

Université de Montréal

La défense de provocation : une articulation des principes de détermination de la peine

Par

Jimmy Simard

Études supérieures

Faculté de droit

Mémoire présenté à la Faculté de droit  
en vue de l'obtention du grade de maître

LL.M. en droit (avec mémoire)

Option générale

Novembre 2012

© Jimmy Simard 2012



Université de Montréal  
Faculté de droit

Ce mémoire intitulé :  
La défense de provocation : une articulation des principes de détermination de la peine

Présenté par :  
Jimmy Simard

A été évalué par un jury composé des personnes suivantes :

Pr. Amissi Manirabona, président-rapporteur  
Pr. Hugues Parent, directeur de recherche  
Pr. Han Ru Zhou, membre du jury



## Résumé

Ce mémoire aborde la question des fondements moraux de la défense de provocation. Les concepts actuellement utilisés pour analyser ces fondements sont habituellement ceux de justification et d'excuse. À notre avis, la défense de provocation doit plutôt être interprétée comme une articulation particulière des principes gouvernant la détermination de la peine. Les deux premiers chapitres seront consacrés respectivement au concept de justification et d'excuse, et auront pour objet d'écarter leur paradigme de l'analyse des fondements de la défense de provocation. Le troisième chapitre montre comment il est possible de conceptualiser le moyen de défense comme une articulation des principes de détermination de la peine.

**Mots-clé** : Provocation, Excuse, Justification, Détermination de la peine

## Abstract

The present work addresses the question of the moral basis for the defense of provocation. The concepts used today to analyze these bases are usually those of justification and excuse. It is suggested that the defense of provocation should rather be interpreted as a particular articulation of the principles governing the sentencing. The first two chapters cover, respectively, the concepts of justification and excuse, and aim to refute the paradigms of analysis attached to each concept regarding the basis of the defense of provocation. The third chapter demonstrates that it is quite easily possible to conceptualize the defense of provocation as an articulation of the sentencing principles.

**Keywords** : Provocation, Excuse, Justification, Sentencing



## Table des matières

Résumé.....	i
Abréviations.....	v
Introduction.....	1
La distinction entre les justifications et les excuses.....	6
Le caractère partiel des concepts .....	10
Chapitre 1 – Les relations entre les justifications, les raisons pour agir et la défense de provocation .....	15
Section 1.1 – La négation du caractère mauvais de l’acte .....	17
Section 1.2 – La justification de l’agent et de l’acte .....	27
1.2.1 – La justification subjective .....	29
1.2.2 – La justification objective.....	33
Section 1.3 – Le caractère partiel des justifications et la défense de provocation .....	39
Conclusion du premier chapitre .....	49
Chapitre 2 – Les relations entre les excuses, la responsabilité et la culpabilité.....	51
Section 2.1 – La responsabilité dite élémentaire.....	57
2.1.1 – L’acte volontaire.....	63
2.1.2 – La capacité de contrôler sa conduite .....	75
Section 2.2 – Le caractère en tant qu’objet du droit criminel.....	83
2.2.1 – Les théories identifiant le caractère des agents comme étant l’objet véritable du droit criminel .....	87
2.2.2 – Les théories identifiant les actes des agents comme étant les objets véritables du droit criminel.....	93
Section 2.3 – Le caractère auxiliaire de l’excuse à l’accusation .....	105
Conclusion du second chapitre .....	109

Chapitre 3 – Les relations entre les principes de détermination de la peine et la défense de provocation.....	111
Section 3.1 – Les principes de la détermination de la peine.....	113
Section 3.2 – La provocation en tant qu'articulation du principe de proportionnalité.....	119
Section 3.3 – La provocation en tant qu'articulation des principes conséquentialistes .....	129
Conclusion du troisième chapitre .....	144
Conclusion.....	145
Tables bibliographiques .....	149
Table de la législation.....	149
Table des jugements .....	150
Jurisprudence canadienne.....	150
Jurisprudence américaine .....	152
Jurisprudence anglaise.....	152
Bibliographie.....	153
Monographies et recueils.....	153
Articles de revue.....	155
Pages internet .....	159

## **Abréviations**

C.cr. : Code criminel

C.c.D.L. : Charte canadienne des Droits et Libertés, partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*  
[annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (1982) R.-U., c. 11]

C.p.p. : Code de procédure pénale



## Introduction

[1] Le droit criminel canadien prévoit, lorsqu'une personne est accusée de meurtre, un moyen de défense spécifique qui s'appelle la défense de provocation. Contrairement aux autres moyens de défenses, la provocation n'est pas d'application générale. Elle ne s'applique qu'à l'encontre d'une accusation de meurtre.<sup>1</sup>

[2] De plus, contrairement à la plupart des autres moyens de défense, la provocation n'a pas pour conséquence légale l'acquittement de l'accusé. Son action a plutôt pour effet de réduire un meurtre à un homicide involontaire coupable.

[3] S'agissant d'un moyen de défense « positif », la provocation ne vient pas nier la présence d'un élément constitutif du crime, mais présente certains éléments circonstanciels supplémentaires. Son application obéit aux trois conditions impératives que sont : 1) l'agent doit avoir agi lors d'un accès de colère, 2) cette colère doit avoir été causée par une provocation

---

<sup>1</sup> La défense de provocation est prévue à l'article 232 C.cr. :

### **Meurtre réduit à un homicide involontaire coupable**

**232.** (1) Un homicide coupable qui autrement serait un meurtre peut être réduit à un homicide involontaire coupable si la personne qui l'a commis a ainsi agi dans un accès de colère causé par une provocation soudaine.

### **Ce qu'est la provocation**

(2) Une action injuste ou une insulte de telle nature qu'elle suffise à priver une personne ordinaire du pouvoir de se maîtriser, est une provocation pour l'application du présent article, si l'accusé a agi sous l'impulsion du moment et avant d'avoir eu le temps de reprendre son sang-froid.

### **Questions de fait**

(3) Pour l'application du présent article, les questions de savoir :

*a)* si une action injuste ou une insulte déterminée équivalait à une provocation;

*b)* si l'accusé a été privé du pouvoir de se maîtriser par la provocation qu'il allègue avoir reçue,

sont des questions de fait, mais nul n'est censé avoir provoqué un autre individu en faisant quelque chose qu'il avait un droit légal de faire, ou en faisant une chose que l'accusé l'a incité à faire afin de fournir à l'accusé une excuse pour causer la mort ou des lésions corporelles à un être humain.

### **Mort au cours d'une arrestation illégale**

(4) Un homicide coupable qui autrement serait un meurtre n'est pas nécessairement un homicide involontaire coupable du seul fait qu'il a été commis par une personne alors qu'elle était illégalement mise en état d'arrestation; le fait que l'illégalité de l'arrestation était connue de l'accusé peut cependant constituer une preuve de provocation pour l'application du présent article. »

soudaine et 3) cette provocation doit être une action injuste ou une injure de telle nature qu'elle suffise à priver une personne ordinaire du pouvoir de se maîtriser.

[4] À l'instar de plusieurs moyens de défense reconnus en droit pénal canadien, la défense de provocation suscite d'importants débats doctrinaux. Rares, toutefois, sont les défenses qui, comme elle, font aujourd'hui l'objet de tant de critiques<sup>2</sup>. Il est donc pertinent de tenter de *justifier* son existence. Pour cela, il importe d'étudier ses fondements moraux ainsi que son champ d'application.

[5] Mais comme pour toute entreprise de justification, il faut être très attentif à ce que l'on tente, précisément, de justifier. Car ses effets sont limités : lorsque soulevé avec succès, le moyen de défense ne permet que de réduire une condamnation de meurtre à une condamnation pour homicide involontaire coupable.

[6] Il ne consiste donc pas, *stricto sensu*, à nier la responsabilité ou la culpabilité de l'agent, mais à réduire les conséquences normatives de ses gestes.

[7] En philosophie du droit, deux outils majeurs sont actuellement utilisés par les auteurs pour analyser les moyens de défense : il s'agit des concepts de justification et d'excuse. Mis de l'avant par John Austin il y a plus d'un demi-siècle<sup>3</sup>, ces concepts ont depuis donné lieu à de riches développements.

[8] Cette popularité n'est guère étonnante. Ces deux concepts ont un contenu intuitif qui est utilisé quotidiennement dans nos relations normatives interpersonnelles. En effet, on justifie quotidiennement nos choix, nos actes, nos émotions, pour les protéger d'une accusation réelle ou éventuelle. De même, on présente régulièrement des motifs pour excuser nos erreurs, nos fautes ou d'autres comportements que l'on nous reproche, en espérant neutraliser les charges accusatoires. L'utilité de ces concepts pour le droit criminel, système d'accusation par excellence, semble immédiate : si l'on peut offrir à l'acte reproché une justification ou une excuse, pourquoi devrait-il faire l'objet d'une condamnation? Pourquoi l'auteur devrait-il être puni?

[9] Ces deux concepts ont donc progressivement pris le devant de la scène en matière de philosophie pénale, comme en témoignent les multiples écrits qui leur sont consacrés<sup>4</sup> ainsi que

---

<sup>2</sup> Voir par exemple LAW COMMISSION (ENGLAND AND WALES), *Partial Defences to Murder*, London, Law Commission, 2004, p. 2 (bien qu'elle ne recommanda pas, ultimement, son abolition : p. 3).

<sup>3</sup> John L. AUSTIN, « A Plea for Excuses : The Presidential Address », (1956-1957) *57 Proceedings of the Aristotelian Society* 1.

<sup>4</sup> En 2010, par exemple, la revue juridique de la faculté de droit de l'Université Texas Tech leur consacrait un volume complet : *Brady BEHRENS (dir.) Third Annual Criminal Law Symposium: Excuses and the*

la notoriété et la réputation des auteurs qui leur consacrent de longues réflexions<sup>5</sup>. Cette arrivée en force est à mettre en parallèle avec l'expansion de la philosophie analytique dans l'espace culturel anglo-saxon, dont le travail méticuleux sur le langage s'est avéré à la fois accessible aux philosophes du droit et riche en développement.<sup>6</sup>

[10] Le législateur n'est pas en reste: les dispositions légales pénales et criminelles font maints usages de ces termes.<sup>7</sup>

[11] Cela dit, l'usage que l'on peut faire de ces concepts est limité. De fait, tel que nous l'avons dit plus haut, ils ont servi principalement à analyser les divers moyens de défense, ce qui signifie que leur domaine de prédilection a été, et demeure, les questions qui touchent à

---

*Criminal Law*, (2009-2010) 42 (Winter) *Texas Tech Law Review* 247 et ss. Concernant plus précisément la défense de provocation, l'University of Michigan Journal of Law Reform consacrait la même année un volume complet à la nature de la défense de provocation, et chacun des auteurs articulait ses analyses autour des concepts de justifications et d'excuses : *The Nature, Structure, and Function of Heat of Passion/Provocation as a Criminal Defense*, (2009-2010) 43 (Fall) *University of Michigan Journal of Law Reform* 1. Les titres des articles parlent d'eux-mêmes : Reid Griffith FONTAINE, « Adequate (Non) Provocation and Heat of Passion as Excuse Not Justification », *id.*, 27; Gabriel J. CHIN, « Unjustified : The Practical Irrelevance of the Justification/Excuse Distinction », *id.*, 79; Marcia BARON, « The Provocation Defense and the Nature of Justification », *id.*, 117; Samuel H. PILLSBURY, « Misunderstanding Provocation », *id.*, 143; Peter WESTEN, « How Not to Argue That Reasonable Provocation is an Excuse », *id.*, 175; Stephen J. MORSE, « The Irreducibly Normative Nature of Provocation/Passion », *id.*, 193.

<sup>5</sup> Par exemple : J. L. AUSTIN, *loc.cit.*, note 3, 1; Marcia BARON, « Justifications and Excuses », (2004-2005) 2 *Ohio St. J. Crim. Law* 387-406; George FLETCHER, *Rethinking Criminal Law*, New York, Oxford University Press, 2000, chapitre 7 et 10; John GARDNER, *Offences and Defences*, New York, Oxford University Press, 2007, chapitre 4, 5, 6 et 9; Herbert L.A. HART, *Punishment and Responsibility*, 2<sup>e</sup> éd., New York, Oxford University Press, 2008, chapitre 1 et 2; Jeremy HORDER, *Excusing Crime*, New York, Oxford University Press, 2004, 295 p.; Douglas HUSAK, « On the Supposed Priority of Justification to Excuse », (2005) 24 *Law and Philosophy* 557-594, Michael S. MOORE, « Causation and the Excuses », in A. ESER and G. FLETCHER (dir.), *Justifications and Excuse : Comparative Perspectives*, Vol. II., Freiburg, Max Planck Institute, 1987; « Choice, Character, and Excuse », (1990) 7 *Social Philosophy and Policy* 219; Victor TADROS, « The Characters of Excuse », (2001) 21 *Oxford Journal of Legal Studies* 495; Martin WASIK, « Partial Excuses in the Criminal Law », (1982) 45 *The Modern Law Review* 516-533; Peter WESTEN, « An Attitudinal Theory of Excuse », (2006) 25 *Law and Philosophy* 289-375.

<sup>6</sup> Les méthodes et influences analytiques sont particulièrement visibles des travaux des juristes John Austin, H.L.A. Hart et Joseph Raz, ainsi que des auteurs qu'ils ont influencé, notamment Ronald Dworkin, John Rawls, John Finnis et Kent Greenawalt.

<sup>7</sup> Le législateur ne qualifie lui-même aucun moyen de défense de justification ou d'excuse. Plusieurs infractions reconnaissent toutefois leur existence. Par exemple, l'infraction de refuser ou faire défaut d'obtempérer à un ordre de fournir un échantillon d'haleine ou de sang est libellé comme suit : « Commet une infraction quiconque, sans excuse raisonnable, omet ou refuse d'obtempérer à un ordre donné en vertu du présent article » (art. 254(5) C.cr.); l'infraction de s'évader d'une garde légale se lit : « est en liberté au Canada ou à l'étranger sans excuse légitime » (art. 145(1) b) C.cr.). Voir également les infractions d'omission de comparaître (145 (2) a) et b) C.cr.), de bris de condition (art. 145(3) C.cr.), etc. Le *Code de procédure pénale* (L.R.Q., c. C-25.1), pour sa part, reconnaît les excuses et justifications comme des défenses générales : « Le poursuivant n'est pas tenu d'alléguer dans le constat d'infraction que le défendeur ne bénéficie à l'égard d'une infraction d'aucune exception, exemption, excuse ou justification prévue par la loi. Il incombe au défendeur d'établir qu'il bénéficie d'une exception, d'une exemption, d'une excuse ou d'une justification prévue par la loi. » (Art. 64 C.p.p.)

l'imputation du crime et à la responsabilité du criminel. Ils n'ont pas servi, ou rarement, à analyser les questions soulevées à l'étape distincte de la détermination de la peine où, pourtant, une certaine utilisation des concepts aurait pu sembler pertinente : les actes criminels sont posés pour toute sorte de raisons, et ces raisons sont prises en compte lors de la détermination de la peine (questions de justification), et parfois, pour toutes sortes de raisons, on considère que la culpabilité est faible, et, ne punissant alors pas avec toute la sévérité dont il eût été possible de faire preuve, on peut affirmer, en un certain sens, qu'on excuse partiellement le crime.

[12] À notre avis – et c'est en partie l'objet de ce mémoire que de le démontrer – cet usage unique est justifié. D'abord, la morale est affaire de clarté : l'usage des mêmes concepts et des mêmes mots pour recouvrir diverses réalités entraîne, dans le meilleur des cas, la confusion. D'autre part, certains termes ont, en morale, de forts pouvoirs rhétoriques. L'usage inapproprié de ce pouvoir n'est pas justifiable, et il relève justement de la recherche de la justice que de tenter de l'écarter. Il en est ainsi des concepts de justification et d'excuse : affirmer d'une action qu'elle est injustifiée, ou inexcusable, véhicule un sens fort et constitue une affirmation quant à sa situation morale. En matière de justice, la rigueur est donc de mise.

[13] La défense de provocation se retrouve, dans ce contexte, dans une position singulière. Analysée parmi les moyens de défense généraux, les auteurs usent des concepts de justification et d'excuse sans restriction.<sup>8</sup> Puisqu'elle n'a pas pour effet d'acquitter l'accusé, les auteurs accolent généralement au concept choisi l'épithète 'partielle'. Rares sont les auteurs qui, au contraire, ont tiré des conclusions ontologiques du statut de défense partielle de la provocation; au mieux, des auteurs comme les professeurs Ashworth<sup>9</sup> et Hart<sup>10</sup> ont classé le moyen de défense dans la catégorie des facteurs atténuants (« mitigation of sentence »), sans changer la structure de leur raisonnement. Le résultat en est un chaos doctrinal sévère, au point où la *House of Lord* anglaise affirmait, au tournant de notre siècle « It is impossible to read even a selection of the extensive modern literature on provocation without coming to the conclusion that the concept has serious logical and moral flaws. »<sup>11</sup>.

[14] Nous sommes d'avis que c'est en partie cette utilisation des concepts de justification et d'excuse dans la réflexion sur la défense de provocation qui provoque cette confusion, et cette impression que la défense a de « serious logical and moral flaws ». La défense de provocation, au contraire, doit être analysée – quant à ses fondements et ses justifications – dans le contexte

---

<sup>8</sup> Les exemples offerts à la note 3 en témoignent.

<sup>9</sup> Andrew ASHWORTH, « The Doctrine of Provocation », (1976) 35 *Cambridge Law Journal* 292, 292.

<sup>10</sup> H.L.A. HART, « Prolegomenon to the Principles of Punishment », reproduit dans *op. cit.*, note 5, p. 15.

