à un lieu reflète « l'approche prudente du droit canadien à l'égard de l'élargissement des pouvoirs policiers »⁴⁹⁹ en ce que cette norme, contrairement au concept étatsunien de prédisposition, « protège *toute personne* contre les opérations visant à éprouver au hasard sa vertu. »⁵⁰⁰ Voilà des propos en parfaite contradiction avec la véritable enquête tel que conçue et développés dans *Mack*, puis dans *Barnes*. C'est donc dire qu'à partir de son incompréhension évidente de l'utilité des soupçons raisonnables en matière de

⁴⁹⁵ *Ibid* au para 138 : « Cela met en évidence la dissonance fondamentale entre les arrêts *Barnes* et *Chehil* : dans le premier, la Cour n'a exigé aucun degré d'individualisation; or, depuis que le second a été rendu, celle-ci définit la norme des soupçons raisonnables (voir Penney (2018); Tanovich, p. 433). Cette dissonance a des incidences considérables sur la doctrine de la provocation policière. Plus particulièrement, compte tenu du sens plus restrictif que la Cour a donné aux « soupçons raisonnables » dans *Chehil*, cette notion est devenue incompatible avec l'équilibre atteint par le sous-volet de la véritable enquête énoncé dans *Barnes* entre les libertés individuelles et l'application légitime de la loi. »

⁴⁹⁶ *Ibid* aux paras 155 et s : « Selon moi, il y aurait lieu de conclure que les policiers ont agi dans le cadre d'une véritable enquête lorsqu'il est satisfait aux trois conditions suivantes : a) leur enquête était motivée par des objectifs véritables d'application de la loi; b) leur enquête s'appuyait sur des faits; c) leur enquête portait sur un type précis de crime dans un lieu bien délimité (physique ou virtuel). »

⁴⁹⁷ *R c Ramelson*, *supra* note 263.

⁴⁹⁸ *R c Ahmad*, *supra* note 262 au para 24.

⁴⁹⁹ *Ibid* au para 26.

⁵⁰⁰ *Ibid* au para 27.

provocation policière et une certaine manipulation de ses précédents, la Cour suprême se représente aujourd'hui la véritable enquête comme un outil protecteur qui ne présente aucun défaut de fabrication ni ne renferme aucun risque d'incohérence ou d'abus.

Le droit jurisprudentiel n'est pas à une approximation près, mais celle-ci nous paraît particulièrement problématique. Dans la prochaine section (2.2.5.), nous arguerons que, au-delà de la violation théorique du principe de déplacement, la véritable enquête mène très concrètement à des cas où l'État semble avoir cocréé le crime. Bref, malgré la façade rassurante qu'offre le discours récent de la Cour suprême, la crainte historique de la création étatique du crime liée aux opérations policières proactives est, en droit canadien, une possibilité tout à fait tangible.

Avant d'aller plus loin, il faut dire que, malgré les failles du raisonnement déployé dans *Ahmad*, la majorité Cour suprême a insisté sur l'importance de limiter le lieu visé par une véritable enquête. Ainsi, la Cour a précisé que l'espace doit être « "circonscri[t] précisément" et "défini avec suffisamment de précision" afin de "s'assurer que la police [. . .] a restreint la portée [de l'enquête] pour qu'elle ne soit pas plus large que la preuve le permet" »⁵⁰¹. La Cour a aussi mis de l'avant six facteurs pouvant guider les tribunaux dans ce type d'examen : (1) la gravité du crime en question; (2) le moment de la journée et le nombre d'activités et de personnes qui peuvent être touchées; (3) la question de savoir si le profilage racial, les stéréotypes ou les vulnérabilités ont joué un rôle dans le choix du lieu; (4) l'attente relative au niveau de protection de la vie privée à l'égard du secteur ou de l'espace; (5) l'importance de l'espace virtuel pour la liberté d'expression; et (6) l'existence d'autres techniques d'enquête moins envahissantes⁵⁰². Nous devons concéder que ces guides contextuels, bien que « ni exhaustifs ni obligatoires »⁵⁰³, semblent constituer des outils utiles pour délimiter la portée d'une véritable enquête. Ils sont d'ailleurs employés dans *Ramelson* lorsque la Cour conclut que la sous-section

⁵⁰¹ *R c Ramelson*, *supra* note 263 au para 56, citant *R c Ahmad*, *supra* note 262 aux paras 39 et 41.

⁵⁰² *Ibid* au para 57, citant *R c Ahmad*, *supra* note 262 au para 41.

⁵⁰³ *Ibid* au para 58.

« escortes » du site *Backpage* est un lieu virtuel suffisamment bien défini pour y mener une véritable enquête⁵⁰⁴.

Malgré l'apport positif de ces facteurs, ceux-ci n'ont pas de lien avec le principe de déplacement. D'une part, ils sont facultatifs. D'autre part, ils permettent de maintenir le statu quo quant à la possibilité d'avoir des soupçons « raisonnables » à l'égard d'un lieu. L'intégration de ces facteurs par la Cour suprême ne lui a aucunement fait renier ses précédentes décisions. Au contraire, dans *Ramelson*, par exemple, la Cour reconnaît que l'arrêt archétypal *Barnes* « a joué un rôle important dans les instances devant les juridictions inférieures. »⁵⁰⁵ Elle ne condamne aucunement la vaste ampleur de la véritable enquête menée en plein centre-ville de Vancouver qui a permis de viser Barnes sur la base de préjugés liés à sa tenue vestimentaire. La Cour, toujours dans *Ramelson*, reconnaît cependant que, dans le cadre d'une enquête menée en ligne, où un plus grand nombre de personnes est susceptible d'être ciblé, le lieu de l'enquête doit être précis « à un degré qui n'était pas nécessaire dans *Barnes* ni dans *Ahmad*, où la portée et les fonctions de l'espace étaient déjà limitées. »⁵⁰⁶ En somme, malgré des ajustements, la véritable enquête n'a pas vu ses fondements secoués par les arrêts récents de la Cour suprême et son caractère exceptionnel semble maintenant être chose du passé.

2.2.5. Les réalités de la véritable enquête

La table est maintenant mise pour explorer en quoi l'idée selon laquelle la véritable enquête est soumise à la norme minimale que constituent les soupçons raisonnables est une vue de l'esprit. Pour nous convaincre que le discours de la Cour suprême est incompatible avec la réalité, prenons connaissance de quelques exemples

⁵⁰⁴ *Ibid* au para 93 : « Dans le cadre du Projet Raphael, les policiers avaient soigneusement adapté les annonces dans lesquelles ils avaient offert l'occasion de commettre les infractions. La section plus vaste consacrée aux escortes était conçue pour faciliter des crimes connexes liés au travail du sexe, ce qui limitait l'auditoire ciblé. Tout comme les annonces créées par les utilisateurs, celles créées par les policiers évoquaient l'extrême jeunesse de la personne concernée, notamment en la montrant vêtue d'un chandail arborant le nom d'une école secondaire locale. Les utilisateurs devaient interagir avec ces annonces par messagerie texte pour entrer en contact avec les policiers. Il s'agissait d'une infraction inchoative grave impliquant des mineurs. En outre, il est difficile de dire quelles autres méthodes d'enquête les policiers auraient pu employer — les limites d'une enquête ciblant les vendeurs ayant déjà été démontrée. »

⁵⁰⁵ *Ibid* au para 38.

⁵⁰⁶ *Ibid* au para 64.

jurisprudentiels faisant foi de la grande permissivité de « l'exception » de la véritable enquête. Nous allons d'abord (2.2.5.1) voir quelques décisions qui acceptent qu'une véritable enquête soit menée dans des lieux où des milliers de personnes risquent de voir leur vertu mise à l'épreuve. Nous passerons ensuite (2.2.5.2) à la présentation de certains exemples jurisprudentiels qui suggèrent que le caractère très large de la notion de véritable enquête est susceptible d'engendrer une utilisation abusive et discriminatoire des pouvoirs policiers.

2.2.5.1. Quelques milliers de personnes

Il convient selon nous de vous présenter certaines réalités jurisprudentielles qui sont représentatives de la permissivité de la véritable enquête. Sous le couvert de ce sous-scénario, des milliers de personnes peuvent se faire donner au hasard l'occasion de commettre un crime. Sans surprise considérant le précédent *Barnes*, le pouvoir judiciaire a tendance à négliger les risques de création étatique du crime et met l'accent sur la nécessité, pour les autorités, d'agir efficacement par le biais de la « véritable enquête ». Voyons donc certains exemples.

Dans *R v MacLeod*, on a conclu qu'il était possible de tenir une véritable enquête dans l'espace clôturé dédié à un festival de musique extérieur (le *Soundwave Music Festival*) auquel participaient 3000 à 4000 personnes⁵⁰⁷. Comme certains « leaders communautaires » et la police étaient inquiets de la présence de drogues (et du trafic qui en découle) à cet événement annuel, le juge a estimé que cibler l'ensemble de cet espace était justifié⁵⁰⁸. Le nombre de personnes ciblées était raisonnable, cogite le juge, car d'autres espèces britanno-colombiennes le laissent croire : « I find that the cases relied upon by the Crown, *R. v. Chu* and *R. v. Yee*, which involved raves at musical festivals at the Pacific Coliseum, an NHL-sized ice arena which holds close to 16 to 18,000 people, support a finding of a *bona fide* inquiry in this case. »⁵⁰⁹ Justement, dans le jugement *Chu*, on apprend que la véritable enquête a permis aux policiers d'intégrer un *rave* ayant lieu dans un aréna, d'aller sur la piste de danse qui était « very crowded » et de demander de

⁵⁰⁷ *R v MacLeod*, 2011 BCSC 1812 aux paras 4 et 55.

⁵⁰⁸ *Ibid* au para 60.

⁵⁰⁹ *Ibid* au para 59.

la drogue à quiconque s'y trouvant⁵¹⁰. Chu, qui était dans la foule, « dancing by himself », a été approché par une policière habillée en civil qui lui a posé cette question à laquelle il a répondu positivement : « Do you have anything that could help me feel good? »⁵¹¹ Les faits du dossier *Yee*⁵¹² sont presque identiques à celui de Chu et ont eu lieu au même endroit. Ces espèces semblent indiquer que le droit accepte que tout individu se trouvant sur des lieux publics festif – où nous savons que des drogues illicites sont souvent consommées – sont susceptibles d'être visés en toute légalité par les propositions criminelles d'un agent de l'État.

Dans l'affaire *Virgo*, la Cour d'appel de l'Ontario a conclu que le *Teesdale Place housing complex*, un large complexe d'habitations de type HLM connu pour la vente de drogues, pouvait valablement faire l'objet d'une véritable enquête⁵¹³. Dans *R v Louis*, il a été accepté qu'une aire de 10 pâtés de maison par 4 pâtés de maisons du centre-ville d'Ottawa fasse partie d'une véritable enquête. À l'instar du raisonnement observé dans *McLeod*, le juge s'adonne à un jeu de comparaison pour conclure que l'espace visé peut, malgré son étendue, faire l'objet d'une véritable enquête :

The police activity that day was directed at drug trafficking in the entire market area. This is admittedly a big area. [...] It may be larger than the 6 blocks (and surrounding side streets) of the Granville Mall described in *Barnes*. I do not know if it is larger than the stretch of Eglinton which LaForme J. held to be legitimate in *Sterling*. And it does fit the description warned about in *Barnes*, of a larger area targeted by police in which criminal activity is concentrated in specific parts.⁵¹⁴

Ainsi, le juge conclut que la police était en droit d'offrir une opportunité de commettre un crime aux personnes se trouvant dans cette aire urbaine, notant au passage que « all of the relevant activity in this case took place in an area of very intense drug trafficking. »⁵¹⁵ Le précédent *Barnes* sur lequel s'appuie totalement le juge, comme nous l'avons dit, n'a pas été remis en question dans les arrêts *Ahmad* ou *Ramelson*. À la vue de ces faits, comment peut-on affirmer, compte tenu du nombre de personnes pouvant se faire offrir une opportunité de commettre un crime, que le standard minimal des soupçons

⁵¹⁰ *R v Chu*, 2009 BCPC 76 aux paras 5-6.