<sup>11</sup> *R. c. Smith*, [2000] 4 All. ER. 289, 299 (Lord Hoffmann).

de la détermination de la peine, et dans les principes qui en irriguent la logique interne. Par exemple, le critère de la colère permet de justifier la défense non en ce qu'il implique une perte de contrôle de l'agent qui « déplacerait l'origine de l'action hors de l'agent »<sup>12</sup> (causant ainsi une disparition de la responsabilité de l'agent), mais comme un simple élément qui affecte la proportionnalité de la peine en réduisant la *mesure* de la culpabilité (le rapport d'identité qu'entretient l'agent avec son acte étant affaibli par la colère). Le critère de la provocation, loin d'offrir une raison *valable* à l'agent pour le passage à l'acte, fournit plutôt une raison intelligible à l'explosion de la colère chez l'agent. Cette raison n'a donc pas le pouvoir de justifier l'acte posé, mais en expliquant sa colère, il devient possible de comprendre la disparition du pouvoir inhibiteur des normes habituelles du comportement. En conséquence, les inférences sur le sens moral de l'agent qui pouvaient être tirées de l'acte s'en trouvent affaiblies, ébranlées. Plus précisément, l'inférence que l'agent manifeste un véritable « mépris envers la vie humaine » (caractéristique selon le j. Lamer de l'infraction de meurtre)<sup>13</sup> voit sa force normative réduite.

[15] Ce n'est pas l'état actuel du débat en doctrine. Celui-ci, à notre avis, propose des conceptualisations de la provocation ayant effectivement, en écho à Lord Hoffmann, de « sérieuses lacunes logiques et morales »<sup>14</sup>. Ces conceptualisations font face, à notre avis, à des problèmes croisés : d'une part, il est nécessaire de distinguer conceptuellement les justifications des excuses, ce qui n'est pas une tâche aisée; d'autre part, se pose la question de la possibilité d'un caractère 'partiel' à de tels concepts, dans le cadre plus large des différences entre l'imputation du crime et la mesure de la culpabilité.

[16] Par ailleurs, cette étude n'a pas pour objectif de nier l'importance et l'utilité des concepts de justification et d'excuse dans le débat philosophique du droit criminel. Tout au contraire, le recentrage de ces concepts permet, à notre avis, de les débarrasser des impuretés amassées au cours des besoins pour lesquelles ils ne sont pas faits, ce qui les rend d'autant plus aptes à être utilisés pour leurs tâches premières. Mais avant de débiter notre analyse proprement dite, il convient de survoler les deux problèmes croisés que nous venons d'identifier.

---

<sup>12</sup> C'est un reproche fort que les auteurs Dan Kahan et Martha Nussbaum adressaient à la doctrine et la jurisprudence de conceptualiser ainsi la provocation : Dan M. KAHAN et Martha C. NUSSBAUM, « Two Conceptions of Emotion in Criminal Law », (1996) 96 (vol. 2) *Columbia Law Review* 269, 305 et ss.

<sup>13</sup> *R. c. Martineau*, [1990] 2 R.C.S. 633.

<sup>14</sup> Le texte en langue originale et la citation sont rapportés à la note 11.

## ***La distinction entre les justifications et les excuses***

[17] Il faut d'abord tracer une division entre les justifications et les excuses. Elle est généralement posée ainsi : une justification consiste à nier le caractère mauvais d'un acte, alors qu'une excuse consiste à en nier son caractère blâmable ou coupable.

[18] L'importance de cette division ne doit pas être sous-estimée. Car malgré leur importance aujourd'hui en philosophie du droit criminel, la différence entre les justifications et les excuses n'est pas toujours appréciée à sa juste valeur. Pour le praticien, d'abord, il importe souvent peu que l'acquittement s'appuie sur une justification ou une excuse. La distinction ne servirait, tout au plus, qu'à l'enquête purement théorique. Et même parmi les théoriciens, cette opinion trouve des appuis. Le professeur Kent Greenawalt, par exemple, défendait dans un article influent la position suivant laquelle la distinction entre justification et excuse n'était pas centrale et n'avait pas d'importance en droit criminel<sup>15</sup>. Selon lui, les deux seuls objectifs que pouvait poursuivre une tentative de distinction étaient « (1) producing authoritative determinations of whether persons escaping liability have presented justifications or only excuses and (2) achieving theoretical clarity in the criminal law. »<sup>16</sup> Or, selon lui, aucun de ces objectifs n'était atteignable en droit criminel.

[19] Pourtant, la clarté et la signification des jugements pénaux est un objectif de justice à poursuivre. Comme le disait Arnold N. Enker :

« A legal system that seeks to inform its citizens concerning right and wrong must explain why a particular defendant is acquitted of the charges. Is it because what he did was right in the circumstances, even though prima facie his conduct violated a legal norm? Or is he acquitted notwithstanding that he did wrong, because he has a personal excuse and the criminal law does not demand martyrdom? The failure to distinguish between justification and excuse would obscure the import of the law's rules of conduct and the way in which they differ from its rules of decision making. »<sup>17</sup>

[20] Mais l'utilité de la distinction ne se résume pas à sa dimension déclarative. L'interprétation, et donc la substance, des défenses positives du droit criminel en dépendent.

---

<sup>15</sup> Kent GREENAWALT, « The Perplexing Borders of Justification and Excuse », (1984) 84 *Columbia Law Review* 1897.

<sup>16</sup> *Id.*, 1900.

<sup>17</sup> Arnold N. ENKER, « In Support of the Distinction Between Justification and Excuse », (2009-2010) 42 *Texas Tech Law Review* 273, 277. Les variations de cette opinion sont nombreuses. Par exemple : « a clear and broadly recognized distinction between justification and excuse, founded upon objectively true and immutable norms for exculpation, is necessary if a criminal law system is to be moral, just, and tethered to principles that are greater than itself. » Eugene R. MILHIZER, « Justification and Excuse: What They Were, What They Are, and What They Ought to Be », (2004) 78 *St. John's Law Review* 725, 728-729

Ainsi, si certaines défenses sont unies par une nature justificative (par exemple, les défenses de nécessité<sup>18</sup>, de contrainte<sup>19</sup> et de légitime défense), la résolution de certains problèmes commandera une interprétation similaire. Pour prendre un exemple notoire, la question de savoir si les erreurs de fait doivent, pour être exonératoires, être raisonnables, devra se résoudre de la même manière à l'égard des défenses justificatives, si cette nature propose justement une réponse à cette question.<sup>20</sup> Un second exemple notoire concernant les défenses justificatives est l'intérêt que l'on porte, dans ces cas, aux *raisons* (justifications) qui ont motivé l'acte, intérêt autrement inapproprié aux questions de culpabilité.<sup>21</sup> Concernant les excuses, une école actuellement importante est d'avis qu'elles ont pour essence de nier que l'acte criminel commis était *représentatif* du caractère de l'agent. Nous contestons cette conceptualisation au chapitre 2, mais reconnaissons ici que si elle s'avérait fondée, elle militerait pour une transformation des critères d'applications des défenses d'excuses (par exemple, l'erreur de fait, ou l'automatisme) ou la mise en place, par la jurisprudence, d'autres excuses.<sup>22</sup>

[21] On peut conclure de ces quelques commentaires que l'identification d'une nature justificative ou d'une nature d'excuse à la défense de provocation a des conséquences synallagmatiques : elle influencera non seulement le développement de la défense de provocation, mais également l'interprétation de la nature d'une justification ou d'une excuse, selon le cas – et par le fait même, l'interprétation des autres moyens de défense de même nature. Le professeur Dressler évoque ainsi quelques conséquences possibles d'une interprétation plutôt que d'une autre :

« [I]f provocation is a partial justification [...] it is plausible that a similar partial or full defense should be recognized in various non paradigmatic self-defense situations, such as when a battered wife kills her sleeping husband. However, if the provocation plea is one of excuse, the analogy to justified self-defense is inapt; on the other hand, as an excuse provocation raises some intriguing and troubling questions about the common law's reluctance to recognize any defense to a coerced homicide. If I am partially excused when my anger overwhelms my

---

<sup>18</sup> Nous adhérons à l'opinion suivant laquelle la défense de nécessité est une justification. La Cour suprême du Canada, toutefois, l'a plutôt considéré comme une excuse : *Perka c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 232. Cette classification est abordée dans le premier chapitre.

<sup>19</sup> Nous adhérons à l'opinion suivant laquelle la défense de contrainte est une justification. La Cour suprême du Canada, toutefois, l'a plutôt considéré comme une excuse : *R. c. Ruzic*, [2001] 1 R.C.S. 687, 2001 CSC 24. Cette classification est abordée dans le premier chapitre.

<sup>20</sup> C'est le cas. *Infra*, chapitre 1.

<sup>21</sup> *Infra*, chapitre 1.

<sup>22</sup> *Infra*, chapitre 2.

self-control, why is it, for example, that I am not excused at all if fear from a coercer causes me to kill an innocent person? »<sup>23</sup>

[22] Ce genre de conséquences pratiques découle de l'extension forcée des concepts de justification et d'excuse qu'une insertion erronée de la provocation provoque. Et bien que cela soit en soi une réalité plus difficile à démontrer, il est tout à fait nécessaire de conclure que lorsqu'un auteur qualifie la défense de provocation d'excuse – par exemple –, il doit ensuite étendre sa conceptualisation de l'excuse pour qu'elle englobe la provocation.<sup>24</sup>

[23] Mais si une identification erronée de la nature de la provocation cause un tort aux concepts qui en sont victimes, elle-même en souffre autant. Les nœuds d'interprétation que la jurisprudence doit défaire sont en effet nombreux : à celui des critères de la personne ordinaire s'ajoutent ceux de la nature et de la gravité de l'insulte nécessaire à l'acceptation de la défense. Ces nœuds d'interprétation sont de véritables pommes de discorde qui nécessitent de solides assises éthiques. S'il est de nos ambitions d'apporter quelques pierres à ces assises, la résolution de ces problèmes excède notre sujet.

[24] Ensuite, il y a lieu de noter que le pouvoir rhétorique d'une qualification de justification ou d'excuse ne doit pas être sous-estimé, tout particulièrement lorsqu'il sert à rejeter

---

<sup>23</sup> Joshua DRESSLER, « Provocation: Partial Justification or Partial Excuse? » (1988) 51-4 *Modern Law Review* 467, 468.

<sup>24</sup> Le concept d'excuse du professeur Gardner nous en fournit un exemple éclairant. Celui-ci conceptualise les excuses d'une manière assez restreinte, comme ne recouvrant, pour l'essentiel, que les erreurs de fait raisonnables, puisque « If only we can *make sense of* what someone did in the light of the reasons she took herself to have for doing it, then can't we by that token excuse her for doing it? The answer is that, of course, we can't, because even when we have made sense of the reasons on which someone acted, on any credible view we still have to *assess* her reasons, as well as the spirit in which she acted, according to the applicable standards of character. » : John GARDNER, « The Gist of Excuses », reproduit dans *op. cit.*, note 5, p. 132.

Le professeur Gardner est donc clair à l'effet qu'une excuse valable exige que l'on évalue la *valeur* des croyances de l'agent, et qu'il faut donc que l'agent n'ait pas *commis de faute* épistémologique; il s'ensuit alors que l'agent excusable n'a pas commis de faute morale (*infra*, chapitre 2). Or, il ajoute ensuite à cette conceptualisation, qui a l'avantage d'être cohérente, les défenses de provocation et de contrainte : « Excuses point to features of one's situation that do not militate in favour of the beliefs or emotions or attitudes (etc.) on the strength of which one took that action. The defendant did not have reason to kill her husband, for instance, but she certainly had reason to be so terrified by his obnoxious behaviour that night the she was driven to kill him. The action is excused thanks to the fact that it was performed on the strength of justified terror. » John GARDNER, « In Defence of Defences », reproduit *op. cit.*, note 5, p. 86. Quant à la provocation, il en dit : « Provocation, as Jeremy Horder has explained, involves unjustified action out of justified anger. Duress, or a certain kind of duress, can be similarly analysed as involving unjustified action out of justified fear. » John GARDNER, « Justifications and Reasons », reproduit dans *op. cit.*, note 5, p. 110.

Il introduit ainsi dans sa conceptualisation de l'excuse des actes qui se qualifient manifestement de *fautes morales*, lézardant ainsi une conceptualisation cohérente et lui enlevant sa justification : pourquoi excuser des gens qui ont commis des fautes? Et dans le cas de la provocation, pourquoi ne les excuser qu'à moitié?

le moyen de défense. Qui n'adhère pas aux paroles ainsi prononcées par le juge Charron dans la récente affaire *Tran* :

« Comme la Cour d'appel le conclut à juste titre, la vue par l'appelant de son ex-épouse au lit avec un autre homme – assimilée à une « insulte » lors du procès – ne saurait légalement suffire à excuser « une perte de maîtrise de soi revêtant la forme d'une fureur homicide » ni constituer « une excuse pour une personne ordinaire, quels que soient sa situation personnelle ou ses antécédents ». »<sup>25</sup>

[25] Lorsque la rhétorique du caractère inexcusable de l'acte sert ainsi à rejeter l'application d'un moyen de défense, il y a lieu de se demander quelle est la nature véritable de la revendication que véhicule ce moyen de défense. Car les peines imposées dans les circonstances où la défense de provocation est retenue peuvent être sévères, et dépasser dix ans d'emprisonnement.<sup>26</sup> Peut-on véritablement affirmer qu'un acte puni si sévèrement a été excusé?

[26] Le concept d'excuse est bien sûr polysémique – autant à tout le moins que celui de justification. L'appellation d'excuse recouvre plusieurs réalités de nature différente, et l'usage en modifie la signification. Comme un auteur le faisait remarquer, « [c]ertainly, the distinction [between justification and excuse] has not come down to us from the mountain engraved on

---

<sup>25</sup> *R. c. Tran*, [2010] 3 R.C.S. 350, 2010 CSC 58, para. 7. Bien que l'accusé ait été séparé de la victime au moment des faits, notons le fossé qui sépare la décision de l'époque où l'infidélité était considérée comme la « pire des provocations » : « Therefore, in the case of the most grievous provocation to which a man can be exposed, that of finding another in the act of adultery with his wife, though it would be but manslaughter if he should kill the adulterer in the first transport of passion, yet if he kill him deliberately, and upon revenge after the fact and sufficient cooling time, it would undoubtedly by murder. » Sir William RUSSELL, *A Treatise on Crimes and Misdemeanors, In Six Volumes*, Vol. II, New York and London, Garland Publishing Inc., 1979, p. 724-725. (Nous soulignons)

<sup>26</sup> La plupart des procès de meurtre se tiennent devant jury (art. 471 et 473 C.cr.) Puisque les jurys n'expliquent pas les motifs de leur verdict, il est généralement impossible de savoir s'il a retenu la défense de provocation soulevée, ou s'il a entretenu un doute sur l'intention spécifique du meurtre. Les décisions sur la détermination de la peine laissent tout de même parfois certaines indications. Ainsi, dans *R. c. Macryllos*, 2007 QCCS 4541, le j. Carol Cohen de la Cour supérieur a suivi la suggestion commune de 14 ans et demi, réduite à 9 ans compte tenu de la détention provisoire. Après une semaine de procès pour meurtre, l'accusé avait plaidé coupable à l'infraction moindre et incluse d'homicide involontaire coupable. Le j. avait retenu que les faits donnaient lieu à une défense de provocation (para. 12). Les peines sont toutefois souvent de moins de 10 ans. Voir, par exemple, *R. c. Parent*, (1999) 142 C.C.C. (3d) 82 (QCCA), où la Cour d'appel du Québec a réduit la peine de 14 ans imposée par la Cour supérieur à une peine de 6 ans, ce qui, compte tenu de la détention provisoire, équivalait à une peine de 8 ans et 4 mois (para. 60 et 64). La défense de provocation avait été retenue par le j. de première instance comme expliquant le verdict du jury (para. 48); la Cour d'appel a essentiellement classifié, pour sa part, l'homicide comme étant « de nature conjugale », les peines se situant en conséquence dans une fourchette de 8 à 12 ans d'emprisonnement (para. 52 et 53). Le verdict de culpabilité plus tard été renversé par la Cour suprême (*R. c. Parent*, [2001] 1 R.C.S. 76, 2001 CSC 30), aucun commentaire n'a été formulé à l'égard de la peine imposée par la Cour d'appel.

stone tablets. »<sup>27</sup> Mais lorsque l'on utilise le même concept pour discuter d'une réalité de nature différente, il arrive que le concept change alors de valeur morale.

[27] La valeur morale que nous attribuons à l'excuse est celle d'*éteindre* la charge morale négative portée par un acte qui fait l'objet d'une accusation justifiée en ce que sa matérialité correspond effectivement à la violation d'une norme. Nous développerons cette conception tout au long du chapitre 2, mais notons que la nécessité d'une excuse qu'elle soit *complète* (qu'elle 'éteigne' la charge morale négative) est certainement partagée par certains auteurs. À preuve, c'est le motif offert par le professeur Hart pour exclure la provocation de sa taxinomie de justification et d'excuse : « Provocation is not a matter of Justification or Excuse for it does not exclude conviction or punishment [...] »<sup>28</sup>.

[28] Il existe certainement un sens *précis* pour lequel une justification ou une excuse permet d'exclure la condamnation d'un acte, et ce mémoire a pour objectif d'en tracer certains contours. Et si ce sens permet de toucher l'essence de ces concepts, ceux-ci peuvent alors être restreints aux questions de culpabilité.

### ***Le caractère partiel des concepts***

[29] Pour qu'une conceptualisation de la défense de provocation puisse la définir comme une justification ou une excuse, il est nécessaire, pour rendre compte de ses conséquences juridiques, d'y joindre le qualificatif de « partiel ». Le professeur Austin, en attirant l'attention sur le potentiel conceptuel de l'excuse, avait déjà offert le dilemme à la communauté de la philosophie du droit de cette manière :

« [...] when we plead, say, provocation, there is genuine uncertainty or ambiguity as to what we mean – is *he* partly responsible, because he roused a violent impulse or passion in me, so that it wasn't truly or merely me acting “of my own accord” (excuse)? Or is it rather that, he having done me such injury, I was entitled to retaliate (justification)? »<sup>29</sup>

[30] Non content de placer la provocation sur le terrain des excuses et des justifications, il leur a par ailleurs donné une bonne poussée en faisant remarquer que les excuses utilisées au quotidien sont rarement exonératoires :

---

<sup>27</sup> A. N. ENKER, *loc.cit.*, note 17, 273.

<sup>28</sup> H.L.A. HART, « Prolegomenon to the Principles of Punishment », reproduit dans *op. cit.*, note 5, p. 15.

<sup>29</sup> J. L. AUSTIN, *loc.cit.*, note 3, 3.

« [I]t has to be remembered that few excuses get us out of it *completely*: the average excuse, in a poor situation, gets us only out of the fire into the frying pan – but still, of course, any frying pan in a fire. If I have broken your dish or your romance, maybe the best defence I can find will be clumsiness. »<sup>30</sup>

[31] L'idée a tant fait de chemin que le professeur Husak affirmait récemment que toute remise en question de ces concepts partiels n'était pas sérieuse.<sup>31</sup> Mais lorsqu'arrive le temps d'interpréter ce que représente une excuse partielle, les problèmes débutent. On a eu droit, par exemple, à une théorisation de la sympathie ressentie pour les accusés :

« What is the difference, if any, between complete and partial excuses? My answer: Both turn on the wisdom of extending sympathy to the offender. The difference is merely one of degree, with modest sympathy merely mitigating criminal responsibility (partial excuses) and greater sympathy alleviating responsibility entirely (complete excuses). »<sup>32</sup>

[32] Difficile de qualifier de rigoureuses de telles conceptualisations intellectuelles. À l'autre bout du spectre, toutefois, le professeur Jeremy Horder a présenté dans l'ouvrage *Provocation and Responsibility* une conception particulièrement nuancée de la défense de provocation. Selon lui, la défense de provocation consiste à reconnaître une excuse partielle parce qu'elle s'appuie sur des émotions partiellement justifiées. Sa conception pose des problèmes théoriques que nous verrons dans le second chapitre de ce mémoire, mais remarquons qu'elle pose un problème précis à tous ceux qui désirent solidifier la défense de provocation, car le professeur plaide pour son abolition :

« It might be thought strange that eight chapters should be spent analysing the foundations of a legal doctrine, only for those foundations to be swept aside in the space of one short concluding chapter. The explanation for this is that finding arguments that justify the place of the doctrine within our system of criminal law has proved much more difficult than finding arguments for banishing it from that system once and for all. »<sup>33</sup>

[33] Il serait préférable, tant que la défense de provocation fera partie de notre droit positif, d'en articuler une conceptualisation qui la défende, plutôt qu'une qui la regrette. Il demeure à

---

<sup>30</sup> *Id.*, 3.

<sup>31</sup> Douglas HUSAK, « Partial Defences », (1998) 11 *Canadian Journal of Law and Jurisprudence* 167, para. 13.

<sup>32</sup> Andrew E. TASLITZ, « Why Did Tinkerbell Get Off So Easy?: The Roles of Imagination and Social Norms In Excusing Human Weakness », (2009-2010) 42 *Texas Tech Law Review* 419, 419-420. Remarquons, pour la peine, que l'auteur construit sa théorie à partir d'une analyse littéraire d'un conte pour enfant (Peter Pan) (p. 420 à 426), et qu'il irrigue ensuite sa théorie de la sympathie avec les sages conceptions du Dalaï Lama (p. 426 à 431). Il ne faudrait pas conclure que l'auteur spécule : il prend la peine d'appuyer son article de 61 pages avec quelques 571 notes de bas de page.

<sup>33</sup> Jeremy HORDER, *Provocation and Responsibility*, New York, Oxford University Press, 1992, p. 3. C'est que, selon le professeur Horder, la défense de provocation reconnaît une valeur d'une autre époque : le droit à la vengeance lorsque son honneur est bafoué.

savoir si c'est possible. Le chapitre 3 de ce mémoire répond à cette question de manière positive.

[34] Mais avant d'aborder cette question, il est utile de vérifier s'il est théoriquement possible d'offrir un *contenu* à ces concepts partiels. De vérifier, autrement dit, s'ils ne s'appuient pas sur un contresens. Ainsi, nous observerons, dans le chapitre 1, qu'une justification constitue une *reconnaissance* d'une raison pour agir. Ce faisant, les justifications ont un pouvoir irréductiblement normatif. Affirmer qu'une action était partiellement justifiée, dans cette perspective, revient à affirmer qu'elle ne l'était, en conclusion, pas du tout, puisque même si l'on reconnaît ainsi que l'agent avait une raison pour agir, on conclut que la raison qu'il avait n'était pas valable.<sup>34</sup> Peut-être toutefois qu'une telle raison offre à l'agent une excuse<sup>35</sup>, mais déjà, il n'est pas possible d'affirmer que son acte était justifié. De surcroît, il est de la nature du droit d'offrir, par ses règles, des raisons pour ne pas agir. La reconnaissance officielle par le droit criminel du caractère criminel d'un meurtre commis en réponse à une provocation est précisément un rejet de la nature justificative de la provocation.

[35] Qu'en est-il des excuses, dont le professeur Austin disait qu'elles n'étaient que rarement exonératoires? Il n'est pas contestable, en effet, que la présentation d'une excuse valide n'ait souvent pas pour effet d'absoudre entièrement l'agent. Mais, comme nous le verrons dans le chapitre 2, cela ne signifie pas qu'une excuse n'ait pas un effet complet quant à au moins une des accusations qui menacent l'acte. Dans cette perspective, ce n'est pas tant les excuses elles-mêmes qui sont partielles mais bien plutôt les accusations qui sont multiples. Et si notre raisonnement s'avère fondé, nous constaterons que la défense de provocation n'offre aucune excuse à une accusation de meurtre.

[36] Ce qu'elle offre, plutôt, est un élément à prendre en compte lors de la détermination de la peine. Nous verrons dans le chapitre 3 combien il est aisé de l'inscrire dans une articulation des principes en jeu dans cette activité jurisprudentielle.

[37] L'ensemble de ces analyses a donc pour objet de mettre à jour les articulations conceptuelles entre les divers moyens de défense et le rapport que ces articulations entretiennent avec la défense de provocation. Dans cette perspective, ces analyses demeurent en quelque sorte « à l'extérieur » de la défense de provocation, et n'ont pas pour objet spécifique l'analyse et la critique de ses éléments constitutifs. Bien sûr, ces derniers sont pertinents à l'analyse de la place qu'occupe la défense de provocation en philosophie du droit criminel canadien. De même, une

---

<sup>34</sup> *Infra*, chapitre 1.

<sup>35</sup> C'est la position défendue par le professeur Horder dans J. HORDER, *op. cit.*, note 5.

telle analyse a forcément des conséquences sur la critique qui doit être faite de ces éléments constitutifs. Toutefois, ces deux aspects excèdent l'objet de notre étude, et nécessiteraient, pour être étudiés adéquatement, une étude de la même ampleur que la nôtre. Par conséquent, les éléments constitutifs de la défense de provocation sont acceptés par notre étude en tant que *caractéristiques* de celle-ci, et leur critique est laissée aux soins d'une étude qui lui consacra le temps, l'espace et les efforts nécessaires.



## **Chapitre 1 - Les relations entre les justifications, les raisons pour agir et la défense de provocation**

[38] La provocation peut-elle être considérée comme une justification partielle? Pour répondre à cette question, il convient d'abord d'analyser ce qu'est une justification : ses effets, sa nature, ses critères de reconnaissance et d'application. Pour ce faire, un léger détour en philosophie analytique s'avère utile, puisque la nature d'une justification comportementale est une question relevant de la raison pratique. Ce chapitre se divise en trois sections, dont les deux premières mettent en place le substrat théorique nécessaire à faire ressortir, à la troisième section, le caractère hétérogène de la provocation parmi les justifications. Ce substrat est composé d'abord des effets d'une justification, et de sa nature, puis de ses critères d'application, qui permettent d'en éclairer certains aspects.



## Section 1.1 – La négation du caractère mauvais de l’acte

[39] Une justification est le résultat de l’action de justifier, c’est-à-dire « rendre (qqch) légitime », « montrer (qqch) comme vrai, juste, réel, par des arguments, des preuves »<sup>36</sup>. Dans son adresse présidentielle *A Plea for Excuses*, le professeur John Austin introduisait la question ainsi :

« In general, the situation is one where someone is *accused* of having done something, or (if that will keep it any cleaner) where someone is *said* to have done something which is bad, wrong, inept, unwelcome, or in some other of the numerous possible ways untoward. Thereupon he, or someone on his behalf, will try to defend his conduct or to get him out of it.

One way of going about this is to admit flatly that he, X, did do that very thing, A, but to argue that it was a good thing, or the right or sensible thing, or a permissible thing to do, either in general or at least in the special circumstances of the occasion. To take this line is to *justify* the action, to give reasons for doing it: not to say, to brazen it out, to glory in it, or the like. »<sup>37</sup>

[40] Qu’est-ce qu’une défense de justification? La description donnée par Austin vise la justification des actes, bien que puissent se justifier bien d’autres objets – croyances, attitudes, émotions, normes, institutions, etc.<sup>38</sup> Austin mentionne également que les justifications sont appelées lorsqu’il y a une accusation; mais, en un certain sens, tous ces objets ont toujours besoin de justifications. Cela ne signifie pas qu’il *faille* toujours les justifier; comme le dit le professeur Gardner, « that is just to say that actions, beliefs, etc. are always answerable to reason. »<sup>39</sup>

[41] Si la justification nécessite la présence d’une accusation, il faut donc que l’agent ait eu des raisons pour *ne pas* agir; pour le droit criminel, ces raisons sont celles qui sont à l’origine de la criminalisation, c’est-à-dire le caractère mauvais de l’acte.<sup>40</sup>

[42] On affirme souvent qu’une défense de justification a justement pour effet de *nier* le caractère mauvais de l’acte commis.<sup>41</sup> Qu’entend-t-on par « nier »? Cela signifie-t-il que le caractère mauvais de l’acte disparaît, qu’il a été, en quelque sorte, « neutralisé », « annulé »? Ou

---

<sup>36</sup> Alain REY et Josette REY-DEBOVE, *Le Petit Robert*, Paris, Le Robert, 2007, « Justifier », p. 1440.

<sup>37</sup> J. L. AUSTIN, *loc.cit.*, note 3, 2.

<sup>38</sup> Joseph RAZ, *Practical Reason and Norms*, Princeton, Princeton University Press, 1975, p. 15.

<sup>39</sup> John GARDNER, « Justifications and Reasons », reproduit dans *op. cit.*, note 5, p. 95.

<sup>40</sup> *Infra* chapitre 2.

<sup>41</sup> Le professeur Dressler, par exemple, l’explique ainsi : « [...] a justification claim [...] seeks to show that the act was not wrongful ». Joshua DRESSLER, *Understanding Criminal Law*, 3<sup>e</sup> éd., Portland, Lexis Law Publishing, 2001, p. 202.

cela signifie-t-il plutôt que ce caractère mauvais demeure, mais a été, dans l'analyse morale, surpassé par une considération plus importante?

[43] Cette question est liée à une autre, dont l'importance est plus immédiate : existe-t-il une distinction entre une négation de l'*actus reus* et la justification? Parce que les deux défenses, d'abord, ont un sens similaire : si la justification nie le caractère mauvais de l'acte, la négation de l'*actus reus* revient également à dire que rien de mal n'a été commis. Ainsi, le consentement à l'usage de la force (voie de fait) est-il une négation de l'*actus reus* ou une justification de la violation de l'intégrité physique d'une personne? La distinction est brouillée davantage par leur appartenance commune au principe de légalité, tel que décrit par le professeur Moore :

« [...] one rationale for there being some *actus reus* prerequisite to criminal liability is captured by the ideal of legality. Part of that ideal is that citizens can figure out what conduct is criminal, if they wish to, by consulting the criminal code. The law that defines the prima-facie elements of the various offences is certainly part of what they need to know in order to plan their behaviour in such a way as to avoid criminal sanctions, but so is the law that defines the justifications. Citizens need to know that self-defence justifies a homicide otherwise criminal as much as they need to know that killing itself is prohibited. Thus, although formally one can separate justifications from the rest of *actus reus* (by the burden of proof), there is little reason to do so in light of the common ideal served by having both sets of doctrines clearly spelled out in advance.

This conclusion is reinforced if we consider the reason why we have the substantive prohibitions we do. [...] the reason we prohibit murder, cruelty to animals, abusing a corpse, rape, etc. is that such acts are morally wrong. The justifications operate as exceptions to the rules describing such acts as wrong, and for that reason, too, the justifications are an integral part of the requirement of legally prohibited wrongdoing (*actus reus*). »<sup>42</sup>

[44] Ainsi, pour certains auteurs<sup>43</sup> – dont le professeur Moore – il n'existe pas de différence *substantive* entre les deux défenses. Pour ce dernier, par exemple, la justification et la négation de l'*actus reus* n'a qu'une importance procédurale<sup>44</sup>; il n'existe, selon lui, aucune différence *substantive* entre, par exemple, la défense de légitime défense conceptualisée comme un élément

---

<sup>42</sup> Michael S. MOORE, *Act and Crime*, Oxford, Oxford University Press, 1993, p. 178-179; Jeremy HORDER, « On the Irrelevance of Motive in the Criminal Law », dans Jeremy Horder (ed.), *Oxford Essays in Jurisprudence*, 4<sup>th</sup> Series, Oxford, Oxford University Press, 2000, 183.

<sup>43</sup> Par exemple, Glanville WILLIAMS, « Offences and Defences », (1982) 2 *Legal Studies* 233, 254-255; P. WESTEN, *loc.cit.*, note 5, 300 à 302.

<sup>44</sup> M. S. MOORE, *Act and Crime*, *op. cit.*, note 42, p. 179 à 183. La différence est procédurale au sens où elle détermine uniquement les questions de fardeaux : qui a le fardeau de présenter initialement la justification ou son absence, quel sera ensuite le fardeau de preuve à cet égard, si la question est pertinente : p. 180.

de l'*actus reus* (« nul ne peut volontairement tuer un homme, sauf en légitime défense ») ou comme une justification (en deux articles distincts).<sup>45</sup>

[45] Cette conception est moralement insatisfaisante. Mais est-il important, pour la pratique, de faire une distinction? Lorsque le professeur Gardner évoque l'opinion de praticiens de la manière suivante, l'absence de caractère pratique à la distinction n'apparaît-elle pas par elle-même : « [t]o say that the defendant committed a criminal wrong but was justified comes to the same thing, in the end, as saying that she committed no criminal wrong. »<sup>46</sup>?

[46] La doctrine admet quant à elle de plus en plus l'importance de la distinction<sup>47</sup>, et si tel est le cas, une bonne partie du mérite revient sans doute aux efforts du professeur George Fletcher, et à son important ouvrage, *Rethinking the Criminal Law*. Dans cet ouvrage, celui-ci insiste sur l'importance morale de la distinction :

« Collapsing the distinction between definition and justification eliminates the distinction between conduct that is perfectly legal and conduct that nominally violates a norm but is justified by the assertion of a superior interest or right. It treats killing a human being in self-defense on a par with hunting and killing a coyote. It suggests that a physician's pounding a patient's chest is of the same order as pounding a nail. Perhaps distinctions of this importance should be recognized in the law, but if so, we should expect to find reasons for the distinction more compelling than its intuitive appeal. »<sup>48</sup>

[47] Le professeur Fletcher identifie quatre questions dont la résolution est influencée par la distinction :

« First, it is of critical importance in deciding when external facts, standing alone, should have an exculpatory effect. Secondly, it might bear on the analysis of permissible vagueness in legal norms. Thirdly, it might bear on the allocation of power between the legislature and judiciary in the continuing development of the criminal law. And fourthly, it might be of importance in analyzing the exculpatory effect of mistakes. »<sup>49</sup>

[48] Remarquons maintenant que la première et la dernière sont des questions d'interprétation. La première sera abordée dans la seconde section de ce chapitre; nous y verrons que si la défense est une justification (et non une négation de l'*actus reus*), il est

---

<sup>45</sup> *Id.*, p. 180-181.

<sup>46</sup> J. GARDNER, « In Defence of Defences », reproduit dans *op. cit.*, note 5, p. 77, 79. Pour un auteur étant de cet avis : Mitchell N. BERMAN, « Justification and Excuse, Law and Morality », (2003) 53 *Duke Law Journal* 1.

<sup>47</sup> Voir, sur ce point, l'important article du professeur Gardner, J. GARDNER, « Justifications and Reasons », reproduit dans *op. cit.*, note 5, p. 91.

<sup>48</sup> G.P. FLETCHER, *op. cit.*, note 5, p. 561; voir l'interprétation du professeur John GARDNER, « Fletcher on Offences and Defences », reproduit dans *op. cit.*, note 5, p. 155.