⁵¹¹ *Ibid* au para 7.

⁵¹² *R v Yee*, 2009 BCPC 639.

⁵¹³ *R v Virgo*, [1993] OJ No 2618 (ONCA).

⁵¹⁴ *R v Louis*, 2017 ONCJ 59 au para 39.

⁵¹⁵ *Ibid*.

raisonnables constitue l'exigence minimale que la jurisprudence a fixée dans le cadre de la véritable enquête? Le sous-scénario de la véritable enquête fait tout simplement fi de l'importance d'avoir des motifs objectifs à l'égard d'un individu et permet, quoi qu'on dise, de tester au hasard la vertu des gens.

Sans viser autant de personnes, le prochain exemple, en plus d'être quelque peu caricatural, est tout aussi révélateur du peu d'importance qu'accorde la véritable enquête à des « motifs objectifs ». Dans le jugement *Sigurdson*⁵¹⁶, l'accusé a été condamné pour avoir contrevenu à une loi provinciale, le *Wildlife Act*. Il a été attrapé parce qu'il a tiré, alors qu'il rentrait du travail aux abords de son automobile, sur un faux cervidé qu'il a aperçu sur la route. Il a été accusé d'avoir chassé à un endroit interdit et à une heure interdite (22 :30)⁵¹⁷. La Cour provinciale de Colombie-Britannique a conclu que les agents de la faune étaient autorisés, vu les enseignements de la Cour suprême dans *Mack et Barnes*, à placer ce type de leurre animalier sur un large territoire⁵¹⁸, et ce, pour attraper un individu qui oserait chasser dans des conditions illégales. Notons que Sigurdson a déclaré : « [...] that he has never hunted at night before, or hunted with the aid of a light, and that on the night in question he had no intention of hunting on the way home from work. »⁵¹⁹ Le juge a accepté cette partie de son témoignage, tout en notant que Sigurdson avec une arme à feu aisément accessible dans son véhicule⁵²⁰. Cette espèce me semble particulièrement parlante, car le juge admet sans complexe qu'il croit que l'accusé ne se destinait pas à commettre l'infraction. Sigurdson – un personnage sur lequel les autorités n'avaient aucune information – n'a pu résister au leurre; il a décrit les bois factices comme étant les plus beaux qu'il n'avait jamais aperçus⁵²¹.

Bref, ces exemples montrent que, en réalité, la véritable enquête permet de donner des opportunités de commettre des crimes à des personnes sur qui la police ignore tout; de

⁵¹⁶ *R v Sigurdson*, 2002 BCPC 19.

⁵¹⁷ *Ibid* aux paras 2-5.

⁵¹⁸ *Ibid* au para 37 : « While the area of investigation here may be larger than what would be permissible in an urban, or even in a semirural setting, geographic considerations, the nature of the investigation, and the subject matter of the investigation have to be included in any assessment of whether an investigation is bona fide [...] ».

⁵¹⁹ *Ibid* au para 23.

⁵²⁰ *Ibid*.

⁵²¹ *Ibid* au para 39 : « Mr. Sigurdson testified that in his 30 years of hunting, 12 of which have taken place in this area of British Columbia, he had never seen a set of antlers such as were on the decoy. Although he has three trophy deer racks, they do not compare to the rack on the decoy. »

parfaits inconnus qui se trouvent dans un lieu ciblé. Les facteurs contextuels discutés dans *Ahmad* ne changeraient probablement rien au sort des cas discutés ci-haut, quoique les juges exprimeraient peut-être une plus grande sensibilité face au nombre d'individus susceptibles d'être ciblés. Maintenant, attardons-nous à une conséquence malheureuse associée à la vaste portée de la véritable enquête.

2.2.5.2. Des risques de comportements discriminatoires

Pour étayer notre propos, nous proposons de nous détourner du problème central de la création étatique du crime pour évoquer un autre danger émanant de l'imposante liberté donnée aux policiers via le sous-scénario de la véritable enquête, celui des comportements discriminatoires. En permettant de tester au hasard des gens dans un espace ciblé, la véritable enquête se rapproche d'un pouvoir discrétionnaire arbitraire, parce que peu de critères en régissent l'exercice. Rappelons en effet les propos de la Cour suprême dans l'arrêt *Hufsky* concernant les interpellations routières :

Bien qu'autorisé par la loi et exécuté pour des fins légitimes, l'arrêt au hasard, effectué dans le but de procéder à un contrôle routier ponctuel, a néanmoins entraîné, à mon avis, une détention arbitraire parce qu'il n'y avait aucun critère de sélection des conducteurs à qui on demanderait de s'arrêter de se soumettre au contrôle routier ponctuel. La sélection était laissée à l'entière discrétion de l'agent de police. Un pouvoir discrétionnaire est arbitraire s'il n'y a pas de critère, exprès ou tacite, qui en régit l'exercice.⁵²²

Un parallèle peut être tracé avec les commentaires conclusifs du juge Yergeau qui, dans l'affaire *Luamba*, déclare au vu de la preuve que la liberté donnée aux policiers depuis l'arrêt *Ladouceur* en matière d'interception des automobilistes a entraîné des comportements discriminatoires :

La preuve prépondérante démontre qu'avec le temps, le pouvoir arbitraire reconnu aux policiers de procéder à des interceptions routières sans motif est devenu pour certains d'entre eux un vecteur, voire un sauf-conduit de profilage racial à l'encontre de la communauté noire. La règle de droit devient ainsi sans mot dire une brèche par laquelle s'engouffre cette forme sournoise du racisme.⁵²³

⁵²² *R c Hufsky*, [1988] 1 RCS 621 à la p 633.

⁵²³ *Luamba c Procureur général du Québec*, 2022 QCCS 3866 au para 862.

L'absence d'exigence relative à l'exercice d'un pouvoir policier, le flou que l'exception de la véritable enquête comporte, ouvre la porte à des comportements discriminatoires. Dans un arrêt récent, la Cour suprême, sous la plume des juges Brown et Martin, discutait de l'incompatibilité entre le standard des soupçons raisonnables et un comportement discriminatoire comme le profilage racial :

Le profilage racial est donc ancré dans un processus mental que suit une personne en autorité [...]. Ainsi, le profilage racial entre surtout en jeu au regard de l'art. 9 lorsqu'il s'agit de déterminer si la détention est arbitraire, parce que, par définition, la détention fondée sur un profilage racial ne repose pas sur des soupçons raisonnables. [...]⁵²⁴

C'est dans même perspective que, dans *Ahmad et Ramelson*, la Cour suprême tente de légitimer la doctrine de la provocation policière canadienne, y compris la véritable enquête. Elle écrit que la norme des soupçons raisonnables, quoique peu exigeante, « assujettit néanmoins les actes de la police à un "contrôle rigoureux" afin de garantir qu'ils étaient fondés sur des éléments de preuve objectifs plutôt que sur du profilage racial, des stéréotypes ou d'autres motifs inappropriés. »⁵²⁵

Or, puisque la véritable enquête n'a que faire des véritables soupçons raisonnables individualisés et est régie par la seule identification d'un lieu « suspect » en général, des dérives semblables à celles mises en lumière dans *Luamba* peuvent se matérialiser en matière de provocation policière. C'est d'ailleurs une crainte que la juge McLachlin avait soulevée dans la dissidence qu'elle a signée dans *Barnes*, lorsqu'elle a fait remarquer que des opérations policières trop étendues peuvent faire en sorte que « des personnes sont interpellées non pas à cause de soupçons raisonnables, mais à cause de la couleur de leur peau ou, comme en l'espèce, à cause de leur tenue vestimentaire et de leur âge. »⁵²⁶

Le professeur Tanovitch a fait la démonstration que les craintes de l'ancienne juge en chef du Canada étaient fondées en analysant certaines espèces qui laissent peu de doute

⁵²⁴ *R c Le*, 2019 CSC 34 au para 78.

⁵²⁵ *R c Ramelson*, *supra* note 263 au para 53, citant *R c Ahmad*, *supra* note 262 aux paras 24-25.

⁵²⁶ *R c Barnes*, *supra* note 3 aux pp 481-482.

que la flexibilité de la véritable enquête banalise des comportements discriminatoires⁵²⁷. Examinons-en deux.

Dans *Imoro*, la police a reçu une information anonyme voulant qu'un homme noir vende de la drogue au douzième étage d'un large complexe d'habitation torontois⁵²⁸. Un agent a pénétré dans l'immeuble, a pris l'ascenseur avec un autre homme inconnu et une fois arrivé au douzième étage, ceci s'est produit: « A black male was in the hallway; later identified as Mr. Imoro, and he approached the elevator and stated "Hey, come with me", which because they made eye contact, Officer Matthews took to mean follow him. He responded to this by saying "Can you hook me up?" Officer Matthews admitted that his comment was the first mention of any drug activity. »⁵²⁹ Imoro a dit oui, a invité l'agent dans son appartement et a fait une transaction devant les yeux de l'agent, lequel lui a ensuite acheté de la cocaïne. En lançant une opération d'infiltration sur la base d'une seule information anonyme, le juge de première instance a jugé que la police n'avait pas de données suffisantes pour agir dans le cadre d'une véritable enquête⁵³⁰. Plus encore, le juge a désapprouvé le fait que la police ait donné à un citoyen l'opportunité de commettre un crime en fonction de son apparence :

There is no question that the tip did not provide any physical description of the black male selling drugs, save that he was on the 12th floor of the building, nor did it provide a name or telephone number for him. The identification of an individual solely on the basis of race without more is a problematic aspect of this case. David Tanovich has pointed out that merely race-based descriptions often give rise to harassment, intimidation, false arrests, violence, engendering of a mistrust of the police and criminal justice system, among others. Endorsing the use of such bare suspect descriptions by the police is something to be cautioned. In my view, the fact Mr. Imoro happens to be black, and happened to be on the 12th floor, did not corroborate the tip in any way.⁵³¹

La décision du juge de première instance a été infirmée par la Cour d'appel de l'Ontario, qui a considéré que la question « can you hook me up » n'est pas une occasion de commettre un crime⁵³². La Cour suprême a confirmé sommairement cette interprétation⁵³³

⁵²⁷ Tanovich, *supra* note 426.

⁵²⁸ *R v Imoro*, (2008) 235 CCC (3d) 86 (ONSC) au para 7.

⁵²⁹ *Ibid* au para 8.

⁵³⁰ *Ibid* aux paras 52-53.

⁵³¹ *Ibid* au para 51.

⁵³² *R v Imoro*, 2010 ONCA 122 au para 16.

⁵³³ *R v Imoro*, 2010 CSC 50.

pour le moins discutable⁵³⁴. Les deux cours n'ont pas abordé les préoccupations du juge de première instance quant à la conduite discriminatoire des agents de l'État, un enjeu vraisemblablement relégué aux oubliettes.