<sup>49</sup> G.P. FLETCHER, *op. cit.*, note 5, p. 555.

nécessaire que l'agent ait agi *pour cette justification* pour que le moyen de défense soit admissible. La quatrième sera quant à elle abordée dans le prochain chapitre, consacré aux excuses; c'est que l'erreur de fait, lorsqu'elle concerne la présence d'un fait justificateur, nécessite pour être une excuse d'être *raisonnable*, contrairement au principe de base. Mais nous pouvons déjà conclure que la distinction a une importance substantive.

[49] Si le professeur Fletcher insiste sur l'importance de la distinction, il n'indique pas où celle-ci repose<sup>50</sup>. Une réponse nous provient de la professeur Kenneth Campbell : la distinction est aussi simple que celle entre les raisons en faveur de l'acte (justification) et les raisons en défaveur de l'acte (acte criminel)<sup>51</sup>. Ainsi :

« [...] anything, to be a defence, has to have at least the potential in some circumstances of defending us *against* something. At the level of a charge or allegation anything is a defence which has the potential of clearing us of that charge or allegation. At the level of the structures of rules there has equally to be something to which the defence can attach. That is the *prima facie* reason against the conduct recognized by the offence provisions. »<sup>52</sup>

[50] Pour qu'une conduite soit criminalisée, il faut qu'il existe, *prima facie*, des raisons pour ne pas agir. Mais *prima facie* est une expression équivoque. Elle peut signifier « à première vue »<sup>53</sup>. Ici, *prima facie* veut plutôt dire que son *effet* final n'est pas encore évalué (mais que sa force existe de manière *sui generis*) :

« In referring to *prima facie* reasons I am not using "*prima facie*" in an evidential sense. I do not mean "that which at first blush looks like a reason, but may turn out not to be". Nor to mean "a reason which may be expected to apply generally but not always". I am using it in the sense in which it is used by most philosophers of practical reasoning, namely to indicate a reason which is not necessarily a conclusive one. Within its defined scope the reason always applies, but it may be outweighed, or at least balanced, by opposing reasons. »<sup>54</sup>

[51] L'agression sexuelle fournit un exemple intéressant : la norme interdisant l'agression sexuelle n'a pas pour objet la relation sexuelle *per se*, mais la relation sexuelle non

---

<sup>50</sup> Voir J. GARDNER, « Fletcher on Offences and Defences », reproduit dans *op. cit.*, note 5, p. 155; le professeur Fletcher trace toutefois la ligne à plusieurs reprises. Par exemple : « In contrast, the question of self-defense appears to be paradigmatic instance of a justificatory claim. It is not the absence of self-defense that inculcates someone for an intentional killing or battery. Rather it is the presence of self-defense that provides a good reason for violating the norm against killing and assaulting other human being. » : G.P. FLETCHER, *op. cit.*, note 5, p. 557.

<sup>51</sup> Kenneth CAMPBELL, « Offence and Defence » dans I.H. Dennis (ed) *Criminal Law and Justice*, London, Sweet and Maxwell, 1987, p. 73, 77 à 86.

<sup>52</sup> *Id.*, p. 82.

<sup>53</sup> Voir l'analyse du sujet à J. GARDNER, « In Defence of Defences », reproduit dans *op. cit.*, note 5, p. 77 à 82.

<sup>54</sup> K. CAMPBELL, *op. cit.*, note 51, p. 79.

consensuelle<sup>55</sup>. La présence d'un consentement, donc, ne constitue pas une *justification* de l'agression sexuelle, elle en constitue la négation, non seulement au sens légal (par la négation d'un élément de la culpabilité) mais au sens moral (par la négation du caractère mauvais de l'acte)<sup>56</sup>. C'est qu'il n'existe pas d'arguments, toute chose étant égale par ailleurs, *contre* les relations sexuelles consensuelles<sup>57</sup>. En théorie, cette distinction permet également de justifier, en dehors des questions de preuve, le caractère juste de contraindre une personne à subir un procès, c'est-à-dire l'obliger à venir s'expliquer sur l'acte commis dont on l'accuse. L'argument est convaincant, et c'est d'ailleurs la distinction sous-jacente à plusieurs réflexions récentes sur la moralité du droit criminel.

[52] Mais la résolution de la seconde question renvoie à la première : quel est l'effet de la négation du caractère mauvais de l'acte, disparaît-il ou prend-t-il simplement la seconde place dans la hiérarchie morale?

[53] Les deux positions ont malheureusement chacune quelque chose d'insatisfaisant, mais les raisons appuyant une conception hiérarchique, laissant subsister le caractère mauvais de l'acte justifié, sont plus fortes.

[54] D'abord, cette conception appuie fortement l'existence du critère des défenses de nécessité, de contrainte et de légitime défense qu'il n'y ait pas eu d'autre choix moralement valable que la violation de la norme. En matière de nécessité, il faut qu'il n'y ait pas eu de « solution raisonnable et légale autre que celle de contrevenir à la loi »<sup>58</sup>; en matière de légitime défense, il faut que la violence utilisée soit nécessaire pour repousser l'attaque<sup>59</sup>. Les policiers, quant à eux, ne sont justifiés de recourir à la force que dans la mesure nécessaire :

« Bien que, dans certaines circonstances, il [soit nécessaire aux policiers de] recourir à la force pour arrêter un délinquant ou l'empêcher de leur échapper, le

---

<sup>55</sup> Voir J. GARDNER, « The Wrongness of Rape », reproduit dans *op. cit.*, note 5, p. 1; Voir aussi, R.A. DUFF, *Intention, Agency and Criminal Liability: Philosophy of Action and the Criminal Law*, Oxford, Basil Blackwell, 1990, p. 168-169, selon lequel le consentement n'est pas contingent à l'intention sexuelle, mais intrinsèque.

<sup>56</sup> Si il n'en était pas ainsi, comme le dit la professeur Campbell, « it would make perfectly good sense to draft a statute which said "Sexual intercourse by a man with a woman shall be an offence. It shall be a defence to this offence that the woman was consenting. » : K. CAMPBELL, *op. cit.*, note 51, p. 81.

<sup>57</sup> Cette position a toutefois été défendue par quelques auteurs : Michelle Madden DEMPSEY et Jonathan HERRING, « Why Sexual Penetration Requires Justification », (2007) 27 *Oxford Journal of Legal Studies* 467. (argument limité à la pénétration pénienne d'un vagin ou d'un anus, puisque celle-ci constitue 1) un usage de la force (p. 473-474), 2) un risque physiologique et psychologique (475-481) et 3) un acte véhiculant un sens social dégradant pour la femme (p. 482-488)). Le caractère peu convaincant et superficiel des détails des arguments avancés s'avère finalement un argument pour le rejet de cette position.

<sup>58</sup> *Perka c. La Reine*, précité, note 18., 252.

<sup>59</sup> Art. 34(1) et 34(2) C.cr., *R. c. Siu*, (1992) 12 C.R. (4th) 356, 71 C.C.C. (3d) 197 (C.A.C.-B.).

degré de force permis demeure circonscrit par les principes de proportionnalité, de nécessité et de raisonabilité. »<sup>60</sup>

[55] De même, quant aux pouvoirs de détention pour fins d'enquête et d'arrestation, le droit est finement cousu pour qu'ils ne puissent être justifiés que lorsqu'ils sont nécessaires<sup>61</sup>. De même, les pouvoirs de fouille et de perquisition sont restreints à ce qui les rend nécessaires.<sup>62</sup> Si le caractère 'mauvais' de l'atteinte aux droits ou à l'intérêt protégé ne demeurerait pas en présence d'une justification, il apparaîtrait moins nécessaire de restreindre les atteintes à l'immédiateté de leur justification, et de les faire cesser dès que la justification est moins pressante. C'est-à-dire que dès que l'on aurait une justification, il n'y aurait plus de raison de restreindre l'atteinte autant que possible, puisqu'elle n'en serait plus une.

[56] Ensuite, contrairement à ce qu'affirme le professeur Alan Norrie, selon lequel « [...] if [a reason] is defeated then it is indeed undermined, and [...] canceled. »<sup>63</sup>, le combat entre les raisons sous-jacentes à l'action ne détruisent pas celles-ci.<sup>64</sup> Il y en a de plus importantes que d'autres, mais le fait qu'une raison pour agir soit plus importante qu'une raison pour ne pas agir ne fait pas disparaître cette dernière, elle la relègue simplement au second rang. Si les raisons pour ne pas agir font que l'acte est 'mauvais', ce caractère mauvais ne devrait pas, en théorie, disparaître par le renversement de la hiérarchie des raisons.<sup>65</sup> Il existe toutefois des raisons qui

<sup>60</sup> *R. c. Nasogaluak*, [2010] 1 R.C.S. 206, 2010 CSC 6, para. 32. (j. LeBel pour la Cour)

<sup>61</sup> *R. c. Wilson*, [1990] 1 R.C.S. 1291, sur le pouvoir d'arrêter une voiture pour des motifs 'précis'; *R. c. Ladouceur*, [1990] 1 R.C.S. 1257, où l'arrestation au hasard de véhicules automobiles (et non à un barrage routier) pour vérifier l'alcoolémie du conducteur est justifiée en raison du problème de l'alcool au volant, « carnage sur nos routes » (p. 1280); l'obligation suite à l'arrestation de remettre en liberté le prévenu à moins d'une nécessité telle que 1) protéger l'intérêt public (identifier l'individu, conserver la preuve, prévenir la récidive), 2) assurer la présence du prévenu devant le tribunal (art. 495 (2) C.cr.), etc.

<sup>62</sup> Par exemple, en matière de fouille incidente à la détention pour fins d'enquête : *R. c. Mann*, [2004] 3 R.C.S. 59 : le résultat d'une fouille excédant ce qui est nécessaire à la sécurité des policiers est obtenu en violation de la Charte.

<sup>63</sup> Alan NORRIE, *Punishment, Responsibility and Justice: A Relational Critique*, Oxford, Oxford University Press, 2000, p. 153 cité dans J. GARDNER, « In Defence of Defences », reproduit dans *op. cit.*, note 5, p. 82.

<sup>64</sup> J. GARDNER, « Justifications and Reasons », reproduit dans *op. cit.*, note 5, p. 95 et ss.

<sup>65</sup> K. CAMPBELL, *op. cit.*, note 51, p. 83 : les raisons vaincues persistent dans leur existence : « The reasons may have been overwhelmingly in favour of performing the action, but as long as the law takes the view that some harm has nevertheless been done it recognises the continuing existence, even in those circumstances, of a *prima facie* reason against. Suppose someone kills a terrorist who is about to detonate a bomb which will certainly kill dozens of people. His action is certainly permissible, and probably more than just that. So long, however, as the law takes the view that the life, even of that terrorist, was something of value then it recognises the existence of some reason against the action, albeit one which was clearly overridden [...] [But] it can be different in a society with different values. Take the case of outlawry. Someone who kills an outlaw in those societies which recognise such an absence of status requires no defence in the sense in which this is opposed to an offence. His act is simply not within the defining terms of the relevant form of homicide, since these do not extend to victims who are beyond the

« annulent » d'autres raisons, mais elles n'ont pas la même forme qu'une raison hiérarchiquement supérieure. Le professeur Raz nous en offre l'exemple suivant :

« The need to take an injured man to hospital at the time I promised to meet a friend at Carfax is a reason for not keeping the appointment which overrides the promise which is a reason for keeping it. The fact that my friend has released me from my promise is a reason for nothing at all and yet it cancels the reason to go to Carfax created by the promise. »<sup>66</sup>

[57] La situation est initialement aussi simple que celle des raisons pour acheter une maison ou non. Si la raison pour ne pas acheter est son coût prohibitif, mais que la raison pour acheter est le coup de foudre qu'elle a provoqué chez les acheteurs et sa capacité à répondre à leurs besoins en matière de logement, et que ces raisons en faveur de l'achat surpassent celle en défaveur, le coût prohibitif demeure.

[58] En matière d'acte 'mauvais', par contre, le raisonnement semble plus problématique. Il existe une réticence à affirmer qu'une action justifiée est toujours mauvaise. Le professeur Moore exprime très bien cette réticence :

« [I]n truth, it makes no sense to me. It is not (morally or legally) *wrong* to defend oneself or others with deadly force; these justifications operate just like exceptions or any other feature of moral and legal norms excluding certain kinds of killing from being wrong. With regard to defence of others, sometimes it is even obligatory (not just permissible) to kill an attacker about to kill innocents; that is, it is right (not-wrong) in the strongest sense. »<sup>67</sup>

[59] La jurisprudence de la Cour suprême du Canada reflète également très bien la situation morale intriquée dans laquelle la théorie se retrouve, mais elle prend la position inverse du professeur Moore. Dans l'affaire *Perka*, par exemple, elle affirme que les actes justifiés sont des actes *bons*<sup>68</sup>, et elle reconnaît l'existence de justifications en droit positif. Mais elle refuse de considérer la nécessité comme une défense justificatrice, et il apparaît clair de ses arguments que le caractère 'mauvais' des actes commis par nécessité est un motif important :

« [En conceptualisant la défense comme une excuse, l]e caractère objectif du droit criminel est préservé; de tels actes sont toujours mauvais, mais dans les circonstances ils sont excusables. Ce n'est pas l'éloge qu'on provoque, mais

---

protection of the law. From the legal point of view there was not even *prima facie* reason against this killing for, from that point of view, this life simply has no value. »

<sup>66</sup> J. RAZ, *op. cit.*, note 38, p. 27.

<sup>67</sup> Michael S. MOORE, *op. cit.*, note 42, p. 181-182.

<sup>68</sup> *Perka c. La Reine, précité*, note 18, 246; par exemple, « l'agent de police qui abat celui qui retient des otages, la victime innocente d'une agression qui recourt à la force pour se défendre contre son agresseur, le bon samaritain qui réquisitionne une voiture et enfreint la limite de vitesse pour amener au plus tôt la victime d'un accident à l'hôpital ».

l'indulgence, lorsqu'on accomplit un acte mauvais alors qu'on est soumis à une pression [...] »<sup>69</sup>.

[60] L'importance de cet élément est d'autant plus clair que la Cour décrit la conception de la nécessité de Blackstone comme ayant une nature justificatrice en ce qu'elle est un « choix entre deux maux », qu'elle rejette cette conception pour son caractère subjectif<sup>70</sup>, pour ensuite imposer une exigence identique de 'proportionnalité' au nom de laquelle le maux choisi doit être moins grave que le maux évité<sup>71</sup>. La Cour adopte la même position face à la contrainte.<sup>72</sup>

[61] Concernant la Cour suprême, il apparaît évident que la position en est une de dénonciation. Il ne lui apparaît pas acceptable de traiter un acte criminel comme 'bon'. Pour la position défendue par Moore, c'est le problème inverse : il n'est pas acceptable de dénoncer comme mauvais un acte justifié, fut-il criminel.

[62] Pour le professeur Gardner, ce tiraillement moral du professeur Moore s'explique par le fait qu'il est difficile pour plusieurs personnes d'admettre le caractère mauvais d'un acte justifié parce que cela jette un éclairage moral négatif sur la vie de celui qui a posé le geste.<sup>73</sup>

[63] Le problème réside selon nous dans l'extensibilité du sens de l'expression 'acte mauvais'. Lorsqu'on affirme qu'un acte est mauvais, on a d'abord normalement à l'esprit tant l'acte matériel que la *mens rea* de l'acte; puisque celle-ci est la condition du caractère fautif de l'acte mauvais, les deux marchent toujours de pair. Mais si le droit criminel interdit des actes parce que ceux-ci sont mauvais, c'est en raison de leur caractère *matériellement* mauvais<sup>74</sup>. Bien sûr une agression sexuelle n'est une agression sexuelle coupable que lorsqu'un certain état d'esprit occupait l'accusé, mais le caractère mauvais de l'acte trouve sa source dans les conséquences *matérielles* nocives de l'acte, soit la contrainte de la victime à une relation sexuelle non consensuelle. Le meurtre ou l'homicide involontaire coupable sont des infractions avec des niveaux de culpabilité différents, mais leur caractère mauvais *matériel* est le même, soit une causation de la mort. À la limite, même la mort causée par pur accident est une conséquence

<sup>69</sup> *Perka c. La Reine, précité*, note 18, 248.

<sup>70</sup> *Perka c. La Reine, précité*, note 18, 247-248.

<sup>71</sup> *Perka c. La Reine, précité*, note 18, 252. La Cour suprême rattache toutefois cet élément non à la justification, mais au caractère moralement involontaire de l'acte, en s'appuyant sur Fletcher. Nous traitons de ce point dans la section consacrée aux excuses : *infra*, chapitre 2.

<sup>72</sup> *R. c. Ruzic, précité*, note 19, para. 29.

<sup>73</sup> J. GARDNER, « In Defence of Defences », reproduit dans *op. cit.*, note 5, p. 80-82.

<sup>74</sup> Le professeur Peter Westen, par exemple, qui nie toute différence entre la négation de l'*actus reus* et la justification parce que les deux consistent à dire que le défendant « did nothing wrong », reconnaît la matérialité regrettable contenue dans l'*actus reus*, mais affirme qu'il ne faut pas 'regretter l'acte justifié', mais le fait d'avoir été initialement 'confronté au choix' : P. WESTEN, *loc.cit.*, note 5, 300 à 302. Le professeur Westen ne réalise pas que cela revient à reconnaître une différence matérielle moralement significative entre la négation de l'*actus reus* et la justification.

mauvaise, seulement parfois il n'y a aucun coupable. Autrement dit, nous pourrions dire que le caractère matériellement mauvais de l'acte est la *raison* de la criminalisation, alors que la *mens rea* – la faute morale – en est sa condition.