Le cas *Faqi*⁵³⁵ est encore plus révélateur des risques associés à la véritable enquête. Des policiers de Calgary menaient une opération dans les bars du centre-ville afin de mater le trafic de drogues. Dans le Melrose Bar, un lieu huppé, Faqi a été visé, car, selon le témoignage du policier, il était accoutré de jeans incompatibles avec le « upper scale kind of business type people who attend, a little bit older . . . people very well dressed »⁵³⁶ et parce qu'il avait la peau noire⁵³⁷. Il a éventuellement vendu de la drogue aux policiers et a été arrêté.

Dans son analyse sur la provocation policière, la juge estime que les policiers n'avaient pas de soupçons raisonnables à l'égard de Faqi et qu'il ne conduisait pas davantage une véritable enquête, car la zone visée (le centre-ville) était trop éparse⁵³⁸. La juge ajoute: « Indeed, the officers said that because of the accused' clothing per se, after looking others in the bar, the accused would be the person that he would "go to first". [...] The police in this case were not using their powers properly. They were engaged in a test of the accused' virtue based on negative stereotyping. »⁵³⁹

Les faits révélèrent donc que Faqi a été ciblé du fait de son apparence physique et la juge a conclu en ce sens. Mais est-ce que cela importe? La Cour d'appel de l'Alberta a fait la démonstration frappante que le droit ne se soucie pas que Faqi ait été approché de façon discriminatoire. Dans sa décision unanime⁵⁴⁰, la Cour renverse effectivement la conclusion de la première juge selon laquelle les policiers n'agissaient pas dans le cadre

⁵³⁴ Comme le mentionne Tanovich, *supra* note 426 à la p 437, il est difficile de ne pas voir là une incohérence jurisprudentielle : « [It] is hard to understand how a question like "can you hook me up?" does not amount to an invitation for an individual to commit an offence or is any different than the question posed by the officer in Barnes which was "Got any weed?" ».

⁵³⁵ *R v Faqi*, 2010 ABPC 157.

⁵³⁶ *Ibid* au para 4.

⁵³⁷ *Ibid* : « It is important to note as well that the accused was identified by the officers as someone whom he ought to engage in conversation as a consequence of the fact that the accused was black. »

⁵³⁸ *Ibid* au para 14.

⁵³⁹ *Ibid* aux paras 13-14.

⁵⁴⁰ *R v Faqi*, 2011 ABCA 284.

d'une véritable enquête. Pour ce faire, les magistrats albertains s'appuient sur ce passage de l'arrêt *Swan* :

In my view, *Barnes* does not stand for the proposition that, in order for an investigation to be *bona fide*, it must be restricted to a narrow geographical area. If the investigation is otherwise *bona fide*, the fact that the reach of the investigation is broad will not, in itself, be fatal ...⁵⁴¹

La juge, dit la Cour d'appel, aurait dû penser que le bar où a eu lieu l'opération pouvait être visé par une véritable enquête⁵⁴². En effet, si des cas extrêmes comme ceux de *Chu* et *Yee* ont reçu une approbation judiciaire, on peut postuler que tous les bars de ce pays peuvent faire l'objet d'une véritable enquête. La Cour mentionne aussi, sans grand approfondissement, que, selon la preuve, la juge d'instance ne pouvait en venir à la conclusion de fait selon laquelle *Faqi* a été discriminé⁵⁴³.

La véritable enquête n'est pas seulement à même de favoriser les comportements discriminatoires en fonction de la couleur de peau ou du style vestimentaire. En étudiant des jugements tels que *Gowdy*⁵⁴⁴ et *Pengelley*⁵⁴⁵, Menzie et Hepburn affirment que les policiers qui effectuent des opérations policières proactives en ligne dans le but de prévenir les crimes sexuels en ligne ont une tendance à viser des personnes ayant des

⁵⁴¹ *R v Swan*, 2009 BCCA 142 au para 42.

⁵⁴² *R v Faqi*, *supra* note 541 au para 19.

⁵⁴³ *Ibid* au para 20 : "This conclusion is inconsistent with her earlier factual finding that the undercover officers selected him because his clothing made him stand out in the bar. »

⁵⁴⁴ *R v Gowdy*, 2014 ONCJ 592. Dans l'annonce publiée sur Craigslist par Gowdy, celui-ci indiquait : « [...] under 35, jocks, college guys, skaters young married guy. » (para 1.). Le détective a témoigné avoir été interpellé par l'usage des termes "young", "skater" and "under 35" : « These expressions caused him concern that the advertisement was potentially directed at persons under the age of consent. » (para 2). Dans une interaction en ligne, un policier a abordé Gowdy et a dit qu'il avait 15 ans, mais qu'il était disposé à avoir une relation sexuelle (para 3). Pour Menzie et Hepburn, *supra* note 388 à la p 404, la police a ici « [...] intentionally looked past terms that salvaged the intention of Gowdy's post, "married [guys]", "under 35", "college guys", and relied upon a risk-averse logic that responded to Gowdy's sexuality in a small town rather than any perceived threat to youth. Gowdy's case exemplifies one instance where proactive child luring investigations have been used to police sexuality. »

⁵⁴⁵ *R v Pengelley*, 2010 ONSC 5488. Dans cette affaire, l'accusé était abonné à une salle de « chat » en ligne pour les gens ayant divers fantasmes parfois hors de l'ordinaire. Le groupe de « chat » n'était pas fait pour favoriser les rencontres en personne, mais bien pour discuter en ligne de ces dits fantasmes (par. 31). Le site n'affichait par ailleurs rien de pédophilique (para 31). L'enquêteur, qui n'a pas fourni de preuve pour expliquer pourquoi il avait choisi d'enquêter sur ce site (para 32), a commencé à interagir avec l'accusé. Sous un faux profil, le policier a envoyé à Pengelley une photo d'une femme de 32 ans, mais, du même souffle, il a écrit à l'accusé qu'il n'avait que 12 ans (para 3). Ce paradoxe a été interprété par Pengelley comme un jeu de rôle sexuel (para 32). Après cette discussion, Pengelley a été arrêté, mais acquitté pour avoir pris des mesures pour s'assurer de l'âge de son interlocuteur (para 58).

vies sexuelles atypiques⁵⁴⁶. Pour les autrices, la permissivité accordée aux policiers favorise le fait qu'une personne ayant une vie sexuelle quelque peu différente de certaines normes sociales stéréotypées soit visée par une enquête policière proactive:

Marginalized sexuality in these cases is seen through belonging to the LGBT community and through participation in BDSM communities, respectively. In these cases, the police officers initiated communication without any grounds to suspect either Mr. Gowdy or Mr. Pengelley; here, they relied upon a bona fide investigation and cast the entirety of the internet as a possible site of criminal activity. Although they rationalized their suspicions for the Court, we argue that these men were likely approached because their sexuality fell outside what officers considered acceptable within their respective communities.⁵⁴⁷

Sans explorer infiniment le spectre des conduites discriminatoires possibles, notons en outre que des inquiétudes ont été soulevées quand, dans le cadre d'enquêtes antiterroristes, les policiers visent des individus reliés à des lieux de culte⁵⁴⁸. Néanmoins dans *Ahmad et Ramelson*, la Cour suprême a exprimé sa sensibilité quant à la possibilité que la véritable enquête stigmatise indûment les « groupes vulnérables telles les minorités raciales, religieuses ou sexuelles » en suggérant que les espaces visés doivent être particulièrement bien définis lorsqu'ils sont fréquentés par ces groupes⁵⁴⁹. L'un des facteurs facultatifs à considérer est d'ailleurs « la question de savoir si le profilage racial, les stéréotypes ou les vulnérabilités *ont joué un rôle dans le choix du lieu* »⁵⁵⁰. Cet ajout est louable, mais va-t-il changer quoi que ce soit à la réalité? À l'égard de trames factuelles comparables à celles des dossiers *Faqi* et *Imoro*, il y a lieu d'en douter, car,

⁵⁴⁶ Menzie et Hepburn, *supra* note 388 à la p 404 : « The practice of proactive investigations to target all online space as risky or otherwise dangerous to youth has the potential to bring significant consequences to those in marginalized sexual communities, and the law offers little protection for those unlucky enough to be the target of investigation. »

⁵⁴⁷ *Ibid* à la p 394.

⁵⁴⁸ Roach, *Entrapment and Equality*, *supra* note 442 à la p 1474 : « In my view, Canadian and English courts should be cautious when applying the bona fide inquiry arm of their entrapment defenses because of concerns about condoning discriminatory forms of profiling and targeting of political or religious radicalism. A bona fide inquiry aimed at a mosque or a group that meets for political or religious purposes implicates the values of freedom of association, expression and religion as well as freedom from discrimination. In both jurisdictions, however, the State can argue that even if there was no reasonable suspicion, it was acting in good faith in conducting an investigation that focused on a particular location or particular crime. Courts should carefully evaluate such claims because of the danger that they could authorize random and intensive virtue testing of people simply because of their religious or political beliefs or attendance at events and places associated with political or religious extremism. »

⁵⁴⁹ *R c Ramelson*, *supra* note 263 au para 64, citant les motifs dissidents du juge Moldaver dans *R c Ahmad*, *supra* note 262 aux paras 169-170.

⁵⁵⁰ *Ibid* au para 57.

comme l'explique le professeur Tanovitch, une fois le lieu de la véritable enquête défini, « [les policiers] do not have to provide any reason on the entrapment hearing as to why they selected any particular individual. »⁵⁵¹ C'est effectivement l'une des distinctions fondamentales entre la véritable enquête et la norme individualisée des soupçons raisonnables. La liberté accordée aux policiers fait en sorte que, comme le montre le jugement *Luamba*, il est très difficile de prouver – sans une preuve de fait social permettant de relever un problème systémique⁵⁵² – qu'un tel individu a été ciblé de manière discriminatoire : « The upshot is, that in many cases, the issue of whether the individual was asked to provide drugs because of race will be difficult to prove absent an admission. »⁵⁵³ La présence de soupçons raisonnables – basés sur des faits objectifs qui peuvent être exposés devant une cour de justice – agit comme un filtre qui encourage des actions policières réfléchies, contrôlées et justifiées, « thereby minimising the risk of discriminatory policing and helps restrict infringements of privacy. »⁵⁵⁴ Puisque la véritable enquête en fait fi, il ne faut pas se surprendre d'observer des cas d'espèce douteux comme ceux exposés ci-haut.

Cette mise en examen du sous-scénario de la véritable enquête nous a dévoilé l'incompatibilité entre le principe de déplacement, exprimé à travers la norme des soupçons raisonnables dans le cas de la provocation policière, et l'exception de la véritable enquête. Le principe de déplacement permet de concevoir l'acceptabilité pour l'État de *tester* les individus à l'encontre de qui il y a des fondements minimaux – des soupçons raisonnables individualisés – qui les associent à une activité criminelle : « no one should ever be tested to see if he or she will break a law unless there is sufficient evidence to show that the person is engaged in on-going criminal activity. »⁵⁵⁵ Sans cette exigence minimale, c'est le fantôme de l'incohérence qui est susceptible de hanter l'État

⁵⁵¹ Nous soulignons. Tanovich, *supra* note 426 à la p 437.

⁵⁵² Dans *Luamba*, *supra* note 524, la section « preuve du fait social » (para 391) montre que le juge Yergeau a pu s'appuyer sur une pléthore d'études, de rapports et de témoins experts pour arriver à constater, entre autres, que « les interceptions routières sans motif réel demeurent encore aujourd'hui dans l'angle mort de la lutte au profilage racial à l'encontre des conducteurs noirs. » (para 555).

⁵⁵³ Nous soulignons. Tanovich, *supra* note 426 à la p 437. On peut se demander dans quelles circonstances les représentants de l'État seront prêts à admettre une pareille chose.

⁵⁵⁴ Ormerod et Roberts, *supra* note 282 à la p 47.

⁵⁵⁵ Stitt et James, « Entrapment and the Entrapment Defense », *supra* note 165 à la p 125.

et son système de justice. Or, la véritable enquête, dont l'ampleur de l'utilisation policière a été sous-estimée par le juge Lamer, permet justement de tester au hasard⁵⁵⁶ la vertu de gens qui se trouvent dans un lieu visé, même s'il est vaste et occupé par des milliers de personnes. Malgré ce constat, une étrange manipulation jurisprudentielle fait aujourd'hui en sorte que la véritable enquête revêt une parure vertueuse et protectrice. En effet, en l'associant au standard des soupçons raisonnables, la plus haute Cour n'hésite pas à dire que la véritable enquête soumet les opérations policières proactives à « [un] contrôle [judiciaire] rigoureux afin de s'assurer qu'elle respecte la *Charte canadienne des droits et libertés* et le sens de la décence, de la justice et du franc-jeu de la société parce qu'elle exige des faits objectivement discernables. »⁵⁵⁷ Cette énumération de généralités cache selon nous une compréhension partielle de la doctrine de la provocation policière. Cette compréhension témoigne de surcroît d'une indifférence à l'égard de la crainte historique de la création étatique du crime. Si celle-ci était prise au sérieux, les tribunaux admettraient que cibler un lieu connu pour ses activités criminelles ne devrait pas servir de passe-droit pour voir qui voudra bien mordre à l'hameçon : « We oppose the practice of virtue testing because it creates too high a risk of an actual entrapment. When this risk materialises, it should be no excuse that the place where the accused was entrapped happened to be a crime hotspot. »⁵⁵⁸ Tout compte fait, comme le juge Lamer l'indiquait en toute franchise⁵⁵⁹, la véritable enquête n'est rien de moins qu'un pouvoir policier consacré par la Cour suprême pour ne pas nuire aux policiers dans leur difficile quête de réprimer des actes de criminalité peu ou pas visibles. À sa naissance, elle a été décrite avec transparence comme une exception à la règle portant qu'il faut des motifs objectifs à l'endroit d'un individu avant de lui donner l'occasion de commettre un crime. Ce qui déçoit, c'est l'incapacité de la Cour suprême – trente ans après *Mack* – de reconnaître la permissivité contestable de la véritable enquête. Cela est d'autant plus

⁵⁵⁶ Voir les exemples parlants proposés par Stober, *The Limits*, *supra* note 481 : « To think that the innocent shopper, diner, pedestrian, civil servant or businessman going to see his accountant, may not only be accosted by the odd drug dealer but also by police agents of the state offering them or anyone else within that area, without distinction, and at any time, of day or night, the opportunity to commit an offence, appears to be clearly offensive to the community's sense of decency ».

⁵⁵⁷ *R c Ahmad*, *supra* note 262 au para 24.

⁵⁵⁸ Ho, *supra* note 73 à la p 79.

⁵⁵⁹ *Supra* aux pp 109-110, où nous discutons du fait que la véritable enquête a été envisagée par le juge Lamer pour assurer la « cohésion interne » de la doctrine de la provocation policière (*R c Mack*, *supra* note 70 à la p 957).

décevant que son usage est incontestable et semble même s'étendre, notamment à cause de la difficulté qu'il y a à enquêter sur les nouveaux crimes inchoatifs en ligne, comme le leurre. Ainsi, la réalité est contraire aux prédictions de l'inventeur de la véritable enquête, le juge Lamer, qui prophétisait que « [...] rien n'indique que la police dans notre pays se livre à ce genre d'activité et je doute que les affaires de provocation policière dans notre pays soulèvent des allégations de ce type »⁵⁶⁰. Il serait désormais plus honnête d'envisager la véritable enquête pour ce qu'elle est : un laissez-passer accordé à la police au théâtre d'un système de justice d'abord préoccupé par les impératifs du *crime control*. Il serait aussi approprié d'admettre que – assez étrangement – elle a été « mise au monde » en presumant qu'elle ne serait jamais « vivante et viable » dans un État comme le nôtre. Aujourd'hui, elle est normalisée et les opérations policières à large déploiement comme le *projet Raphael* en sont la preuve. Ces constats donnent à penser que, près d'un siècle après l'arrêt *Sorrells*, les tribunaux peinent toujours à répondre adéquatement au problème de la création étatique du crime.

⁵⁶⁰ *R c Mack*, *supra* note 70 à la p 967.

Conclusion

La doctrine de la provocation policière est sans contredit un objet juridique étrange. Elle brouille les cartes et suscite des questions sur tous les fronts : culpabilité, procédure, voire peine⁵⁶¹. Ce mémoire a d'abord voulu comprendre le contexte historique qui l'a vu émerger. L'État moderne, omnipotent, a fait éclater les limites du catalogue des crimes traditionnels, comme ceux qui font affront à l'intégrité personnelle. Des crimes consensuels se sont multipliés malgré leur traditionnelle invisibilité aux yeux des autorités, et ce, dans l'espoir d'enrayer préventivement les risques de préjudice. Pour rencontrer ces visées de la justice criminelle, l'appareil policier est contraint d'innover. En faisant preuve de ruse, les mandataires de l'État n'hésitent pas à se déguiser pour participer à des activités criminelles factices avant de se retourner contre les ébahis qu'ils ont bernés.

Confronté à des situations comme celle initiée par les policiers dans *Sorrells*, le pouvoir judiciaire a fait face à une évidence; les moyens que déploie l'État pour combattre certains crimes comportent une possibilité inacceptable; celle de punir des personnes pour un crime créé par l'État. C'est autour de ce constat que la doctrine de la provocation policière a pris forme et c'est sur cette préoccupation historique que nous avons axé ce mémoire.

Le pouvoir judiciaire a abordé diverses interrogations sous-jacentes à cette préoccupation : le désir de répression du crime justifie-t-il de proposer aux citoyens de commettre des crimes? Qui l'État peut-il viser? Tout le monde? Un endroit? Et comment s'y prendre? La jurisprudence a éventuellement bâti des édifices conceptuels pour rendre les manœuvres policières proactives tolérables à ses yeux, tel que nous l'avons vu dans la première partie de ce mémoire. Les tribunaux ont sans conteste fait preuve d'une certaine créativité afin d'intégrer une nouvelle doctrine au droit criminel. À la Cour suprême des États-Unis, la voie de l'interprétation des lois a été privilégiée et il a été dit que la question centrale de la provocation policière devrait être de déterminer, d'un point

⁵⁶¹ Brendon Murphy et John R Anderson, « After the Serpent Beguiled Me: Entrapment and Sentencing in Australia and Canada », (2014) 39:2 Queen's Law Journal 621. Nous n'avons pas abordé ce sujet dans notre étude concentrée sur le contexte canadien. Toutefois, des cas de quasi provocation policière peuvent, comme ces auteurs le montrent dans une étude comparative entre les droits canadiens et australiens, mener au remède procédural qu'est la diminution de la peine. Au Canada, cette porte a été ouverte par le précédent créé par l'arrêt *R c Nasogaluak*, 2010 CSC 6.

de vue subjectif, si la personne visée par l'opération policière était « otherwise innocent »⁵⁶². Bien des années plus tard, à la Cour suprême du Canada, la solution qui a été retenue repose sur la doctrine de l'abus de procédure, laquelle conjure les tribunaux à adopter, lorsque la provocation policière est alléguée, un point de vue objectif; il est question de déterminer si la conduite de l'État a dépassé les bornes de l'*acceptable*.

Dans le premier temps de notre mise en examen de la doctrine canadienne de la provocation policière, nous avons soutenu que sa relation avec la doctrine de l'abus de procédure, qui ne peut être invoquée que dans les cas les plus manifestes, offre une réponse incomplète au problème de la création étatique du crime. Le point de mire objectif force effectivement les tribunaux à s'aveugler sur des considérations subjectives qui, comme nous avons tenté de le démontrer, sont aussi pertinentes pour déterminer si l'État a créé ou, à tout le moins, cocréé le crime. Cette myopie est inévitable dans la mesure où la Cour suprême a conclu que le seul véhicule juridique acceptable est la doctrine de l'abus de procédure, qui n'est par ailleurs applicable que dans les cas les plus manifestes. Cette doctrine lie les mains des tribunaux et nuit à la recherche de la vérité, un état de fait qui n'est pas étranger à la fonction normative de l'institution pénale, avons-nous émis. Toujours est-il que ce premier temps de notre analyse critique a révélé une limite importante à la capacité du pouvoir judiciaire de répondre au problème central de la création étatique du crime.

Dans le deuxième temps de notre mise en examen de la doctrine de la provocation policière canadienne, c'est l'intérieur même de l'approche objective avancée par la Cour suprême que nous avons examiné, et plus particulièrement l'exception de la véritable enquête. Grâce au principe de déplacement, nous avons rationalisé le sous-scénario permettant aux policiers de donner l'occasion de commettre un crime à un individu à l'égard de qui ils ont des soupçons raisonnables quant à son implication dans des activités

⁵⁶² Rappelons-nous les propos de la majorité dans *Sorrells v United States*, *supra* note 23 à la p 451 : « But the issues raised and the evidence adduced must be pertinent to the controlling question whether the defendant is a person otherwise innocent whom the government is seeking to punish for an alleged offense which is the product of the creative activity of its own officials. If that is the fact, common justice requires that the accused be permitted to prove it. The government in such a case is in no position to object to evidence of the activities of its representatives in relation to the accused, and, if the defendant seeks acquittal by reason of entrapment, he cannot complain of an appropriate and searching inquiry into his own conduct and predisposition as bearing upon that issue. »

illicites. À la lumière de nos observations, nous nous sommes ensuite penchés sur le sous-scénario de la véritable enquête qui, lui, n'est rien de moins qu'un pied de nez au principe de déplacement et l'expression d'une complaisance judiciaire à l'égard de la possibilité de la création étatique du crime. Nous avons vu comment la Cour suprême – sous le camouflage d'un discours judiciaire en apparence sophistiqué portant sur les limites qu'elle impose aux pouvoirs policiers – a récemment relégitimé la véritable enquête sans lui apporter de réelles restrictions. Bref, au lieu d'affronter les problèmes propres à ce sous-scénario, la Cour suprême a pérennisé une pratique policière caractéristique du modèle du *crime control*; celui de tester la vertu de *quiconque* se trouve dans un lieu suspecté, comme le cas de figure de l'arrêt *Barnes* en témoigne.

Ce qui se dégage des deux temps de notre analyse critique est le caractère insatisfaisant de la réponse du pouvoir judiciaire canadien aux risques de création étatique du crime. Selon nous, ce constat s'explique au moins en partie par les outils limités dont disposent les tribunaux. À cet égard, il nous semble qu'un parallèle conclusif peut être tracé entre la provocation policière et l'expansion des pouvoirs policiers ancillaires, lesquels élargissent « les règles de common law pour combler les lacunes perçues des pouvoirs policiers ou pour dissiper la crainte d'inaction de la part du législateur. »⁵⁶³ Dans les dernières années, la Cour suprême a par exemple reconnu que les forces de l'ordre détiennent, de manière incidente à une arrestation, le pouvoir de fouiller un téléphone cellulaire sans mandat⁵⁶⁴, de faire un prélèvement par écouvillonnage du pénis d'une personne détenue⁵⁶⁵ ou encore de déployer des chiens renifleurs⁵⁶⁶. L'approbation judiciaire de ces nouveaux pouvoirs désormais communément utilisés par les policiers⁵⁶⁷ est critiquée, notamment parce qu'elle dissuade l'action législative⁵⁶⁸ et parce que les tribunaux se retrouvent à officialiser des pratiques policières avec une compétence

⁵⁶³ *R c Kang-Brown*, *supra* note 419 au para 6.