[64] Or, on porte ensuite un jugement moral sur le caractère bon ou mauvais des actions, et ce jugement moral ne dépend pas de l'absence ou de la présence d'un 'dommage' ou d'un bénéfice. Les économistes savent bien que toute décision comporte un 'coût d'option', que tout acte a un coût. En matière morale, il en est de même, et la matérialité mauvaise d'un acte ne clos pas la question de sa pertinence ni de son caractère souhaitable, elle n'est que ce qu'elle est en droit criminel : une raison pour ne pas agir. Normalement, cette matérialité 'mauvaise' est occultée par le bénéfice global de l'action justifiée (par exemple, les preuves acquises lors de l'exercice d'un mandat de perquisition), et mentionner la continuité de cette matérialité mauvaise semble n'avoir pour objet que de remettre en question le bénéfice global de l'action, et à entacher son image. Pourquoi en effet rappeler les arguments militant contre une action lorsque celle-ci est considérée souhaitable?

[65] Or, si le droit criminel insiste pour conserver, dans le cas de la nécessité et de la contrainte, la qualification de l'acte comme 'mauvais', c'est en raison d'objectifs de dénonciation qui lui sont propres, et dont l'importance apparaîtra à la troisième section de ce chapitre, lorsque nous traiterons de la question des justifications partielles. Pour l'instant, nous pouvons conclure ainsi : les raisons pour ne pas commettre l'acte ne disparaissent pas avec la présence d'une justification, mais sont surpassées. L'acte matériellement mauvais le demeure, mais ce caractère mauvais ne devrait d'aucune manière jeter une lumière négative sur celui qui le commet; et si la jurisprudence insiste, parfois, sur le maintien de cette qualification, c'est à des fins de dénonciation.



## ***Section 1.2 – La justification de l’agent et de l’acte***

[66] Nous avons dit au début de la section précédente que la justification qui nous intéressait était celle des actes – et non celle des émotions ou des croyances. Il importe maintenant d’étudier plus en détail le sens et les implications de cette affirmation. C’est que, tel que nous le verrons dans la section suivante, l’affirmation que la défense de provocation est une justification partielle s’ancre directement dans les malentendus concernant l’objet de la justification.

[67] Dans le langage courant, il est rare que l’on utilise l’acte lui-même comme complément du nom ‘justification’ : généralement, on utilise l’agent. On dira, par exemple, que « X a décidé d’accepter le poste qui lui a été offert, il a eu raison », ou « il était justifiée d’accepter le poste », voire « sa décision était justifiée »; l’expression « son acceptation du poste était justifiée » (acte posé) étant beaucoup plus rare. Peut-être est-ce uniquement parce que ce genre d’expression exige de substantiver le verbe d’action.

[68] Cela peut entraîner une confusion, explicite ou implicite, entre la justification de l’acte et les différents sens que l’on peut attribuer à la « justification de l’agent ». Explicitement, la confusion n’est pas très répandue en doctrine; on affirme, par exemple, que « justifications focus entirely on actions, not agents »<sup>75</sup>. Mais il arrive que certains auteurs brouillent la ligne qui les sépare<sup>76</sup>, et parfois de manière délibérée et revendiquée. Ainsi, selon l’auteur Marcia Baron, il ne faut pas distinguer les deux<sup>77</sup>. Selon elle, il faut prendre l’énoncé « His action, X, was justified » dans le sens de « He was justified in doing X » et non dans le sens de « Although actions of this type usually are prohibited, X is in these circumstances in fact permissible »<sup>78</sup>

[69] Selon elle, la distinction entre la justification d’un acte et celle d’un agent ne pourrait se justifier que si la pratique n’utilisait l’expression « justification » que de manière prospective (c’est-à-dire normative), pour annoncer les circonstances lors desquelles l’acte interdit serait justifié. Or, puisqu’il est d’usage courant de dire d’un agent, de manière rétrospective (c’est-à-

---

<sup>75</sup> Par exemple : Douglas HUSAK, « Justifications and the Criminal Liability of Accessories », (1989) 80 *Journal of Criminal Law and Criminology* 494, 497; l’école doctrinale majoritaire considère d’ailleurs que c’est cette orientation vers l’acte, et non vers l’agent, qui différencie la justification de l’excuse: E.R. MILHIZER, *loc.cit.*, note 17, 812.

<sup>76</sup> Voir l’influent article du professeur Kent GREENAWALT, « Distinguishing Justifications from Excuses », (1986) 49 *Law & Contemporary Problems* 89.

<sup>77</sup> M. BARON, *loc. cit.*, note 5, 391: « I do not think it generally important to draw a sharp distinction between appraisals of actions and appraisals of agents. ».

<sup>78</sup> *Id.*, 387.

dire explicative), qu'il était justifié en agissant de tel et tel manière, la distinction lui semble factice et injustifiée<sup>79</sup>.

[70] Remarquons maintenant que la « justification de l'agent » est une expression ambiguë. Ça ne peut pas être l'*agent* à proprement parler, qui est justifié, à moins que l'on parle de son existence *in se*, mais cela est un phénomène naturel qui ne s'appuie pas sur des raisons et ne peut donc pas être justifié. La justification de l'agent est donc autre chose que l'agent, c'est-à-dire soit une émotion, une attitude, un acte, une croyance.

[71] Notons maintenant que la justification des actes n'est pas dépendante de la justification des émotions, et qu'une émotion justifiée n'a pas le pouvoir de justifier un acte. Les normes comportementales (qui encadrent les actes) sont indépendantes de la normalité ou de la normativité des émotions, de telle manière qu'une norme comportementale a souvent pour objet d'interdire un comportement qui serait *précisément* indiqué par une émotion. La présence de deux régimes normatifs distincts s'illustre aisément, et la confusion des deux heurte la fonction de 'guide du comportement' du droit criminel; ce type de justification n'est d'ailleurs pas utilisé pour justifier le comportement. Prenons le cas d'une agression sexuelle. Il est possible que l'agent soit animé d'un désir vif et violent – ce qui constitue sa raison pour agir – il n'en demeure pas moins que son acte est injustifié. Il est possible que son « désir » soit également justifié, mais il n'en demeure pas moins que son acte ne l'est pas, ne *peut* pas l'être. Il est d'ailleurs dans la nature du droit criminel d'affirmer par la condamnation qu'un acte, quels qu'en soient les émotions qui l'ont dicté, est injustifié.

[72] Il en est de même au quotidien. Il peut être justifié de ressentir de la tristesse et de la colère face à une rupture (émotions), il peut être justifié de décider de couper toute relation (action), mais cette colère et cette tristesse ne fournissent aucun début de raison pour être cruel envers l'ancien partenaire, pour l'insulter ou utiliser la violence. Si un froid s'installe entre un ami et moi, il peut être justifié que je me sente froissé, il ne l'est probablement pas que je médise sur son compte. Souffrant d'une infidélité de ma conjointe, il est sans doute justifié que je me sente blessé et jaloux, il ne l'est probablement pas que je répande l'information à qui veut l'entendre avec l'objectif conscient de nuire à sa réputation. C'est d'ailleurs un rôle important d'un régime de normes comportementales que d'*encadrer* le comportement *en dépit* des émotions. Si un régime normatif comportemental s'amarrait aux actions dictées par les émotions, son utilité serait radicalement réduite. On ne peut donc pas jauger de la valeur de

---

<sup>79</sup> *Id.*, 392.

l'action à partir de la force ou du caractère juste de l'émotion : on doit avoir pour cadre un régime normatif qui a pour objet les actions.

[73] La relation entre la justification des actes et des croyances est plus complexe. La justification d'un acte dépend, en quelque sorte, de la justification des croyances qui en ont été le substrat. Mais affirmer qu'une action est justifiée et affirmer qu'une croyance est justifiée n'est pas la même chose. La justification des croyances est une question qui déborde notre sujet; mais il importe de mettre en lumière la relation qui unit la justification des actes et celle des croyances.

[74] La justification d'un *acte* est une expression ambiguë. Elle peut signifier 1) la justification objective de l'acte, sans tenir compte du processus cognitif qui l'a engendré. Elle peut également signifier 2) uniquement ce processus, ce qui se confond alors avec la justification de l'agent, et ouvre alors la question de la justification des croyances. Finalement, elle peut exiger 3) la présence des deux (l'acte, *objectivement*, et le processus cognitif qui l'a engendré).

[75] Nous étudierons successivement la seconde et la première, pour éclairer en quoi elles ne sont satisfaisantes ni l'une ni l'autre, pour conserver finalement la troisième.

### 1.2.1 - La justification subjective

[76] La professeur Baron s'intéresse au processus ayant mené à l'action, et si celui-ci n'est pas fautif, elle considère qu'il était justifié. Sa position est donc à l'effet qu'un acte est justifié si la croyance sur lequel il s'appuie l'est elle-même. Sa position n'est originale que dans un seul cas d'espèce : celui où l'acte n'est pas *objectivement* justifié, mais où l'agent se croyait, de manière non fautive, justifié à poser l'acte. La distinction entre les deux est possible parce qu'une croyance peut être justifiée sans être vraie : elle est une question de raison pratique qui dépend de la rationalité du processus qui l'a engendré.

[77] Quel acte précisément Marcia Baron essaie-t-elle de justifier? En droit criminel, l'intuition voudrait que l'on tente de justifier des crimes. À ce titre, la justification devrait viser des voies de fait, des agressions sexuels, des entrées par effraction, l'importation de stupéfiants, des meurtres, des vols. Mais ces crimes sont ce que l'on appelle des « descriptions complexes »<sup>80</sup> d'actes, en ce qu'ils incluent à la fois un ou une série d'actes élémentaires et certaines de leurs

---

<sup>80</sup> Voir à ce sujet : M.S. MOORE, *op. cit.*, note 42, p. 169 et ss.

circonstances et/ou conséquences.<sup>81</sup> Ainsi, il est possible de tenter de justifier le crime (la description complexe de l'acte), mais il est également possible de tenter de justifier l'acte (ou la série d'actes) élémentaire(s) qui en constitue(nt) le noyau.

[78] Prenons l'exemple d'une erreur sur le consentement à une relation sexuelle. *Ex hypothesi*, l'erreur n'est pas fautive. La victime ne voulait pas, mais a agi à tout point de vue comme si elle était consentante. Acceptons également qu'aucune question de crédibilité n'est en jeu<sup>82</sup>. Lorsque l'on dit que « l'agent était justifié » au sens où « les actes élémentaires » (la relation sexuelle) était justifiée, nous ne sommes même pas en présence de la recherche d'une justification du crime, mais plutôt des actes élémentaires qui le composent.

[79] C'est-à-dire que si l'on se demande si l'*agression sexuelle* (incluant l'absence de consentement) était justifiée, la réponse est non. Si l'on se demande à l'inverse si les *actes élémentaires* ayant causé l'agression sexuelle, c'est-à-dire tous les actes ayant causé un contact physique de nature sexuelle avec la victime, on peut concéder que ces actes étaient justifiés, mais déjà l'affirmation a quelque chose d'étrange. La seule raison pour laquelle nous demandons une justification à ces *actes élémentaires* est le fait que la victime était non consentante, i.e. qu'une agression sexuelle (*acte complexe*) est alléguée.

[80] Est-il pertinent de séparer les actes élémentaires, en droit criminel, des actes complexes, à fin de qualifier le comportement de l'agent de justifié? La question est d'une certaine importance, puisqu'elle touche directement l'objet du procès : le rapport entre les actes élémentaires posés et leur qualification juridique – l'acte complexe.

[81] Il semble aller de soi que la distinction n'apporte rien de pertinent en matière de justification. Mais ce qui s'avère le plus instructif pour nous quant à cette question, ce sont les raisons sous-jacentes à la non pertinence de la distinction.

[82] D'abord, si la réponse était positive, il y aurait alors deux types de justification : les justifications pour l'acte complexe (nécessité, contrainte, légitime défense) et les justifications pour les actes élémentaires (toute erreur non fautive, voire toute négation de la *mens rea*).

[83] Or, le second type de justification s'appuie directement sur la justification des éléments mentaux sous-jacents à l'action : la justification de ces actes élémentaires revient, *in se*, à la justification des croyances sous-jacentes à ces actes élémentaires. C'est-à-dire qu'il y a *identité* entre la justification des croyances sous-jacentes à l'acte élémentaire et la justification de l'acte

---

<sup>81</sup> Voir, *infra*, section 2.1.1.

<sup>82</sup> C'est généralement là que se situe le cœur du débat selon la Cour suprême : *Pappajohn c. La Reine*, [1980] 2 C.S.R. 120, 155-156.

élémentaire. Cette confusion se retrouve de temps à autre en doctrine. Par exemple, le professeur Re'em Segev argumente que les erreurs de droit ne devraient pas être conceptualisées comme des excuses, puisqu'elles sont des justifications. Sa confusion est instructive : l'ensemble de l'article consiste à discuter de la nature de la justification de l'erreur elle-même, et non celle des actes commis.<sup>83</sup>

[84] Le second argument fait appelle à la nature des justifications : elles sont des raisons pour agir. Or, leur fonction initiale est donc de *guider* le comportement, et non de *l'expliquer*, qui est une fonction secondaire et dépendante de la première. Par ailleurs, les raisons pour agir doivent être des *faits*, et non des *croyances*, car c'est en tant que *fait* qu'une raison pour agir a une valeur normative. Le professeur Raz explique le rapport entre les deux fonctions (guide et explication) et les deux natures (fait ou croyance) des raisons pour agir ainsi :

« We should admit that we use reasons in both ways [as facts or as beliefs]. We could even distinguish between two notions of reason. But they should not be regarded as of equal significance. Only reasons understood as facts are normatively significant; only they determine what ought to be done. To decide what we should do we must find what the world is like, and not what our thoughts are like. The other notion of reasons is relevant exclusively for explanatory purposes and not at all for guiding purposes. It is precisely this which shows that this purely explanatory notion is the secondary one presupposing the other and not being presupposed by it. It is not only that the purely explanatory notion can, as we saw, be eliminated in favour of belief in reasons (of the first kind). It is rather that the special feature of explanations of behaviour in terms of his beliefs as to what he should do, in terms of his own assessment of the relevant reasons (in the primary, normative, sense) which apply to him. »<sup>84</sup>

[85] La nuance entre une conception des raisons comme étant des faits ou des croyances est subtile, mais importante. Ce ne sont pas les croyances qui guident le comportement, ce sont les faits. Bien sûr, il faut, pour qu'un fait guide le comportement, qu'il soit cru, mais il demeure le référent normatif. Comme l'affirme le professeur Raz :

« The choice between facts and beliefs [for what is a reason] is more difficult. Beliefs are sometimes reasons, but it would be wrong to regard all reasons as beliefs. It should be remembered that reasons are used to guide behaviour, and people are to be guided by what is the case, not by what they believe is the case. To be sure, in order to be guided by what is the case a person must come to

---

<sup>83</sup> Re'em SEGEV, « Justification, Rationality and Mistake: Mistake of Law Is No Excuse? It Might Be a Justification! », (2006) 25 *Law and Philosophy* 31, 31 à 38 et 42 et ss.; voir aussi p. 44 : « This idea could be formulated, alternatively, as follows: an action or a belief is justified if it rationally reflects the relevant information that the agent has and the agent should not make further inquiries in order to ascertain additional information. ».

<sup>84</sup> J. RAZ, *op. cit.*, note 38, p. 18-19.

believe that it is the case. Nevertheless it is the fact and not his belief in it which should guide him and which is a reason. »<sup>85</sup>

[86] Si l'on veut ensuite étendre le qualificatif de 'justifié' à l'acte alors que la croyance ne correspond pas aux faits (donc lorsque l'agent n'aurait pas dû s'appuyer sur ce fait), il faut une bonne raison. Or, en y regardant attentivement, on observe que la revendication précise est à l'effet que l'acte élémentaire posé n'a pas le caractère coupable de sa qualification matérielle, i.e. qu'il n'est pas coupable. En d'autres termes, on présente *précisément* une excuse. Il y a donc congruité entre la justification de l'acte élémentaire et une certaine défense d'excuse, qui consiste à admettre que l'établissement des faits matériels constitue l'*actus reus*, mais à en nier le caractère coupable ou blâmable. C'est ainsi que le résultat de la quête de l'auteur trahit sa nature : elle conclut que l'agent est justifié parce qu'il n'est pas fautif, mais si l'on se questionnait sur la présence d'une faute chez l'agent, on se questionnait sur sa culpabilité, ce qui relève normalement du domaine des excuses. D'ailleurs, l'erreur de fait est traditionnellement considérée comme une excuse<sup>86</sup>, et si l'erreur de fait devait être une excuse quand elle se rapporte à la *mens rea* (donc à la correspondance mentale d'un élément de l'*actus reus*) mais une justification quand elle se rapporte à la présence d'une justification, il serait nécessaire qu'il existe de bons arguments pour appuyer cette distinction.

[87] Or, deux raisons découlant précisément de ce fait expliquent *pourquoi* on peut rechercher à affirmer que l'acte est *justifié* et non *excusé*. D'une part, l'excuse est une admission du caractère matériel négatif de l'acte posé. Il est nécessairement regrettable que ces actes dussent être excusés, et lorsqu'une personne n'est pas blâmable, on voudrait que sa carte morale reste entièrement blanche, ce qui peut sembler, à tort, ne pas être le cas lorsque l'on reconnaît le caractère matériellement négatif des actes posés. Là réside toute la différence entre plaider que l'acte sexuel était consensuel et qu'il y a eu erreur (même raisonnable) sur le consentement.

[88] D'autre part, et nous verrons en détail ce point dans le prochain chapitre consacré aux excuses, en un certain sens, les excuses n'efface pas tout le tableau de la culpabilité, c'est-à-dire qu'une excuse efficace contre une accusation peut laisser subsister une culpabilité à l'égard d'une autre accusation. Mais les excuses blanchissent parfois entièrement le dossier d'un accusé. Il y a des excuses qui ne laissent subsister aucune culpabilité à l'égard d'aucune accusation. À tout prendre, comme nous le verrons, lorsqu'une excuse laisse subsister une

---

<sup>85</sup> *Id.*, p. 17.

<sup>86</sup> Le professeur Moore évoque cette « étrange » ressemblance lors du rapprochement entre les justifications et l'*actus reus* : « Yet D's exculpatory ground looks similar to one of the classic grounds of excuse, namely, ignorance or mistake. » : M.S. MOORE, *op. cit.*, note 42, p. 183.

culpabilité, ce n'est plus alors à l'égard de la même accusation. La culpabilité provient de la correspondance entre des caractéristiques des actes posés (tant matériellement que mentalement) et leur adéquation à des accusations, et non pas du caractère partiel des excuses. Pour l'instant, prenons pour acquis que le fait que les actes demeurent potentiellement coupables à l'égard *d'une autre accusation* ne justifie pas que l'on change l'appellation de la nature de leur défense.

[89] Enfin, si la première raison offerte pour qualifier de justification la défense plutôt que d'excuse est le désir de blanchir entièrement le tableau de l'agent, l'importance de la reconnaissance de la matérialité négative des actes élémentaires posés (ex : la reconnaissance de la matérialité de l'agression sexuelle pour la victime) milite pour que l'on qualifie l'acte global posé d'excusable, et non de justifié. Compte tenu de la jurisprudence de la Cour suprême qui s'appuie sur cette matérialité mauvaise pour rejeter l'utilisation du terme 'justification' pour parler précisément de justifications<sup>87</sup>, on peut conclure qu'*a fortiori*, une erreur non fautive quant à la présence d'une justification ne peut se qualifier de justification.

## 1.2.2 – La justification objective

[90] Des auteurs défendent, à l'inverse, que la justification d'un acte doit être objective au sens où elle ne doit tenir aucunement compte des motifs pour lesquels l'agent a posé l'acte. En quelque sorte, la justification d'un acte devient la justification des mouvements corporels produits, sans égard au processus mental qui l'a engendré. Ainsi, un acte serait justifié dès qu'objectivement, il eut été préférable que les mouvements corporels eussent lieu.

[91] Ainsi, pour Larry Alexander, un acte est justifié lorsqu'il est celui qui a causé un 'moindre mal' par rapport à une omission (doctrine dite du 'lesser evil')<sup>88</sup>. Examinant la question de savoir s'il fallait, pour avoir accès au moyen de défense, que l'acte ait été posé précisément pour éviter ce plus grand mal, l'auteur répond « [...] we should not deny defendant the defense merely because, although he knew he was choosing the lesser evil, he did not choose it *because* it was the lesser evil. [...] he has done what is socially preferable. »<sup>89</sup> De plus, à

---

<sup>87</sup> Voir la section précédente, concernant les défenses de nécessité et de contrainte.

<sup>88</sup> L'interprétation se fait dans le contexte de la défense de justification prévue au *Model Penal Code*, qui prévoit qu'un acte est justifié lorsque 1) l'acteur croit 2) que l'acte est nécessaire pour éviter 3) un mal plus grand que celui causé : AMERICAN LAW INSTITUTE, *Model Penal Code*, Philadelphia, The American Law Institute, 1962, section 3.02.

<sup>89</sup> Larry ALEXANDER, « Lesser Evils: A Closer Look at the Paradigmatic Justification », (2005) 24 *Law and Philosophy* 611, 619-620. Du même avis, voir Anthony M. DILLOF, « Unraveling Unknowing Justification », (2002) 77 *Notre Dame Law Review* 1547, 1597 et ss.

l'égard de l'agent qui agit sans connaître la circonstance justificatrice, il est d'avis que l'acte était justifié, même si l'agent est alors coupable d'avoir commis un crime de tentative (puisqu'il est coupable d'avoir *voulu et tenté* de commettre le crime)<sup>90</sup>.

[92] Ce n'est pas l'état du droit canadien, puisque tant la nécessité, la contrainte, la légitime défense ou même les divers pouvoirs policiers doivent avoir été commis pour le motif justificateur<sup>91</sup>. De même, au Royaume-Uni, c'est l'objet de la doctrine *Dadson*, qui a pour effet d'exiger, pour qu'une justification soit accessible au défendeur, qu'elle représente les raisons sur lesquelles il s'est appuyé.<sup>92</sup> En réalité, il est difficile de trouver un seul endroit où la conception de M. Alexander prévaut.<sup>93</sup>

[93] Cela ne nous dispense pas de présenter quelques arguments pour rejeter cette proposition. Comme nous l'avons mentionné tout au long de ce chapitre, les justifications sont des *raisons pour agir*. Qu'elles soient considérées dans leur sens initial (normatif) ou dérivé (explicatif), les raisons pour agir ne peuvent pas être des raisons pour agir si l'agent ne les connaît pas. Il n'est pas surprenant qu'Alexander ne s'avance pas à exonérer complètement l'agent qui n'est pas au courant de la présence d'un fait justificateur : celui-ci a commis l'*actus reus* avec la *mens rea*. Si un fait objectif eut pu lui servir de *raison pour agir*, encore eut-il fallu qu'il le connaisse<sup>94</sup>.

[94] De plus, les raisons pour agir ne peuvent servir de justification que si elles sont celles qui ont *motivé* l'acte. Pour comprendre l'essence de cet argument, il est nécessaire d'apporter une distinction conceptuelle entre deux rôles que peuvent occuper les raisons pour agir. Selon le professeur Raz, ces raisons peuvent être soit *opérantes*, soit *auxiliaires*. La raison opérante est celle qui motive directement l'agent, c'est-à-dire qu'il agit *pour cette raison*. Le professeur Raz offre l'exemple suivant :

« Consider the following case. I promised John to buy for him all the new philosophy books published this year; this is a philosophy book and it has just

<sup>90</sup> Larry ALEXANDER, *loc. cit.*, note 89, 626 à 634. Il suit, en cela, l'argumentation de Paul H. ROBINSON, « A Theory of Justification: Societal Harm as a Prerequisite for Criminal Liability », (1975) 23 *UCLA Law Review* 266, 289-291. Voir la réponse du professeur Fletcher: George P. FLETCHER, « The Right Deed for the Wrong Reason: A Reply to Mr. Robinson », (1975) 23 *UCLA Law Review* 293, 301-305

<sup>91</sup> La nécessité : *Perka c. La Reine*, précité, note 18; la contrainte : *R. c. Ruzic*, précité, note 19; la légitime défense : art. 34(1) et (2); les pouvoirs policiers de détention et de fouille : *R. c. Mann*, précité, note 62, para. 34 et ss.

<sup>92</sup> *R. c. Dadson*, (1850) 4 Cox CC 358; voir, à cet égard, John GARDNER, « Justifications and Reasons », reproduit dans *op. cit.*, note 5, 94-95.

<sup>93</sup> « The consensus of Western legal systems is that actors may avail themselves of justifications only if they act with a justificatory intent. »: G.P. FLETCHER, *op. cit.*, note 5, p. 557.

<sup>94</sup> Voir aussi, généralement, G.P. FLETCHER, *op. cit.*, note 5, p. 555 à 562.

been published; so I ought to buy it for John. If belief in the conclusion entails having a practical critical attitude it is only because belief in one of the premises requires such an attitude. In this case the premise is that I promised to John, etc. I shall call any reason an *operative reason* if, and only if, belief in its existence entails having the practical critical attitude. A reason which is not an operative one will be called an *auxiliary reason*. »<sup>95</sup>

[95] Une raison auxiliaire est une raison dont la présence est nécessaire à l'accomplissement de l'acte, sans en être la motivation. Par exemple, l'agent A a une raison opérante de tuer V tel que : il désire tuer V; or, il a également une raison pour ne pas tuer V, soit le statut d'acte criminel du meurtre. Par ailleurs, V menace de faire exploser un immeuble. En vertu de la doctrine du moindre mal que défend le professeur Alexander, celui-ci est d'avis que A pourrait abattre V pour sauver les habitants de l'immeuble. Mais V ne désire pas sauver les habitants de l'immeuble : c'est le dernier de ses soucis. Toutefois, sa connaissance de l'existence de la menace lui offrant en quelque sorte un « permis de tuer V », il l'abat. La présence de la menace sert donc de raison auxiliaire à l'agent.

[96] Alexander est d'avis que A doit avoir accès à une justification, car sinon, le droit criminel « [would] deter badly motivated people from socially desirable conduct whenever they would not engage in such conduct but for their misanthropic motivations. »<sup>96</sup>

[97] Cet argument n'est pas étayé par le professeur Alexander. D'une part, il n'explique pas en quoi les actes justifiés par des raisons auxiliaires seraient plus socialement désirables que l'omission d'agir. En ce qui concerne l'allégation du pouvoir dissuasif de la distinction entre raison opérante et raison auxiliaire, d'autre part, nous doutons de son efficacité.

[98] Quoiqu'il en soit, pour bien saisir la raison pour laquelle une raison pour agir, pour servir de justification, doit être la raison opérante pour laquelle l'agent a agi, il faut éclairer un peu plus la nature des raisons pour agir et les liens qu'elles entretiennent avec le droit criminel.

[99] Le droit criminel est un système de règles, de normes. Or, celles-ci n'ont pas pour objet uniquement de fournir une raison pour ne pas agir. La raison pour ne pas agir mentionnée jusqu'à présent, c'est-à-dire le caractère mauvais de l'acte, est à la fois une raison pour ne pas agir et la raison qui a mené à la criminalisation de l'acte.

---

<sup>95</sup> Joseph RAZ, *op. cit.*, note 38, p. 33; voir aussi p. 33 à 35.

<sup>96</sup> L. ALEXANDER, *loc. cit.*, note 89, 620. Notons que ce passage est révélateur d'un problème théorique beaucoup plus sérieux, présent dans toute l'analyse d'Alexander, soit son opinion à l'effet que le droit criminalise des actes pour les traits de caractère que ceux-ci laissent transparaître, le trait dominant criminalisé étant une « insuffisant concern » pour les autres : Larry ALEXANDER, « Insufficient Concern : A Unified Conception of Criminal Culpability », (2000) 88 *California Law Review* 931. Il est donc d'avis que la véritable source de la culpabilité, dans le cas d'une justification auxiliaire, est qu'elle *ne démontre pas avec certitude* le vilain trait de caractère.

[100] La criminalisation d'un acte n'est pas une activité neutre sur le plan moral. Sans la criminalisation, la raison qu'est le caractère mauvais de l'acte est une raison pour ne pas agir, mais elle peut être évaluée et mise en balance avec diverses raisons pour agir. La criminalisation d'un acte entraîne la mise en place d'une seconde raison, une raison que le professeur Raz nomme une raison de *second ordre*, d'*exclusion*. Ce type de raison a pour objet d'exclure les raisons de *premier ordre* lors de l'analyse morale.<sup>97</sup>

[101] Pour saisir ces concepts, un exemple donné par Raz peut s'avérer bénéfique :

« While serving in the army Jeremy is ordered by his commanding officer to appropriate and use a van belonging to a certain tradesman. Therefore he has reason to appropriate the van. His friend urges him to disobey the order pointing to weighty reasons for doing so. Jeremy does not deny that his friend may have a case. But, he claims, it does not matter whether he is right or not. Orders are orders and should be obeyed even if wrong, even if no harm will come from disobeying them. That is what it means to be subordinate. It means that it is not for you to decide what is the best. You may see that on the balance of reasons one course of action is right and yet be justified in not following it. The order is a reason for doing what you were ordered regardless of the balance of reasons. He admits that if he were ordered to commit an atrocity he should refuse. But his is an ordinary case, he thinks, and the order should prevail. It may be that Jeremy is wrong in accepting the authority of his commander in this case. But is he not right on the nature of authority? »<sup>98</sup>

[102] Le droit criminel a exactement ce genre d'autorité : il impose de le respecter sans l'évaluation de la balance normale des raisons pour agir et pour ne pas agir.<sup>99</sup> En d'autres termes, le débat est résolu d'avance. Les raisons pour agir ne doivent pas être prises en compte. Ce n'est pas *spécifique* au droit criminel : c'est l'effet direct de l'établissement de règles.<sup>100</sup> Celles-ci résolvent des conflits en avance, pour les conflits futurs.<sup>101</sup> Mentionnons, pour plus de

<sup>97</sup> « A *second-order reason* is any reason to act for a reason or to refrain from acting for a reason. An *exclusionary reason* is a second-order reason to refrain from acting for some reason. » J. RAZ, *op. cit.*, note 38, p. 39

<sup>98</sup> *Id.*, p. 38.

<sup>99</sup> Voir, Joseph RAZ, *The Authority of Law*, 2<sup>e</sup> éd., New York, Oxford University Press, 1999, p. 18 et ss., et J. GARDNER, « Justifications and Reasons », reproduit dans *op. cit.*, note 5, 105 et ss.

<sup>100</sup> En 1945, le professeur Gustav Radbruch, dans une allocution, exprimait cette réalité ainsi : « 'An order is an order', the soldier is told. 'A law is a law', says the jurist. The soldier, however, is required neither by duty nor by the law to obey an order whose object he knows to be a felony or a misdemeanor, while the jurist – since the last of the natural lawyers died out a hundred years ago – recognizes no such exceptions to the validity of a law or to the requirement of obedience by those subject to it. A law is valid because it is a law, and it is a law if, in the general run of cases, it has the power to prevail. » : Gustav RADBRUCH, « Fünf Minuten Rechtsphilosophie », traduit à « Five Minutes of Legal Philosophy », (2006) 26 *Oxford Journal of Legal Studies* 13, 13.

<sup>101</sup> J. GARDNER, « Justifications and Reasons », reproduit dans *op. cit.*, note 5, 105 et ss.

précision, que ce type de raison ne se différencie par une *nature* spécifique, qu'il faudrait appuyer sur un fondement métaphysique *sui generis*, mais par son *effet*.<sup>102</sup>

[103] Mais qu'en est-il des défenses de justification? Et quel rapport cela a-t-il avec la nécessité d'agir précisément pour les raisons justificatrices?

[104] La réponse est la suivante : si l'absence d'une justification (valide) *interdit* d'agir pour cette raison, la présence d'une justification a l'effet inverse : elle *permet* d'agir pour cette raison. Elle n'*oblige* pas à agir pour cette raison, ni n'indique qu'il soit *préférable* que l'acte soit posé. Elle ne fait que *permettre* d'agir pour *cette* raison.

[105] Le professeur Gardner explique ainsi la situation :

« As I mentioned, when it comes to the legal norm that creates an offence, all the law cares about is conformity, never mind *why* one conforms. It is no skin off the law's nose whether one acts for legal, moral or prudential reasons, or indeed no reasons at all, so long as one does not break the law. But when it comes to the conferring of a justificatory defence, things are different. What the conferring of the defence does is to unexclude certain conflicting reasons for action, such that these reasons (unlike others) are now available to be relied upon as reasons in favour of violating the norm. To avail oneself of the defence, one relies upon the reasons. It is no good merely to act in the way that someone relying upon the reason would act. Excluding a reason makes it a defeated reason, i.e. a reason for which one should not act. Unexcluding it merely reverses the process. It changes what one should do, on balance, only by changing what reasons one has available to act on. If one does not act on them, then one has no justification. »<sup>103</sup>

[106] Bref, la présence d'une justification en droit criminel n'intervient pas dans la matérialité des faits, elle offre la possibilité d'agir pour des raisons autrement exclues par le droit criminel, et c'est tout ce qu'elles offrent.

[107] À cet étape, il ne nous reste plus de satisfaisante que la conception des justifications tel que retenue en droit canadien, et ainsi résumée par le professeur Gardner :

« No action or belief is justified unless it is true *both* that there was an applicable (guiding) reason for so acting or so believing *and* that this corresponded with the (explanatory) reason why the action was performed or the belief held. [...] To cite explanatory reasons as well as guiding reasons is not to provide justifications from two different points of view, nor even to provide two partial justifications, but merely to provide the two essential parts of one and the same (partial or complete) justification. »<sup>104</sup>

<sup>102</sup> J. RAZ, *op. cit.*, note 38, p. 35 à 48.

<sup>103</sup> J. GARDNER, « Fletcher on Offences and Defences », reproduit dans *op. cit.*, note 5, p. 149.

<sup>104</sup> J. GARDNER, « Justifications and Reasons », reproduit dans *op. cit.*, note 5, p. 91, 94.

[108] Maintenant que la nature d'une défense de justification a été éclaircie, voyons comment il est impossible d'invoquer une telle nature à la défense de provocation.

### ***Section 1.3 – Le caractère partiel des justifications et la défense de provocation***

[109] Qu'est-ce qu'une justification partielle?

[110] Mentionnons d'abord que si une justification est une raison pour agir, une justification partielle doit partager cette nature, et être une raison pour agir.

[111] Ainsi, selon le professeur Gardner, la différence entre les raisons pour agir qui constituent des justifications complètes et celles qui constituent des justifications partielles est leur pouvoir respectif : les justifications sont complètes lorsqu'elles ont le pouvoir de *prévaloir* sur les raisons pour ne pas agir. Ainsi :

« What one claims if one claims *partial* justification is that the prima facie reasons against one's action or belief are countered by some reasons in favour. What one claims if one claims *complete* justification is that the reasons in favour are, moreover, strong enough to prevail over the reasons against. »<sup>105</sup>

[112] Les justifications partielles seraient, quant à elles, des raisons pour agir insuffisantes pour prévaloir sur les raisons pour ne pas agir.