⁵⁶⁴ *R v Fearon*, 2014 CSC 77.

⁵⁶⁵ *R c Saeed*, 2016 CSC 24.

⁵⁶⁶ *R c Kang-Brown*, *supra* note 419.

⁵⁶⁷ Terry Skolnik et Vanessa MacDonnell, « Policing Arbitrariness: Fleming v. Ontario and the Ancillary Powers Doctrine » (2021) 100 *Supreme Court Law Review* (2d) 186 à la p 192; Terry Skolnik, « Racial Profiling and the Perils of Ancillary Police Powers » (2021) 99:2 *Canadian Bar Review* 429 à la p 434 [Skolnik, *The Perils*].

⁵⁶⁸ Vanessa MacDonnell, « Assessing the Impact of the Ancillary Powers Doctrine on Three Decades of Charter Jurisprudence » (2012) 57 *The Supreme Court Law Review: Osgoode's Annual Constitutional Cases Conference* 225 à la p 237; Stribopoulos, *supra* note 416 aux pp 61-67.

institutionnelle lacunaire : « Since courts are limited to a case's factual matrix and cannot gather information like other branches of government, the judiciary is ill-suited to devise police powers that involve complex policy issues. »⁵⁶⁹ Les chemins que ce mémoire nous a fait emprunter laissent croire que ces critiques sont, *mutatis mutandis*, transposables à la doctrine de la provocation policière. Il s'agit après tout d'une doctrine qui s'intéresse aux limites qu'il convient d'imposer aux enquêtes policières. Il est normal que les tribunaux aient réagi lorsqu'ils ont été confrontés à des situations factuelles soulevant la crainte de la création étatique du crime. Mais ne faudrait-il pas constater qu'ils ont dû s'y prendre avec les « moyens du bord »?

À cet égard, il nous semble que la division observée au sein de Cour suprême des États-Unis est révélatrice de la difficulté qu'il y a à reconnaître l'existence d'une doctrine de la provocation policière sans l'aide du législateur. Les tergiversations de la Cour suprême du Canada dans les arrêts *Lemieux* à *Mack* suggèrent également que l'existence d'une doctrine de la provocation policière dans notre droit était loin d'être évidente; il a fallu la découvrir un peu magiquement. Or, comme nous l'avons soutenu au long de ce mémoire, la Cour suprême n'est pas parvenue à développer un cadre d'analyse en mesure d'endiguer sérieusement les risques de création étatique du crime. Certes, le droit jurisprudentiel n'est pas condamné à l'inertie⁵⁷⁰, mais le poids de la jurisprudence récente de la Cour suprême n'annonce pas une reconceptualisation prochaine de la doctrine de la provocation policière.

Ainsi, à l'instar des critiques des pouvoirs policiers ancillaires, nous pouvons nous demander s'il devrait revenir exclusivement au pouvoir judiciaire de départager les opérations policières qui sont acceptables de celles qui ne le sont pas. Cela est d'autant plus vrai que l'opprobre grandissant à l'égard de crimes sexuels inchoatifs⁵⁷¹ risque de

⁵⁶⁹ Skolnik, *The Perils*, *supra* note 568 à la p 434, citant Martin L Friedland, « Criminal Justice in Canada Revisited » (2004) 48:4 Criminal Law Quarterly 419 aux pp 446 et 448-450. Voir aussi MacDonnell, *supra* note 569 à la p 237 : « This approach also leaves police powers to be developed on a case-by-case basis rather than in a wholesale manner by the political branch of government. [...] This is especially problematic given that police powers carved out by the courts are usually "open-ended" and therefore susceptible to misuse. »

⁵⁷⁰ En effet, « le principe du *stare decisis* ne constitue pas un carcan qui condamne le droit à l'inertie » (*Carter c Canada (Procureur général)*, 2015 CSC 5 au para 44; *R c Sullivan*, 2022 CSC 19 au para 66)

⁵⁷¹ La facture du récent arrêt *R c Friesen*, 2020 CSC 9 en témoigne amplement. Voir par exemple au para 94 : « Les opérations d'infiltration menées par la police sont devenues un outil important — sinon le plus

favoriser l'expansion des opérations policières proactives, notamment en ligne. Il nous semble de ce fait particulièrement pressant de réfléchir aux manières susceptibles de mieux encadrer les pratiques policières qui risquent de créer le crime.

Notre scepticisme à l'égard des capacités du pouvoir judiciaire nous force à tourner notre attention vers le pouvoir législatif. Dans l'éventualité d'une réappropriation du problème de la provocation policière par ce pouvoir, nous pouvons songer que différentes pistes de solution pourraient être débattues. Parmi celles-ci, imaginons une remise en question de la légitimité de la véritable enquête ou encore l'articulation de mécanismes de contrôle *ex ante* des opérations proactives. La comparaison avec le droit à la protection contre les fouilles, les perquisitions ou les saisies abusives protégé par l'article 8 de la *Charte* est ici fertile. Il faut remarquer que ce droit constitutionnel protège des intérêts semblables⁵⁷² à ceux qui sont concernés lorsque des policiers s'adonnent à des techniques d'enquête proactives pouvant mener à des allégations de provocation policière⁵⁷³. Or, contrairement à la provocation policière, le droit entourant cette protection constitutionnelle a un « built-in concern with democratic legitimacy via the principle that search powers must be authorized by law. »⁵⁷⁴ Dans l'arrêt *Southam*, on fait mention de la faible assurance offerte

important — dont disposent les policiers pour repérer les délinquants qui s'en prennent aux enfants et les empêcher de leur faire du mal [...] Les tribunaux devraient donc garder cette information en tête lorsqu'ils infligent une peine à des délinquants qui ont été neutralisés grâce à une opération d'infiltration policière. En termes clairs, le leurre d'enfants ne devrait jamais être considéré comme un crime sans victime. »

⁵⁷² Outre l'intérêt de prévenir la création étatique du crime, les opérations policières proactives affectent de nombreux autres intérêts collectifs et individuels, dont la qualité du droit à la vie privée ou encore l'intérêt d'être laissé tranquille par l'État, une préoccupation que la juge McLachlin aborde lumineusement dans sa dissidence dans *R c Barnes*, *supra* note 1 à la p 481 : « Il ne faut pas sous-estimer l'importance de l'intérêt individuel en jeu en l'espèce, ni l'effet pernicieux que les techniques d'enquête policière peuvent avoir sur cet intérêt. À plusieurs reprises, notre Cour a affirmé qu'il faut imposer des limites à la capacité de l'État de s'immiscer dans la vie quotidienne des citoyens. Comme le dit le juge La Forest dans l'arrêt *R. c. Dymont*, précité, aux pp. 427 et 428, dans un passage approuvé par le juge Sopinka, au nom de la majorité, dans l'arrêt *R. c. Kokesch*, précité, "L'interdiction qui est faite au gouvernement de s'intéresser de trop près à la vie des citoyens touche à l'essence même de l'État démocratique". De plus, dans l'arrêt *R. c. Wong*, à la p. 53, le juge La Forest, reconnaît, pour la majorité, que notre société "privilégie le fait d'être laissé tranquille. »

⁵⁷³ Chiao, *supra* note 168 à la p 314 : « It is not obvious why if the police have no inherent powers to search and require express delegation of power by Parliament to be active in that domain, they should have inherent powers to lure, encourage, or incite people into committing criminal offences. Offhand, it does not seem as if the latter context is more innocuous than the former or necessarily less prone to abuse. They are, to be sure, less likely to affect as many people as broad search powers, particularly in light of technological developments that enable population-level searches. But for those who are affected by undercover policing, the impact is likely to be much more significant than in the case of searches. »

⁵⁷⁴ *Ibid* à la p 313.

par une validation *ex post facto* afin de protéger les particuliers contre les intrusions injustifiées de l'État dans leur vie privée; il faut donc un moyen de prévenir les fouilles et les perquisitions inconstitutionnelles avant qu'elles ne se produisent : « Cela ne peut se faire, à mon avis, que par un système d'autorisation préalable et non de validation subséquente. »⁵⁷⁵ La Cour suprême dira plus tard que l'exigence du mandat a une « valeur fondamentale peu importe les contraintes imposées par les circonstances. »⁵⁷⁶ Vu les préoccupations que soulève la doctrine de la provocation policière, il y a lieu de se demander pourquoi cette doctrine n'agit que bien après les faits⁵⁷⁷. Puisqu'elle constitue un « contrepoids fondamental aux pouvoirs des policiers »⁵⁷⁸, l'obligation policière d'obtenir un mandat avant de procéder à une opération proactive serait rassurante: elle permettrait notamment d'avaliser les motifs objectifs détenus par les policiers et de pondérer les risques associés à une enquête par le biais de mécanismes légaux réfléchis⁵⁷⁹.

Soyons clairs : nous ne prétendons pas qu'il existera un jour une doctrine de la provocation policière annihilant tout risque de provocation policière⁵⁸⁰. La tolérance du droit à l'égard de ce risque ne disparaîtra pas; l'orientation préventive et la fonction normative du droit criminel militeront toujours en faveur d'une certaine acceptation de ce risque, malgré l'incohérence qu'il suscite⁵⁸¹. Ce constat n'est toutefois pas une invitation

⁵⁷⁵ *Hunter et autres c Southam Inc*, [1984] 2 RCS 145 à la p 160.

⁵⁷⁶ *R c Simmons*, [1988] 2 RCS 495 à la p 927.

⁵⁷⁷ Chiao, *supra* note 168 à la p 314 : « [...] the court simply proceeds on its own steam to evaluate the fairness of the investigation by appeal to substantive standards developed by the courts themselves. »

⁵⁷⁸ *R c Stairs*, *supra* note 431 au para 114.