[113] Les auteurs qui soutiennent que la défense de provocation est une justification partielle adoptent un raisonnement de cet ordre. Selon le raisonnement adopté, les raisons pour agir forment un continuum avec la justification de l'acte : plus les raisons pour agir sont fortes, plus l'acte est justifié. L'auteure Vera Bergelson, par exemple, affirme :

« Naturally, the availability and extent of provocation mitigation should depend on the legal existence and magnitude of the perpetrator's rights violated by the provoker. For example, I have a legally protected right not to be slapped on the face. This right, like any right to bodily integrity, is situated quite high in the hierarchy of rights, and its violation may subject the offender to a criminal punishment. Thus, if I overreact as a result of being slapped, I would be partially justified. I would be more justified if I only slap the offender back and less justified if I kill him. »<sup>106</sup>

[114] Mais en quoi de telles raisons pour agir sont-elles des *justifications* partielles? Pourquoi mériteraient-elles le titre de « justification »? Il est certain que la raison pour agir, dans le contexte de la provocation, *explique* le comportement. Mais il ne faut pas confondre *expliquer* et *justifier* un comportement. Pour plus de certitudes, il est certain que pour *justifier*

---

<sup>105</sup> J. GARDNER, « Justifications and Reasons », reproduit dans *op. cit.*, note 5, 95.

<sup>106</sup> Vera BERGELSON, « Justification or Excuse? Exploring the Meaning of Provocation. », (2009-2010) 42 *Texas Tech Law Review* 307, 317. Le professeur Husak partage cette conception : D.N. HUSAK, *loc.cit.*, note 31, para. 8 à 10.

un acte par une raison pour agir, il faut également que cette raison pour agir *explique* l'acte.<sup>107</sup> Mais si la fonction première d'une raison pour agir est de guider le comportement, l'attribution d'une nature « justificative » à cette raison pour agir en est une caution, c'est-à-dire que l'affirmation selon laquelle un acte est justifié est une confirmation de la valeur de la raison pour agir sous-jacente.

[115] C'est précisément pour cela qu'une justification complète, selon le professeur Gardner, ne survient que lorsque « the reasons in favour are, moreover, strong enough to prevail over the reasons against. »<sup>108</sup> Il n'est pas possible d'utiliser le concept de justification en l'absence de cet élément de 'caution' du locuteur sans le dénaturer.

[116] Bien sûr, il est possible d'affirmer, comme nous l'avons vu dans la section précédente, qu'un agent était subjectivement justifié, sans l'être objectivement. Pour qu'un acte soit justifié, il faut qu'il le soit tant subjectivement qu'objectivement. Mais la défense de provocation ne peut pas être une justification partielle au sens où elle ne serait qu'une justification subjective.

[117] C'est que la justification subjective ne perd pas cette nature de 'caution' des raisons pour agir : c'est même précisément le contraire. Affirmer, par exemple, qu'un agent était subjectivement justifié de poser l'acte X signifie que la raison pour laquelle il a posé l'acte X était une *raison valable*. Si, par exemple, l'agent commet une erreur quant à présence d'un danger pour sa vie, l'affirmation selon laquelle l'acte qu'il a posé pour réagir au danger était subjectivement justifié est conforme dès lors que la *véritable* présence d'un danger aurait justifié l'acte posé en réaction.

[118] Par contraste, l'agent qui commet un meurtre en réaction à une provocation n'a aucune justification subjective. La *provocation* est la raison pour laquelle il a agit, et elle permet ainsi d'*expliquer* l'acte, mais elle n'est pas une justification puisque même si elle est réelle et actuelle, elle n'est pas une raison *valable* pour agir.

[119] L'analyse de la justification partielle offerte par le professeur Gardner reste donc intacte : une justification *partielle* est une invocation de raisons pour agir *insuffisantes*. Mais en ce sens, affirmer qu'un acte était *partiellement* justifié consiste justement à affirmer que l'acte était *injustifié* – c'est-à-dire que les raisons pour agir qui expliquent le comportement de l'agent étaient de *mauvaises* raisons.

---

<sup>107</sup> *Supra* chapitre 1 section 1.2.1. et J. RAZ, *op. cit.*, note 99, p. 18 et ss.

<sup>108</sup> J. GARDNER, « Justifications and Reasons », reproduit dans *op. cit.*, note 5, 95.

[120] Les auteurs qui défendent le caractère justificatif de la défense sont, bien entendu, de l'avis inverse. Ainsi, le professeur Ashworth affirmait, en 1976 :

« [T]he claim implicit in partial justification is that an individual is *to some extent* morally justified in making a punitive return against someone who intentionally causes him serious offense... »<sup>109</sup>

[121] Nous ne pouvons adhérer à ce raisonnement. Qu'est-ce que cela signifie, être moralement justifié *jusqu'à un certain point*? La raison pour agir est-elle ou non cautionnée? Elle ne l'est certainement pas concernant l'acte commis que l'on tente de justifier. Peut-être l'affirmation signifie-t-elle qu'en raison de la présence de la raison pour agir que constitue la provocation, l'agent était justifié de commettre quelque autre acte, mais non celui que l'on tente de justifier? Qu'il était justifié, par exemple, de mettre fin à sa relation avec le provocateur? D'être en colère? De se venger de manière légale? Quel que soit la réponse à cette question, le meurtre lui-même demeure injustifié – et c'est la justification de cet acte qui nous intéresse.

[122] Mais l'utilisation de l'expression « justification partielle » n'est pas exceptionnelle, on pourrait soutenir qu'elle doit en réalité faire référence à une réalité qui a une certaine valeur. D'ailleurs, agir pour une certaine mauvaise raison peut-être pire que d'agir pour une autre mauvaise raison. Par exemple, si rien ne justifie le trafic de stupéfiants, le faire pour nourrir sa famille est moins pire que le faire à des fins de lucre.

[123] Les auteurs qui attribuent à la défense de provocation une nature justificative vont dans ce sens. L'expression utilisée est celle qu'une justification partielle rendrait l'acte moins *mauvais*.<sup>110</sup> L'effet des justifications seraient donc progressif : meilleure serait la raison pour agir invoquée, plus justifié serait l'acte, et moins celui-ci serait mauvais. Une auteure fait remarquer que cette progression est d'autant plus visible que même l'acte justifié demeure, en un certain sens, 'mauvais' :

« [...] the killing of a sick person who is not responsible for his actions may be completely justified [because he attacked] but it is still regrettable, and a regrettable act is not morally insignificant. As for a partially justified killing, it is always wrongful. It is a wrongful act that, due to certain mitigating circumstances, is simply less wrongful than that required by the charged offense. »<sup>111</sup>

<sup>109</sup> A.J. ASHWORTH, *loc. cit.*, note 9, 307.

<sup>110</sup> Voir, par exemple : V. BERGELSON, *loc. cit.*, note 106, 307 : « A partial justification renders the act less wrongful [...] »; Finbarr MCAULEY, « Anticipating the Past : The Defence of Provocation in Irish Law », (1987) 50 *M.L.R.* 133, 139 : « the defence entails a denial that the defendant's actions were entirely wrongful in the first place. »

<sup>111</sup>: V. BERGELSON, *loc. cit.*, note 106, 316.

[124] Encore ici, la rigueur d'analyse est de mise. Vera Bergelson hésite à utiliser le qualificatif « mauvais » pour parler de l'acte justifié, elle y préfère le qualificatif « regrettable ». Les analyses avancées dans les sections précédentes demeurent pertinentes. L'affirmation que l'acte est « mauvais » recouvre deux sens : d'une part, elle concerne les raisons pour ne pas le poser, les raisons pour ne pas agir, qui sont celles qui ont justifié sa criminalisation. Ces raisons demeurent que l'acte soit justifié ou non, et c'est ce qui en fait un acte « regrettable », comme l'affirme Mme Bergelson. D'autre part, l'affirmation qu'un acte est mauvais peut recouvrir le résultat de l'évaluation morale spécifique de l'acte, et répond à la question : fallait-il ou non, dans ce contexte précis, poser cet acte? En d'autres termes, il répond à la question de savoir si l'acte est justifié. C'est précisément en ce sens que le professeur Moore s'exclamait qu'un acte justifié ne pouvait être 'mauvais' : « [i]n truth, it makes no sense to me. It is not (morally or legally) *wrong* to defend oneself or others with deadly force; theses justifications operate just like exceptions [...] »<sup>112</sup>.

[125] Mais ces deux définitions de 'mauvais' sont insatisfaisantes quant à un acte 'partiellement justifié' : qu'il existe une raison pour agir, bonne ou mauvaise, n'a aucune influence sur le fait qu'un acte envers lequel il existe de fortes raisons pour ne pas agir demeurera toujours « mauvais » au sens de « regrettable ». À l'inverse, un acte qui est mauvais au sens où il ne doit pas être posé, suite à une évaluation morale, n'est pas « plus ou moins mauvais » : il ne doit pas être posé, voilà la fin du sens de « mauvais ».

[126] La criminalisation de l'acte ne fait que blinder cette constatation : non seulement l'acte est mauvais, mais de surcroît l'évaluation des raisons pour agir est injustifiée, puisque la question est résolue d'avance en défaveur de l'acte. S'il existe tout particulièrement une classe d'actes qui *ne peuvent pas* être partiellement justifiés, les actes criminalisés forment cette classe.

[127] Il demeure maintenant les analyses touchant la proportionnalité entre la peine et le crime commis, lesquelles peuvent être enrichies par la compréhension des raisons pour agir qui ont motivé le délinquant. Mais il importe de souligner que ce n'est pas en tant que *guide* du comportement que ces raisons pour agir ont leur importance, c'est en tant qu'*explication* du comportement.

[128] Plus précisément, comme nous l'aborderons dans le troisième chapitre, la détermination de la peine au Canada est conduite suivant un principe directeur selon lequel la peine doit être proportionnelle à la gravité du crime et à la culpabilité du délinquant.<sup>113</sup> Les

<sup>112</sup> M.S. MOORE, *op. cit.*, note 42, p. 181.

<sup>113</sup> Art. 718.1 C.cr.; voir *Infra*, chapitre 3.

raisons pour agir que le droit criminel ne reconnaît pas ne sont pas pertinentes pour déterminer la gravité objective du crime : que le crime soit passionnel ou réfléchi, qu'il soit commis par vengeance ou par pitié, qu'il soit commis pour obtenir une somme d'argent ou pour aider un ami dans le besoin, la gravité objective du crime ne change pas. Même en ce sens, le crime n'est donc pas plus ou moins *mauvais* selon que les raisons explicatives sont bonnes ou mauvaises.

[129] Toutefois, l'agent est plus ou moins coupable selon les raisons pour lesquelles il a agi. La valeur des raisons invoquées a une importance certaine pour *mesurer* cette culpabilité; un crime gratuit sera par exemple pire qu'un crime commis pour une raison qui, si elle ne justifie pas l'acte, est une raison généralement valide pour justifier d'autres actes. Mais encore ici, ce n'est pas la *gravité* de l'acte, ni même la *valeur* de l'action qui est analysée à partir de la raison pour agir, c'est la *relation* que l'agent entretient avec son acte et qui détermine sa culpabilité.

[130] Il n'est donc pas possible que la défense de provocation justifie *partiellement* l'acte; nous sommes arrivés à cette conclusion à partir des interactions conceptuelles entre les raisons pour agir, les justifications et le droit criminel – en d'autres termes, nous sommes arrivés à cette conclusion à partir de l'effet de la défense de provocation. Mais nous aurions pu arriver à la même conclusion en analysant la *raison* spécifique qu'invoque la défense de provocation; il n'est pas très difficile, en effet, de soutenir que cette raison est d'une nature tout à fait singulière aux autres raisons pour agir que reconnaît le droit criminel.

[131] Plus précisément, en matière de provocation, cette raison en faveur de l'action, c'est un certain droit moral à la vengeance : « [...] when we plead, say, provocation [...] is it rather that, he having done me such injury, I was entitled to retaliate (justification)? »<sup>114</sup>

[132] En substance, c'est, selon le professeur Jeremy Horder, la source classique de la défense de provocation :

« The understanding was now [during the 17<sup>th</sup> century] that the passions had a positive ethical role to play, and were not necessarily to be suppressed, because, with the guiding influence of reason, passions could assist men to act virtuously. [...] Far from being seen in terms of the deadly sins, it was now thought that there were circumstances in which, guided by the influence of reason, one positively ought to be angry, just as one sometimes ought to be afraid, compassionate, or whatever. »<sup>115</sup>

<sup>114</sup> J.L. AUSTIN, *loc.cit.*, note 3, 3. Au même effet : A.J. ASHWORTH *loc. cit.*, note 9, 307 : « [T]he claim implicit in partial justification is that an individual is *to some extent* morally justified in making a punitive return against someone who intentionally causes him serious offense [...] ».

<sup>115</sup> J. HORDER, *op. cit.*, note 32, p. 40.

[133] Si nous nous sommes rendus à ce point dans notre analyse des défenses de justification sans aborder la nature et la valeur morale des raisons pour agir qui constituent les défenses de justification, remarquons maintenant combien un droit à la colère et à la vengeance serait hétérogène de ces raisons.

[134] Nous pourrions regrouper les justifications acceptées en droit criminel en trois catégories, soit 1) celles revendiquant la poursuite d'une finalité d'ordre supérieur; 2) celles revendiquant la protection d'un droit et 3) celles revendiquant l'inexigibilité du respect de l'obligation en raison de la difficulté objective à la respecter, cette exigibilité étant apparaissant alors comme inéquitable.

[135] Les justifications de la première catégorie permettent de poser divers actes que le législateur considère comme *bons*, bien qu'ils correspondent, par ailleurs, à la définition d'un acte criminel. Une opération chirurgicale répond, par exemple, à la définition d'un acte criminel, voire parfois à la définition d'un acte criminel causant des lésions corporelles ou grave. Or, en vertu de l'article 45 du *Code criminel*, une personne est « à l'abri de responsabilité pénale lorsqu'elle pratique sur une autre, pour le bien de cette dernière, une opération chirurgicale »<sup>116</sup>, si certains critères de raisonabilité sont respectés. La protection de la santé d'une personne apparaît comme une finalité d'ordre supérieure à la raison pour interdire le acte criminel. De même, à la lecture de l'article 43 du *Code criminel*, nous pouvons constater que l'éducation des enfants constitue une finalité d'ordre supérieure qui justifie d'« employer la force pour corriger un élève ou un enfant »<sup>117</sup>, ce qui constituerait, s'il en était autrement, des actes criminels.

[136] Il dépasse le cadre de cette analyse de circonscrire plus précisément la nature de ce groupe de justifications. Nous pouvons remarquer, toutefois, que la défense de provocation n'invoque aucun comportement poursuivant une finalité d'ordre supérieur. Bien au contraire, puisque le meurtre, dans les circonstances prévues par le moyen de défense, ne peut se qualifier de « bons ».

[137] Les auteurs analysant le moyen de défense comme une justification semblent souvent plutôt le catégoriser comme une justification du second groupe. Ainsi le professeur Austin présente le problème comme la revendication d'un droit moral à la vengeance : « [... was I entitled to retaliate? »<sup>118</sup>. Le droit criminel reconnaît que la protection de certains droits offre une justification à la commission de certains actes autrement criminels : la légitime défense, par

---

<sup>116</sup> Art. 45 C.cr.

<sup>117</sup> Art. 43 C.cr.; *Canadian Foundation for Children, Youth and the Law c. Canada (Procureur général)*, [2004] 1 R.C.S. 76, 2004 CSC 4.

<sup>118</sup> J. L. AUSTIN, *loc.cit.*, note 3, 3.

exemple, peut justifier jusqu'au meurtre, lorsqu'il s'agit de protéger son droit à la vie<sup>119</sup>. La protection de sa propriété ou sa possession permet également d'employer la force dans certaines circonstances<sup>120</sup>.

[138] Or, ces droits sont tout à fait conformes aux droits que protège le droit criminel par la criminalisation des actes qui en sont des atteintes : le droit à la vie<sup>121</sup>, à l'intégrité de sa personne<sup>122</sup>, à la protection de ses biens<sup>123</sup>, etc. Le droit à la vengeance, quant à lui, n'est protégé nulle part par notre droit criminel; bien au contraire, la vengeance privée fait partie des réalités sociales que l'institution du droit criminel vise à éliminer. Le professeur Gardner, par exemple, explique d'ailleurs que l'objectif du droit criminel de *remplacer* ces réalités sociales néfastes fait parti des justifications de l'institution pénale :

« The blood feud, the vendetta, the duel, the revenge, the lynching: for the elimination of these modes of retaliation, more than anything else, the criminal law as we know it today came into existence. [...] The justifiability of criminal punishment, and criminal law in general, is closely connected to the *un*justifiability of our retaliating against those who wrong us. »<sup>124</sup>

[139] Comme nous l'avons dit, une catégorisation de la défense de provocation parmi les justifications impliquerait une reconnaissance de la raison pour agir sous-jacente, soit la vengeance. Les auteurs qui soutiennent ce genre d'interprétation du moyen de défense ne contestent pas cette reconnaissance officielle; au contraire ils la revendiquent. Ainsi, le professeur Tadros est d'avis que :

« For example, we might say that the appropriate expression of anger, for those who have suffered severe provocation, might involve some minor violent outburst. A mother who is told by another that he has raped her child would at least be justified in hitting and slapping him. For this might be an appropriate manifestation of her anger towards him. And consequently, in hitting and slapping him she might be entitled to a justification defence. If she kills him on the other hand, it might be argued that she has an excuse. Her action was inappropriate but it was reasonably close to the violent response that would have been justified in the face of severe provocation. »<sup>125</sup>

---

<sup>119</sup> Art. 34 C.cr. La Cour suprême reconnaît dans *R. c. Cinous*, [2002] 2 R.C.S. 3 que la défense reconnue à l'article 34 (2) C.cr. est une justification de tuer quelqu'un.