⁵⁷⁹ Par ailleurs, elle assurerait une plus grande légitimité démocratique des pratiques policières proactives. Voir à cet égard Chiao, *supra* note 168 à la p 316 : « The purpose of imposing an "authorized by law" requirement on police activities [...] is to force deliberation and policymaking by an institution that is more democratically accountable and in a better position to consult widely than courts. »

⁵⁸⁰ À moins que nous osions nous projeter dans un futur dystopique tel que dépeint dans *Rapport minoritaire*, où les enquêtes policières seraient futiles. Voir Belleau et al, *supra* note 22 à la p 17 : « Dans *Rapport minoritaire*, l'ensemble de la preuve consiste dans la production de boules qui désignent la victime d'un côté et l'assassin de l'autre, du moment prévu du crime puis des images produites des *précogs*. Dès que la boule apparaît, la personne est désignée (*pronounced*) comme victime ou comme assassin (*killer*). La personne est donc condamnée avant même la formation de l'intention coupable dans tous les cas de meurtres, qu'ils soient passionnels, non prémédités ou prémédités. La preuve, par l'interprétation des visions des *précogs*, n'intervient donc qu'après la condamnation telle que décrétée par les boules. Cette condamnation n'est jamais remise en question. La séquence de la justice est donc inversée dans la mesure où il y a une condamnation préalable à l'examen de la preuve. »

⁵⁸¹ Nous pourrions aussi dire les opérations policières proactives mises en place symbolisent les efforts déployés par l'État pour renforcer les normes qu'il édicte, ce qui pourrait expliquer l'indifférence relative du droit à l'égard des risques de création étatique du crime qu'elles suscitent. Nous pouvons tracer un parallèle

au fatalisme. Des solutions concrètes existent bel et bien afin de minimiser le risque de création étatique du crime, mais encore faut-il reconnaître son existence. À cet égard, et à défaut d'une volte-face de la Cour suprême, une appropriation législative des enjeux posés par ce risque – s'il peut candidement être espéré qu'elle se produise⁵⁸² – saurait insuffler une réflexion collective sur les problèmes que ce mémoire a relevés et qui semblent aujourd'hui incrustés dans notre droit.

avec les remarques de Gilbert Tremblay au sujet de la normativité qui imprègne la notion d'acte volontaire au sens physique : « Même si le principe de l'acte volontaire au sens physique est reconnu constitutionnellement comme formant un des socles de l'imputabilité pénale, il importe de rappeler qu'en tant que notion juridique, le tracé précis de ses frontières demeure soumis à des considérations d'ordre public. Cette distinction banale, d'apparence purement descriptive, porte en effet la marque de la normativité inhérente à l'édifice juridique, c'est-à-dire de sa vocation à fournir à la société des standards de conduite et à contribuer au renforcement des normes. » (Gilbert Tremblay, *L'avenir*, supra note 147 aux pp 166-167). Le professeur s'inspire des propos de Hart, qui écrivait : « I think it quite vain to seek any more specific purpose which law as such serves beyond providing guides to human conduct and standards of criticism of such conduct. » (H.L.A. Hart, *The Concept of Law*, Oxford, Oxford University Press, 1994 à la p 249)

⁵⁸² Skolnik, *The Perils*, supra note 568 à la p 452 : « Furthermore, various political realities—majoritarianism, desire for re-election, inertia, costs—may actively discourage lawmakers from modifying or constraining police powers. »

Références bibliographiques

I. JURISPRUDENCE

A) Interne

Amato c La Reine, [1982] 2 RCS 418.

Beaumont c R, 2022 QCCA 1686.

Brodeur c R, 2021 QCCA 1141.

Carter c Canada (Procureur général), 2015 CSC 5.

Hunter et autres c Southam Inc, [1984] 2 RCS 145.

In Re Sproule, (1886) 12 SCR 140.

Kirzner c La Reine, [1978] 2 RCS 487.

Law Society of Saskatchewan c Abrametz, 2022 CSC 29.

Leary c La Reine, [1978] 1 RCS 29.

Lemieux c La Reine, [1967] RCS 492.

Luamba c Procureur général du Québec, 2022 QCCS 3866

R c Ahmad, 2020 CSC 11.

R v Ahmad, 2018 ONCA 534.

R c Alicandro, 2009 ONCA 113.

R c Babos, 2014 CSC 16.

R c Barnes, [1991] 1 RCS 449.

R c Beaudry, 2007 CSC 5.

R c Brodeur, 2021 QCCS 2401.

R c Campbell, [1999] 1 RCS 565.

R c Cawthorne, 2016 CSC 32.

R c Chehil, 2013 CSC 49.

R v Chu, 2009 BCPC 76.

R c Collins, [1987] 1 RCS 265.
R c Dare, 2022 CSC 47.
R v Darnley, 2020 ONCA 179.
R v Faqi, 2010 ABPC 157.
R v Faqi, 2011 ABCA 284.
R c Fearon, 2014 CSC 77.
R c Friesen, 2020 CSC 9.
R c Haniffa, 2022 CSC 46.
R c Hufsky, [1988] 1 RCS 621.
R v Gowdy, 2014 ONCJ 592.
R v Imoro, (2008) 235 CCC (3d) 86 (ONSC).
R v Imoro, 2010 ONCA 122.
R v Imoro, 2010 CSC 50.
R c Jaffer, 2022 CSC 45.
R v Jaffer, 2018 ONSC 1271.
R c Jewitt, [1985] 2 RCS 128.
R c Kang-Brown, 2008 CSC 18.
R c Le, 2019 CSC 34.
R c Legare, 2009 CSC 56.
R c Levigne, 2009 CSC 56.
R v Louis, 2017 ONCJ 59.
R c Mack, [1988] 2 RCS 903.
R c Mann, 2004 CSC 52.
R v McLeod, 2011 BCSC 1812.
R v Mercer, 2017 NSPC 20.
R c Morrison, 2019 CSC 15.
R c Nasogaluak, 2010 CSC 6.

R v Nuttall, 2018 BCCA 479.
R c Osadchuk, 2020 QCCQ 2166.
R v Pengelley, 2010 ONSC 5488.
R c Ramelson, 2022 CSC 44.
R v Ramelson, 2021 ONCA 328.
R v Razon, 2021 ONCJ 616.
R c Saeed, 2016 CSC 24.
R v Sigurdson, 2002 BCPC 19.
R c Simmons, [1988] 2 RCS 495.
R v Simpson, (1993) 12 OR (3d) 182 (ONCA).
R c Stairs, 2022 CSC 11.
R c Sullivan, 2022 CSC 19.
R c Tessling, 2004 CSC 67.
R v Virgo, [1993] OJ No 2618 (ONCA).
R c Williams, 2010 ONSC 1698.
R v Wing, 2018 BCPC 333.
R v Yee, 2009 BCPC 639.
R v Young, (1984) 40 C.R. (3d) 289 (ONCA).
Renvoi sur la Motor Vehicle Act (C-B), [1985] 2 RCS 486.
Rothman c R, [1981] 1 RCS 640.
Rourke c La Reine, [1978] 1 RCS 1034.

B) Externe

Board of commissioners v Backus, 29 How Pr 33 (NY Sup Ct 1864).
Casey v United States, 276 US 413 (1928).
Sherman v United States, 356 US 369 (1958).
Sorrells v United States, 287 US 435 (1932).

The Metropolitan Bank Ltd, and Arthur Cooper The Liquidator Thereof v Alexander Gopsell Pooley, LR 10 App Cas 210 (1885).

United States v Russell, 411 U.S. 423 (1973).

United States v Whittier, 28 F Cas 591 (ED Mo 1878).

Woo Wai v United States, 223 F 412 (9th Cir 1915).

II. LÉGISLATION

Charte canadienne des droits et des libertés, partie I de *La loi constitutionnelle de 1982*, constituant l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada (R-U)*, 1982, c 11.

Code criminel, LRC 1985, c C-46

III. DOCTRINE

A) Articles de périodiques, articles publiés dans des ouvrages collectifs, chapitres de monographies

Allen, Ronald J., Melissa Luttrell et Anne Kreeger, « Clarifying Entrapment » (1999) 89:22, *Journal of Criminal Law and Criminology*, 407.

Ashworth, Andrew. « Re-drawing the Boundaries of Entrapment » (2002) *Criminal Law Review* 161.

Ashworth, Andrew. « Testing Fidelity to Legal Values: Official Involvement and Criminal Justice » (2000) 63:5 *The Modern Law Review* 633.

Ashworth, Andrew. « What is Wrong with Entrapment » (1999) 1999:2 *Singapore Journal of Legal Studies* 293.

Asp, Petter. « Preventionism and Criminalization of Nonconsummate Offences » dans *Prevention and the Limits of the Criminal Law*, Andrew Ashworth et al., dir, Oxford, Oxford University Press, 2013.

Barrie, David G. « Patrick Colquhoun, the Scottish Enlightenment and Police Reform in Glasgow in the Late Eighteenth Century » (2008) 12 *Crime, Histoire & Sociétés / Crime, History & Societies* 59.

- Belleau, Marie-Claire, Valérie Bouchard et Rebecca Johnson. « Droit, cinéma et doute : Rapport minoritaire » (2009) 14 *Lex Electronica* 1.
- Bernier, Dominique et Olivier Grondin. « Provocation policière » dans Simon Roy et Marie-Pierre Robert, dir, *Jurisclasseur Québec - Collection droit pénal*, LexisNexis Canada, Montréal, 2022.
- Bonner, Tim « Entrapment: Sorrells to Russell » (1973-1974) 49:3 *Notre Dame Lawyer* 579.
- Bozbayindir, Ali Emrah. « The Advent of Preventive Criminal Law: An Erosion of the Traditional Criminal Law? » (2018) 29:1 *Criminal Law Forum* 25.
- Campisi, Lisa et al. « Autism Spectrum Disorder » (2018) 127 :1 *British Medical Bulletin* 91.
- Chiao, Vincent. « Policing entrapment » (2021) 1:44 *Manitoba Law Journal* 295.
- Clarke, Ronald V. « Opportunity Makes the Thief. Really? And So What? » (2012) 1:1 *Crime Science* 3.
- Davies, F.G. « Abuse of Process—An Expanding Doctrine » (1991) *The Journal of Criminal Law*, 55:3, 374.
- DeFeo, Michael. « Entrapment As A Defense to Criminal Responsibility: Its History, Theory and Application » (1966) 1:1 *University of San Francisco Law Review* 243.
- Dell'ossoa Liliana et al. « From Asperger's Autistischen Psychopathen to DSM-5 Autism Spectrum Disorder and Beyond: A Subthreshold Autism Spectrum Model », (2016) 12 *Clinical Practice & Epidemiology in Mental Health* 120.
- Duff, R A et al., « Introduction: Towards a Normative theory of the Criminal Trial » dans R A Duff et al., dir, *The Trial on Trial : Truth and Due Process*, vol 1, Londres, Bloomsbury, 2004.
- Dworkin, Gerald. « The Serpent Beguiled Me and I Did Eat : Entrapment and the Creation of Crime » (1985) 4 *Law and Philosophy* 17.
- Emsley, Clive. « Espaces policiers, XVIIe-XXe siècles. Police, maintien de l'ordre et espaces urbains : une lecture anglaise » (2003) 50 *Revue d'histoire moderne & contemporaine* 5.
- Findley, Keith A. « Toward a New paradigm of Criminal Justice: How the Innocence movement Merges Crime Control and Due Process » (2008) 41 *Texas Tech Law Review* 113.
- Frampton, T Ward. « Predisposition and Positivism: The Forgotten Foundations of the Entrapment Doctrine Criminal Law » (2013) 103:1 *J Crim L & Criminology* 111.

- Friedland, Martin L. « Criminal Justice in Canada Revisited » (2004) 48:4 Criminal Law Quarterly 419.
- Gilbert Tremblay, Ugo. « Provocation, colère et contrôle de soi : la « personne ordinaire » est-elle soluble dans les neurosciences ? » (2016) 50:2 Revue juridique Thémis de l'université de Montréal 273.
- Giusti, Jérôme. « De quoi « anonymat » est-il le nom ? Exploration en terrain mouvant » (2015) 4:1 Effeillage, 24.
- Haeg, Jonas. « Entrapment and Manipulation » (2022) 28:4 Res Publica 557.
- Halard, Guillaume. « Réflexions sur la provocation policière » (2018) 1:1 Revue de science criminelle et de droit pénal comparé 31.
- Heyman, Steven J. « The First Duty of Government: Protection, Liberty and the Fourteenth Amendment » 41 Duke Law Journal 507.
- Hill, Daniel J, Stephen K McLeod et Attila Tanyi. « What Is the Incoherence Objection to Legal Entrapment? » (2022) 22:1 Journal of Ethics and Social Philosophy 47.
- Ho, Hock Lai. « State Entrapment » (2013) 31:1 Legal Studies 71.
- Hodgen, Gage G. « Resuscitating the Entrapment Defense: A Statutory Approach » (2021) 55:1 Columbia Journal of Law and Social Problems 103.
- Holmes, Oliver Wendell. « The Path of the Law », 10:8 Harvard Law Review 457.
- Insalaco, Richard C. et Peter G. Fitzgerald, « Denying the Crime and Pleading Entrapment: Putting the Federal Law in Order » (1987) 20 University of Michigan Journal of Law Reform 567.
- Jacob, I H. « The Inherent Jurisdiction of the Court » (1970) 23:1 Current Legal Problems 23.
- Katyal, Neal Kumar. « Criminal Law in Cyberspace » (2001) 149:4 University of Pennsylvania Law Review 1003.
- Kettles, Brent. « The Entrapment Defence in Internet Child Luring Cases » (2011) 16:1 Canadian Criminal Law Review 89.
- Kim, Hochan. « Entrapment, Culpability, and Legitimacy » (2020) 39:1 Law & Phil 67.
- L'Heureux-Dube, Claire. « The Dissenting Opinion: Voice of the Future? » (2000) 38:3 Osgoode Hall Law Journal 495.
- Lippke, Richard L. « A Limited Defense of What Some Will Regard as Entrapment » (2017) 23:4 Legal Theory 283.

- Loftin, Rachel. « Sexual Offending and ASD » dans Fred R Volkmar et al., dir, *Handbook of Autism Spectrum Disorder and the Law*, New York, Springer, 2021.
- MacDonnell, Vanessa. « Assessing the Impact of the Ancillary Powers Doctrine on Three Decades of Charter Jurisprudence » (2012) 57 *The Supreme Court Law Review: Osgoode's Annual Constitutional Cases Conference* 225 à la p 237.
- Mahoney, Mark J. « Defending Men with Autism Accused of Online Sexual Offenses » dans Fred R Volkmar et al., dir, *Handbook of Autism Spectrum Disorder and the Law*, New York, Springer, 2021.
- Mann, Charlotte C et Amanda M Karsten. « Assessment and Treatment of Prosody Behavior in Individuals with Level 1 Autism: A Review and Call for Research. » (2022) 37:2 *The Analysis of Verbal Behavior* 171.
- Marcus, Paul. « Proving Entrapment Under the Predisposition Test » (1987) 14 *American Journal of Criminal Law* 53.
- McMullan, John L. « The Arresting Eye: Discourse, Surveillance and Disciplinary Administration in Early English Police Thinking » (1998) 7 *Social & Legal Studies* 97.
- Menzie, Laurent et Taryn Hepburn. « Harm in the Digital Age: Critiquing the Construction of Victims, Harm, and Evidence in Proactive Child Luring Investigations » (2020) 43:3 *Manitoba Law Journal* 391.
- Monkkonen, Eric H. « History of Urban Police » (1992) 15 *Crime and Justice* 547.
- Murphy, Brendon et John R Anderson. « After the Serpent Beguiled Me: Entrapment and Sentencing in Australia and Canada », (2014) 39:2 *Queen's Law Journal* 621.
- Normandeau, André et al., « Police et violence collective » dans Denis Szabo, dir, *Police, culture et société*, Montréal, Presses de l'Université de Montréal, 1974, 91.
- Orfield, Lester B. « The Defense of Entrapment in the Federal Courts » (1967) 1967:1 *Duke Law Journal* 39.
- Ormerod, David et Andrew Roberts. « The Trouble with Teixeira: Developing a Principled Approach to Entrapment » (2002) 6:1 *The International Journal of Evidence & Proof* 38.
- Packer, Herbert L. « Two Models of the Criminal Process » (1964) 113 *University of Pennsylvania Law Review* 1.
- Park, Roger. « The Entrapment Controversy » (1976) 60:2 *Minnesota Law Review* 163.
- Penney, Steven M. « Entrapment Minimalism: Shedding the "No Reasonable Suspicion or Bona Fide Inquiry" Test » (2019) 44:2 *Queen's Law Journal* 356.

- Pinard, Danielle. « Le droit et le fait dans l'application des standards et la clause limitative de la Charte canadienne des droits et libertés » (1989) 30:1 *Les Cahiers de droit* 137.
- Popescu, Monica. « L'institution du modèle libéral de police au Québec » (2021) 51:2 *Revue générale de droit* 403.
- Ramsay, Peter. « Democratic Limits to Preventive Criminal Law » dans *Prevention and the Limits of the Criminal Law*, Andrew Ashworth et al., dir, Oxford, Oxford University Press, 2013.
- Roach, Kent. « Entrapment and Equality in Terrorism Prosecutions: A Comparative Examination of North American and European Approaches » (2011) 80:4 *Mississippi Law Journal*, 1455.
- Roach, Kent. « Four Models of the Criminal Process Criminology » (1998) 89:2 *Journal of Criminal Law and Criminology* 671.
- Rocher, Guy. « Pour une sociologie des ordres juridiques » (1988) 29:1 *Les Cahiers de droit* 91.
- Rogers, Jonathan. « The Boundaries of Abuse of Process in Criminal Trials » (2008) 61:1 *Current legal problems* 289.
- Roiphe, Rebecca. « The Serpent Beguiled Me: A History of the Entrapment Defense » (2002) 33:2 *Seton Hall Law Review*, 257.
- Roth, Jessica A. « The Anomaly of Entrapment » (2014) 91 *Wash. U. L. Rev.* 979.
- Sankoff, Peter et Stéphane Perrault, « Suspicious Searches : What's so Reasonable About Them? » (1999) 24 *Criminal Reports* 23.
- Schöttle, D, et al. « Sexuality in Autism: Hypersexual and Paraphilic Behavior in Women and Men with High-Functioning Autism Spectrum Disorder » (2017) 19:4 *Dialogues in Clinical Neuroscience* 381.
- Seidman, Louis Michael. « The Supreme Court, Entrapment, and Our Criminal Justice Dilemma » (1981) 1981 *The Supreme Court Review* 111.
- Skolnik, Terry et Vanessa MacDonnell. « Policing Arbitrariness: Fleming v. Ontario and the Ancillary Powers Doctrine » (2021) 100 *Supreme Court Law Review* (2d) 186.
- Skolnik, Terry. « Racial profiling and the perils of ancillary police powers » (2021) 99:2 *Canadian Bar Review* 429.

- Skolnik, Terry. « Criminal Justice Reform: A Transformative Agenda » (2022) 59:3 *Alberta Law Review* 631.
- Skolnik, Terry. « The Suspicious Distinction between Reasonable Suspicion and Reasonable Grounds to Believe » (2016) 47:1 *Ottawa Law Review* 223.
- Smith, Steven, Veronica Stinson et Marc Patry. « Using the “Mr. Big” technique to elicit confessions: Successful innovation or dangerous development in the Canadian legal system? » (2009) 15:3 *Psychology, Public Policy, and Law* 168.
- Squires, Dan. « The Problem with Entrapment » (2006) 26:2 *Oxford Journal of Legal Studies* 351.
- Steiker, Carol. « The Limits of the Preventive State » (1998) 88:3 *Journal of Criminal Law and Criminology* 771.
- Stevenson, Dru. « Entrapment and Terrorism » (2008) 49:1 *Boston College Law Review* 125.
- Stitt, B Grant et Gene G James. « Entrapment and the Entrapment Defense: Dilemmas for a Democratic Society » (1984) 3:1 *Law and Philosophy* 111.
- Stober, Michael. « Persistent Importuning for a Defence of Entrapment » (1988) 33 *Revue de droit de McGill* 400.
- Stober, Michael. « The Limits of Police Provocation in Canada » (1992) 34 *Criminal Law Quarterly* 290.
- Stribopoulos, James. « In Search of Dialogue: The Supreme Court, Police Powers and the Charter » (2005) 31:1 *Queen’s Law Journal* 1.
- Thorburn, Malcolm. « Reinventing the Night-Watchman State » (2010) 60 *University of Toronto Law Journal* 425.
- Tulich, Tamara. « Critical Reflections on Preventive Justice » dans Tamara Tulich et al., dir, *Regulating Preventive Justice*, London, Routledge, 2017.
- Volkmar, Fred R et al. « An Introduction to Autism and the Autism Spectrum » dans Fred R Volkmar et al., dir, *Handbook of Autism Spectrum Disorder and the Law*, New York, Springer, 2021.
- Wauhop, Brian. « Mindblindness: Three Nations Approach the Special Case of the Criminally Accused Individual with Asperger's Syndrome » (2009) 27:3 *Penn State International Law Review* 959.
- Westen, Peter. « Individualizing the Reasonable Person in Criminal Law » (2008) 2:2 *Criminal Law and Philosophy* 137.

- Whelan, Maura. « Lead Us Not Into (Unwarranted) Temptation: A Proposal to Replace the Entrapment Defense With a Reasonable-Suspicion Requirement » (1985) 133:5 University of Pennsylvania Law Review 1193.
- Whitman, James Q. « The Two Western Cultures of Privacy: Dignity Versus Liberty » (2004) 113 Yale Law Journal 1151.
- Zaia, Mathew. « Scraping in Cyberspace : Police Entrapment in the Virtual World » (2022) 26 Revue canadienne de droit pénal 203.
- Zedner, Lucia et Andrew Ashworth, « The Rise and Restraint of the Preventive State » (2019) 2 Annual Review of Criminology 429
- Zedner, Lucia. « Policing Before and After the Police: The Historical Antecedents of Contemporary Crime Control » (2006) 46 British Journal of Criminology 78.
- Zedner, Lucia. « Pre-Crime and Post-Criminology? » (2007) 11:2 Theoretical Criminology 261.

B) Monographies

- Ashworth, Andrew et Lucia Zedner. *Preventive Justice*, Oxford Monographs on Criminal Law and Justice, Oxford, Oxford University Press, 2014.
- Choo, Andrew L-T. *Abuse of Process and Judicial Stays of Criminal Proceedings*, 2^e éd, Oxford Monographs on Criminal Law and Justice, Oxford, Oxford University Press, 2008.
- Commaille, Jacques. *À quoi nous sert le droit?*, Paris, Gallimard, 2015
- Duff, R A. *Punishment, Communication and Community*, Oxford, Oxford University Press, 2001.
- Emsley, Clive. *A Short History of Police and Policing*, Oxford, Oxford University Press, 2021.
- Farmer, Lyndsay. *Making the Modern Criminal Law*, Oxford, Oxford University Press, 2016.
- Feinberg, Joel. *Doing and Deserving: Essays in the theory of Responsibility*, Princeton, Princeton University Press, 1970.
- Felson, Marcus et Ronald V Clarke. *Opportunity Makes the Thief: Practical Theory for Crime Prevention*, Barry Webb, Police Research Series 98, Londres, 1998.

Gilbert Tremblay, Ugo. *L'avenir de la responsabilité criminelle : neurosciences, libre arbitre et imputabilité*, Montréal, Édition Thémis, 2023.

Hart, H.L.A. *The Concept of Law*, Oxford, Oxford University Press, 1994.

Martin, Olivier et Éric Dagiral. *L'ordinaire d'internet*, Individu et Société, Paris, Armand Colin, 2016.

Mill, John Stuart. *On Liberty*, Harmondsworth, Penguin, 1979.

Murchison, Kenneth M. *Federal Criminal Law Doctrines: The Forgotten Influence of National Prohibition*, New York, Duke University Press, 1994.

Packer, Herbert L. *The Limits of the Criminal Sanction*, Stanford, Stanford University Press, 1968.

Parent, Hugues. *Traité de droit criminel*, 1^{ère} édition, Tome 1, Montréal, Thémis, 2003

Platon. *La République*, Paris, GF-Flammarion, 2016.

Posner, Richard A. *The Problems of Jurisprudence*, Cambridge, Harvard University Press, 1990.

Roach, Kent. *Due Process and Victims' Rights: The New Law and Politics of Criminal Justice*, Toronto, University of Toronto Press, 1999.

C) Ressources électroniques

American Psychiatric Association, « DSM-5: Manuel diagnostique et statistique des troubles mentaux », 5^e éd., 2015, Issy-les-Moulineaux, Elsevier Masson, en ligne : <<https://psyclinices.files.wordpress.com/2020/03/dsm-5-manuel-diagnostique-et-statistique-des-troubles-mentaux.pdf> >.

Centre national pour la prévention de la criminalité, *Rapport international sur la prévention de la criminalité et la sécurité quotidienne : prévenir la cybercriminalité*, Montréal, 2018, en ligne: < https://cipc-icpc.org/wp-content/uploads/2019/08/CIPC_Rapport_2018.pdf >.

Fédération québécoise de l'autisme, « L'autisme en 5 questions » en ligne : <<https://www.autisme.qc.ca/comprendre/quest-ce-que-le-tsa.html>>.

Human Rights Watch, « Illusion of Justice Human Rights Abuses in US Terrorism Prosecutions », en ligne: <<https://www.hrw.org/report/2014/07/21/illusion-justice/human-rights-abuses-us-terrorism-prosecutions>>.

Mémoire d'appelant Muhammad Abbas Jaffer à la Cour suprême, 10 mars 2022, en ligne <https://www.scc-csc.ca/WebDocumentsDocumentsWeb/39676/FM010_Applicant_Muhammad-Abbas-Jaffer.pdf>.

D) Autres sources

Gilbert Tremblay, Ugo. *Les frontières négociées du visible : essai sur l'origine du besoin de surveillance*, L'Inconvénient, numéro 92 (printemps 2023) 32.

Lefebvre, Gabriel. *Les infortunes de l'autisme de type Asperger en droit pénal canadien*, Université de Montréal, 2022 (version de soutenance).

Stylios, Alexandre. *L'aveu dans les traditions occidentales accusatoire et inquisitoire*, Université de Montréal, 2016 (version de soutenance).

Annexes

Annexe 1 – Conversation entre Jaffer et le leurre policier⁵⁸³

25/10/2014 1:22:33 AM(UTC+0),

Hey, was just wondering what your rates are. Also great job with your body, you look fit as hell :)

25/10/2014 1:23:21 AM(UTC+0), 8193038846

120 hh hun no greek

25/10/2014 2:38:23 AM(UTC+0),

Can I come for 100? That's all I can do with right now

25/10/2014 2:41:41 AM(UTC+0), 8193038846

ok for 20 mins no bareback or anal ok

25/10/2014 2:51:03 AM(UTC+0),

Ok I think I can come then..but I forgot to ask if you do foot fetish

25/10/2014 2:51:43 AM(UTC+0),

If it helps I'm really for like you so you'll enjoy it ;)

25/10/2014 2:54:00 AM(UTC+0),

oops meant to say ..I'm a bodybuilder like you * so you'll enjoy it

25/10/2014 2:58:11 AM(UTC+0), 8193038846

wow how old r u

25/10/2014 2:57:00AM(UTC+0),

22

25/10/2014 2:57:42 AM(UTC+0),

I know you're probably asking why a bodybuilder like me doesn't have a gf..it's because I'm way too busy with my job. One day..

25/10/2014 2:58:32 AM(UTC+0),

For now I've gotta have a sex release through escorts since it takes less time and no commitments

25/10/2014 3:00:14 AM(UTC+0), 8193038846

lol ok...well im not quite 18 yet r u ok with that

25/10/2014 3:00:19 AM(UTC+0),

So...do you do foot fetishes lol?I've got a thing for sweat (figures lol) so if u can wear your sweaty socks that'd be even better

25/10/2014 3:00:48 AM(UTC+0), 8193038846

sure hun i can try

⁵⁸³ Mémoire d'appelant Muhammad Abbas Jaffer à la Cour suprême, *supra* note 314 au para 15.

25/10/2014 3:00:59 AM(UTC+0),

Yeah I'm ok...but how much younger are u? 17?

25/10/2014 3:01:52 AM(UTC+0), 8193038846

im turning 16 on Sunday but i look 18

25/10/2014 3:02:22 AM(UTC+0),

Urn...ok but how do I know you're not a cop?

25/10/2014 3:02:45 AM(UTC+0),

I really don't want to get in trouble ya know

25/10/2014 3:03:28 AM(UTC+0), 8193038846

and i definitely don't want trouble

25/10/2014 3:03:57 AM(UTC+0),

Ok can I ask why you're escorting if it's ok with u? Usually people your age don't know about this industry

25/10/2014 3:04:48 AM(UTC+0),

Just curios

25/10/2014 3:04:52 AM(UTC+0), 8193038846

my friend got me into it...i just need the money i dont do this all the time its my second time honestly i need the money :)

25/10/2014 3:05:27 AM(UTC+0),

I see...I like that you're honest, i can trust u then:). So I'll come then but please please let's keep this between ourselves

25/10/2014 3:06:38 AM(UTC+0), 8193038846

lol r u crazy no im not a cop..i should be the one worried ur thr bodybuilder

25/10/2014 3:05:59 AM(UTC+0), 8193038846

u better promise not to tell

25/10/2014 3:06:06 AM(UTC+0),

Lol I'm a very nice guy and would never ever hurt a woman. Even though I'm Strong ;D

25/10/2014 3:06:22 AM(UTC+0),

So can you wear your sweaty socks then?

25/10/2014 3:06:40 AM(UTC+0),

I promise

25/10/2014 3:06:49 AM(UTC+0), 8193038846

u want me to wear socks while u fuck me?

25/10/2014 3:07:09 AM(UTC+0),

Sweaty ones yeah I love the smell of a sweating tough girl

25/10/2014 3:07:46 AM(UTC+0),

Btw where are u located? Because I'm about to leave

25/10/2014 3:08:18 AM(UTC+0), 8193038846

lol ok but be gentle ok..and do u have a condom cause i only have one left

25/10/2014 3:08:42 AM(UTC+0),

Shoot I think I have one or 2

25/10/2014 3:09:01 AM(UTC+0),

But I already left te house so it'll be annoying toget back

25/10/2014 3:09:08 AM(UTC+0),

Can we just use that one?

25/10/2014 3:08:16 AM(UTC+0), 8193038846

ok leslie n hwy 7 txt me when u get there n i will givr u hotel

25/10/2014 3:10:02 AM(UTC+0),

Ok :)

25/10/2014 3:10:13 AM(UTC+0), 8193038846

how long hun

25/10/2014 3:10:45 AM(UTC+0),

I'll probably be there in 10 min

25/10/2014 3:11:28 AM(UTC+0),

I live close

25/10/2014 3:11:42 AM(UTC+0),

Maybe 15 min

25/10/2014 3:13:22 AM(UTC+0), 8193038846

ok hun just waha make sure im ready for u

25/10/2014 3:14:03 AM(UTC+0),

Thank you :) u sound sweet in a hot way

25/10/2014 3:17:25 AM(UTC+0),

Ok so I'm just at leslie now and highway 7

25/10/2014 3:19:02 AM(UTC+0),

Hello hello

25/10/2014 3:21:11 AM(UTC+0),

1 outgoing call

25/10/2014 3:21:35 AM(UTC+0), 8183038846

sorry hun staybridge suites

25/10/2014 3:21:50AM (UTC+0),

Ok

25/10/2014 3:21:56 AM(UTC+0), 8183038846

355 south park rd

25/10/2014 3:26:11 AM(UTC+0),

Ok I think I'm there

25/10/2014 3:26:40 AM(UTC+0),

Yup this is it

25/10/2014 3:26:48 AM(UTC+0), 8193038846

rm 319 hun

25/10/2014 3:27:38 AM(UTC+0), 8193038846

come up hun

25/10/2014 3:27:55 AM(UTC+0),

Sure thing :)

Annexe 2 – Reproduction du tableau de Menzie et Hepburn sur les opérations policières proactives en matière de leurre⁵⁸⁴

	Real Victim	History of Offending	Communication	Other Charges	Conviction
R v RA, 2019	1	0	1	1	Y
R v Weiland, 2019	0	0	0	1	N
R v Vander Leeuw, 2019	0	0	1	1	Y
R v CDR, 2019	0	0	0	0	Y
R v King, 2019	0	0	0	0	Y
R v Olynick, 2019	0	0	0	0	Y
R v Parks, 2018	0	0	0	0	Y
R v Haniffa, 2018	0	0	0	0	Y
R v Freeman, 2018	0	0	0	1*	Y
R v Randall, 2018	0	0	0	0	Y
R v Chheda, 2018	0	0	0	0	Y
R v Barnes, 2018	0	0	0	0	Y
R v Birley, 2018	0	0	0	0	N
R v Thakre, 2017	0	0	0	0	Y

⁵⁸⁴ Menzie et Hepburn, *supra* note 388 aux pp 21-24.

R v Jaffer, 2018	0	0	0	0	Y
R v Allen, 2018	0	0	0	1**	Y
R v Wheeler, 2017	0	0	0	0	Y
R v Gucciardi, 2017	0	0	0	0	Y
R v Drury, 2017	0	0	0	0	Y
R v Gardner, 2017	0	1	1	0	Y
R v Harris, 2017	0	0	0	0	Y
R v Mills, 2017	0	0	0	0	Y
R v Gowdy, 2016	0	0	0	0	Y
R v KBR, 2016	0	0	1	0	Y
R v Cooper, 2016	0	0	0	0	Y
R v Ghotra, 2016	0	0	0	0	Y
R v Rodwell, 2016	0	0	0	1	Y
R v Lambe, 2015	0	0	0	0	Y
R v Froese, 2014	0	0	0	0	Y
R v Slade, 2015	0	1	1	1	Y
R v Morrisson	0	0	0	0	A***

R v Brown, 2014	0	1	0	1	Y
R v RY, 2014	0	0	1	1	Y
R v Stiltz, 2013	0	0	0	0	Y
R v Walther, 2013	0	0	0	1	Y
R v Doxtator, 2013	0	0	0	1	Y
R v White, 2013	0	0	1	1	Y
R v Dobson, 2013	0	0	0	0	Y
R v Thaiyagarajah, 2012	1	1	1	1	Y
R v Cooke, 2012	0	0	0	0	Y
R v McCall, 2011	0	0	0	0	Y
R v Holland, 2011	0	0	0	0	Y
R v Somogy, 2010	0	0	1	1	Y
R v Sargent, 2010	1	0	1	1	Y
R v RJS, 2010	0	0	1	1****	Y
R v Pengelley	0	0	0	0	N
R v MacIntyre, 2009	0	0	0	0	Y

R v Nichol, 2009	0	1	1	0	Y
R v Moodie, 2009	0	1	1	1	Y
R v Armstrong, 2009	0	1	1	1	Y
R v Bergeron, 2009	0	0	0	1	Y
R v Read	0	0	0	0	Y
R v Villeneuve	0	0	0	0	Y
R v Arrojado, 2008	0	0	0	0	Y
R v Gurr, 2007	0	0	1	1	Y
R v Dhandukia, 2007	0	0	0	0	Y
R v Randall, 2006	0	0	0	0	Y
R v Folino, 2005	0	0	0	0	Y
R v Jepson, 2004	0	0	0	0	Y
R v Harvey	0	0	1	1	Y
R v Blanchard, 2003	0	0	0	0	Y

* charged with “child pornography” because of a sexual conversation online with the police officer ** charged with “making pornography available” while talking to the police officer *** conviction dismissed at the SCC; new trial ordered **** charged with accessing an open