<sup>120</sup> Art. 38 à 42 C.cr.

<sup>121</sup> Art. 222 et 229 C.cr.

<sup>122</sup> Notamment, art. 265 à 269 C.cr.; art. 271 à 273 C.cr.; art. 151 à 155 C.cr.

<sup>123</sup> Partie IX C.cr.

<sup>124</sup> J. GARDNER, « Crime : In Proportion and in Perspective », reproduit dans *op. cit.*, note 5, p. 213.

<sup>125</sup> V. TADROS *loc.cit.*, note 5, 500; si le professeur Tadros est particulièrement explicite quant au droit à la vengeance, même ceux qui ne le sont pas expriment clairement que la question est de savoir si l'agent *aurait dû* se contrôler, donc si il avait le droit de se venger, voir, par exemple : F. MCAULEY, *loc.cit.*, note 110, 134.

[140] Ce genre de principe moral est tout à fait contraire, à notre avis, à l'esprit du droit criminel canadien. C'est à juste titre, selon nous, que le professeur Joshua Dressler a qualifié cet appel aux droits « violés » de l'agent provoqué et à son droit à la vengeance de « the least convincing basis [for the provocation defense] ». À cet égard, la « dignité » bafouée de l'agent provoqué n'offre guère de meilleurs pouvoirs justificatifs :

« What right would we want to say the defendant is properly exercising when he kills a provoker? [...] If it is a dignitary right that the defendant seeks to exercise, it should certainly come as a surprise to us that such a right entitles the actor to take a human life in order to enforce it. In any case, whatever right [is said to justify the murder] it is hard to understand why the right would only be partial. If the defendant is exercising some right that society recognizes in this context, why should he be convicted of anything? »<sup>126</sup>

[141] Il ne reste enfin que les justifications s'appuyant sur des circonstances rendant l'exigibilité du respect de l'obligation difficile et de ce fait inéquitable. En droit criminel, ces circonstances suspendant l'exigibilité du respect de la norme impliqueront quasiment toujours la mise en péril d'un de leur droit. Il importe tout de même d'en percevoir le caractère *sui generis*, qui se reflète dans les critères d'application de ces défenses justificatives.

[142] Pour bien saisir comment certaines circonstances peuvent entraîner la suspension de l'exigibilité d'une obligation, rappelons d'abord que l'effet d'une justification est *précisément* de suspendre l'exigibilité du respect de la norme :

« When the law grants a cancelling permission by creating a justification defence it does not set up a second (permissive) norm that conflicts with the (mandatory) norm created by the law's specification of the offence. Rather, it creates a gap in the mandatory force of the mandatory norm, a gap through which certain conflicting reasons are readmitted as legally acceptable reasons for acting. Across a certain range of cases, the mandatory force of the norm is cancelled. [...] This does not simply cancel (or create an exception to) the norm. But the law does cancel (or create an exception to) the mandatory part of the norm's normative force. »<sup>127</sup>

[143] Rien de *sui generis* donc à l'effet de ces circonstances exceptionnelles, puisqu'en réalité, les deux autres groupes de raisons reconnues pour agir (la poursuite d'une finalité d'ordre supérieur et la protection d'un droit) ont exactement le même effet : suspendre l'exigibilité du respect de la norme. Les droits à protéger et la poursuite d'une finalité d'ordre supérieur étant *eux-mêmes* des circonstances, ce groupe pourrait être considéré comme subsidiaire.

<sup>126</sup> J. DRESSLER, *loc.cit.*, note 23, 477.

<sup>127</sup> J. GARDNER, « Fletcher on Offences and Defences », reproduit dans *loc.cit.*, note 5, p. 148.

[144] Mais il est très important de ne pas les confondre. Dans ce groupe, les raisons pour agir invoquées font référence à la *difficulté objective* de respecter l'obligation. En matière de nécessité et de contrainte, par exemple, la défense permet en général de défendre un des droits fondamentaux mis en péril par la circonstance, tel que le droit à la vie ou à la sécurité de sa personne.<sup>128</sup> Il n'en demeure pas moins que ce n'est pas le *droit* que la personne tente de protéger qui est invoqué (contrairement, par exemple, à la légitime défense), c'est la *difficulté objective* à respecter la loi. Dans *Perka c. La Reine*, par exemple, le juge Dickson débute son analyse de l'historique de la défense de nécessité ainsi :

« Depuis très longtemps, on considère que dans certaines situations la force des circonstances fait qu'il n'est ni réaliste ni juste d'attacher une responsabilité criminelle à des actes qui, à première vue, enfreignent la loi. »<sup>129</sup>

[145] S'ensuit une succession d'autorités qui appuient le caractère parfois « excusatoire »<sup>130</sup> de la « force des circonstances ». Le critère plus précis est celui de l'absence de choix *raisonnable* : il faut que la force des circonstances n'ait laissé aucun autre choix raisonnable à l'agent d'enfreindre la lettre de la loi. Ainsi, dans *R. c. Ruzic*, le juge Lebel s'exprime ainsi :

« Revenons au cas de l'alpiniste perdu : peut-on vraiment affirmer que son introduction par effraction dans le chalet d'autrui était un acte irréprochable? L'État s'abstient de le punir non pas parce que ses actes étaient innocents, mais parce que, dans les circonstances, il n'avait pas d'autre choix réaliste que de commettre l'infraction. Comme l'écrit Fletcher [...] l'excuse exonère l'accusé de toute responsabilité personnelle en mettant l'accent non pas sur l'acte répréhensible mais sur les circonstances qui l'ont entouré et sur la capacité personnelle de l'accusé d'éviter de l'accomplir. Dans ce sens, la nécessité et la contrainte sont considérées comme une concession à la faiblesse humaine. La loi est conçue pour s'appliquer aux personnes ordinaires et non à une collectivité de saints ou de héros. »<sup>131</sup>

[146] L'usage de l'expression « concession à la faiblesse humaine » n'est pas anodin : elle exprime la nature des justifications de ce troisième groupe, qui est de tenir compte de la réalité humaine dans l'application du droit criminel. La distinction avec le second groupe, en droit criminel, est souvent difficile à faire, puisque l'exercice de proportionnalité entre le mal évité (par le crime) et celui posé (par le crime) implique souvent l'atteinte sérieuse à des droits

---

<sup>128</sup> Voir, par exemple, l'article 17 C.cr. qui restreint la défense de contrainte aux « menaces de mort immédiate ou de lésions corporelles de la part d'une personne présente lorsque l'infraction est commise ». Cette restriction a été élargie par la Cour suprême dans *R. c. Ruzic*, *précité*, note 19.

<sup>129</sup> *Perka c. La Reine*, *précité*, note 18, 241.

<sup>130</sup> Rappelons que le sens d'« excusatoire » est préféré par la Cour suprême en raison du caractère tout de même regrettable de l'acte en raison de ses conséquences; il n'en demeure pas moins que ce qui est reconnu, c'est la *raison pour agir* de l'agent. Voir, *supra*, section 1.1.

<sup>131</sup> *R. c. Ruzic*, *précité*, note 19, para. 40.

protégés dans le second groupe. Mais les autres systèmes d'obligations, tels que les obligations morales ou les obligations civiles, connaissent les mêmes types de justification, et la distinction y est souvent plus facile à faire. L'auteure Marcia Baron nous offre l'exemple ainsi l'exemple suivant :

« For example, if a colleague says to me, “Of course, we could hardly have expected you to do *X*, when you had just given birth a few weeks earlier, so no one blames you”, and I believe that in fact it was not my job to do *X*, period, I will not be entirely happy to be told that I am excused. »<sup>132</sup>.

[147] Les deux interlocuteurs contestent le motif pour lequel *X* n'a pas été accompli. Pour le premier interlocuteur, la grossesse est une justification, au sens où cette circonstance implique que l'obligation *X* n'était plus exigible. L'agent n'a pas besoin ici d'invoquer un droit spécifique, relatif par exemple à la grossesse : la circonstance est telle que l'obligation ne devrait pas être exigée (remarquons au passage que pour la seconde interlocutrice, elle n'a besoin ni d'une justification, ni d'une excuse, puisque l'obligation n'existait simplement pas).

[148] Qu'en est-il de la provocation? Constitue-t-elle une reconnaissance de ces circonstances exceptionnelles? La seule caractéristique du moyen de défense qui tend vers cette direction est sa qualification de « concession à la fragilité humaine », que Sir William Russel exprimait ainsi :

« As the indulgence which is shown by the law in some cases to the first transport of passion is a condescension to the frailty of the human frame, to the *furor brevis*, which, while the frenzy lasts, renders a man deaf to the voice of reason. »<sup>133</sup>

[149] Mais les concessions faites à la personne provoquée et à celle justifiée diffèrent non seulement quant à l'effet de ces concessions (la culpabilité moindre pour la première et l'acquittement pour la seconde), mais également quant à sa justification : les personnes justifiées voient leur raison pour agir reconnues par le droit criminel comme des raisons valables d'enfreindre la règle par la conjonction de circonstances ayant deux caractéristiques : la reconnaissance qu'elles n'avaient *pas d'autre choix réaliste*, et que l'acte en question a causé un mal *moindre* que celui évité.<sup>134</sup> Par contraste, le meurtre commis par la personne provoquée n'a pas à être le seul choix réaliste du meurtrier, et il est insoutenable d'affirmer qu'il y a

<sup>132</sup> M. BARON, *loc. cit.*, note 5, 390. La professeur Baron considère quant à elle que l'accouchement constituerait une excuse, si l'obligation avait existée, alors qu'il constitue plutôt une justification.

<sup>133</sup> Sir W. RUSSELL, *op. cit.*, note 25, p. 711.

<sup>134</sup> *Perka c. La Reine, précité*, note 18, 251 et 252.

proportionnalité entre la provocation et la réaction de l'agent. Par conséquent, la défense de provocation n'a guère en commun avec ce groupe de justifications.

### ***Conclusion du premier chapitre***

[150] En conclusion, et pour résumer, puisqu'il est impossible de qualifier de justificative une raison pour agir sans lui reconnaître de valeur; puisqu'il est précisément l'objet du droit criminel de ne pas reconnaître de valeur aux raisons qui ont poussé à sa violation; puisque la raison que reconnaîtrait la provocation est complètement étrangère à notre droit criminel, il n'est pas pertinent de qualifier la défense de provocation de justification partielle.

[151] Pour procéder cette analyse, il a été nécessaire de mettre en lumière les caractéristiques logiques et morales du concept de justification. Cette mise en lumière a nécessité une requalification théorique de certains moyens de défense en droit canadien : les défenses de nécessité et de contrainte ne sont pas conçues par nous comme des excuses (telles qu'elles le sont par le droit canadien) mais comme des justifications; elles vont ainsi rejoindre la défense de légitime défense. Cette requalification théorique, toutefois, ne remet pas en question les règles légales régissant ces moyens de défense (leurs critères d'application). Au contraire, cette requalification *s'appuie* sur ces règles, et en retour les *justifient*.

[152] De la même manière, la défense de provocation ne voit pas ses critères d'application modifiés par ces analyses. Celles-ci, au contraire, s'appuient sur ces critères et plus précisément sur celui de la nécessité d'une véritable provocation; elles tentent d'en préciser les conséquences sur l'analyse des fondements du moyen de défense. Et une conséquence majeure est la suivante : la défense de provocation n'est pas une défense de justification, ni complète, ni partielle, et ne justifie rien du tout.

[153] Il est maintenant temps de procéder au même type d'analyse avec le concept d'excuse.



## Chapitre 2 – Les relations entre les excuses, la responsabilité et la culpabilité

[154] Qu'en est-il de la provocation conceptualisée comme une excuse partielle? Pour pouvoir répondre à cette question, il faut d'abord offrir une conceptualisation satisfaisante de l'excuse, de ce qui constitue une excuse. Or, ce n'est pas tâche aisée : l'excuse est une revendication polysémique, et la doctrine est partagée en écoles, en théories dominantes. Certains auteurs sont même d'avis que la tâche est impossible; pour le professeur Tadros, par exemple, « [...] there is no single unifying theory of excuses »<sup>135</sup>. Selon l'auteur,

« [T]here is no single gist of excuses. The criminal law is supervised by a multitude of principles. In arguing that one has an excuse, one attempts to show that whilst one's action was wrongful, the principles of the criminal law would not be served by imposing criminal liability. Excuses, then, mop up where exemptions, offence definitions and justifications would lead to a conviction in inappropriate cases. »<sup>136</sup>

[155] Si le professeur Tadros avait raison, le concept d'excuse ne serait d'aucune utilité. Il serait une catégorie subsidiaire dont l'appartenance n'offrirait à une défense aucune information supplémentaire pertinente. Or, malgré les désaccords existant en doctrine sur la nature véritable de l'excuse, ce n'est pas l'opinion partagée par les auteurs – ni par nous.

[156] Les auteurs ne s'entendent généralement qu'à l'égard de deux caractéristiques communes aux excuses. D'une part, l'excuse aurait pour effet de nier soit le caractère coupable, soit le caractère blâmable de l'acte. D'autre part, la source de cette négation serait à rechercher dans l'agent, et non, comme c'est le cas pour les justifications, dans l'acte lui-même<sup>137</sup>. L'extrait suivant d'un article de la juge Milhizer correspond bien à ce consensus relatif :

« Excuse defenses focus on the actor and not the act. A defendant is excused when he is judged to be not blameworthy for his conduct, even though the conduct itself is improper and harmful. An excuse defense, in other words, “is in the nature of a claim that although the actor has harmed society, she should not be blamed or punished for causing harm. »<sup>138</sup>

[157] Ces deux caractéristiques nécessitent certains commentaires.

---

<sup>135</sup> V. TADROS, *loc.cit.*, note 5, 495.

<sup>136</sup> *Id.*, 498.

<sup>137</sup> Le professeur Husak, par exemple, affirme que « By definition, if the facts that comprise the defense describe the defendant's act, they constitute a justification; if these facts describe the defendant himself, they constitute an excuse. » D.N. HUSAK, *loc.cit.*, note 75, 496-7.

<sup>138</sup> E.R. MILHIZER, *loc.cit.*, note 17, 816.

[158] D'abord, l'affirmation selon laquelle les excuses nient le caractère coupable ou blâmable de l'acte est, dans le meilleur des cas, imprécise. Pour qu'un acte soit coupable à l'égard d'une accusation donnée, il doit correspondre au comportement interdit, tant matériellement (*actus reus*) que par l'intention avec laquelle il est commis (*actus non facit reum nisi mens sit rea*). Mais si ces deux éléments sont les éléments constitutifs de la culpabilité, celle-ci ne peut être recherchée que chez un agent responsable de ses actes. La responsabilité, à cet égard, est une condition nécessaire mais non suffisante de la culpabilité.

[159] Entendue en ce sens, la responsabilité fixe les conditions élémentaires d'assujettissement d'un agent à un système normatif. Elle doit regrouper « some independently significant property or set of properties that *make* someone apt to incur such adverse normative consequence. »<sup>139</sup>.

[160] Les caractéristiques de la culpabilité (*actus reus* et *mens rea*) diffèrent d'un crime à l'autre. Mais si la responsabilité est une condition nécessaire à la culpabilité, un lien doit les unir. Pour qu'un acte *puisse* être coupable, il doit être un *usage* de ces « propriétés qui assujettissent un agent à des conséquences normatives adverses ». Or, comme nous le verrons dans la première section, certaines théories s'affrontent quant à ce qui en constitue un usage suffisant.

[161] Mais nous pouvons déjà observer ce que l'affirmation « l'excuse nie le caractère coupable ou blâmable de l'acte » a d'imprécis. Puisque la responsabilité élémentaire d'un agent est une condition nécessaire à la culpabilité, sa négation constitue également une négation de la culpabilité.

[162] Pourtant, être irresponsable de ses actes et offrir une excuse pour un acte ne constituent pas des revendications morales de même nature. Certains auteurs confondent les deux. Le professeur Hart ou la juge Milhizer, par exemple, considèrent que la minorité, ou les troubles mentaux, forment des excuses<sup>140</sup>.

[163] Il faut admettre que l'expression « excuse » est suffisamment extensible pour être utilisée dans ce sens d'irresponsabilité. Mais cela ne signifie pas que cet usage soit heureux, et cela ne signifie pas qu'il ne soit pas préférable de réserver l'appellation d'« excuse » pour le contenu qui lui est propre, et qui est irréductible à une autre famille de moyens de défense.

---

<sup>139</sup> J. GARDNER, *op. cit.*, note 5, p. 84.

<sup>140</sup> H.L.A. HART, *op. cit.*, note 5, p. 31; E.R. MILHIZER, *loc. cit.*, note 17, 818, 881-885.

[164] Car il existe des revendications morales qui ne sont *que* des excuses : « je n'ai pas fait exprès », « je ne savais pas », « je me suis trompé », « je n'ai pas voulu faire cela », « je croyais que ». C'est aussi l'exemple du danseur, offert par Austin : « If I walked on your foot while dancing, maybe the best defence I have is my clumsiness »<sup>141</sup>. Ces revendications morales sont des explications rationnelles de l'acte posé, et de ce fait, plutôt que de nier la responsabilité de l'agent, elles l'affirment. En ce sens, comme l'affirmait le professeur Gardner « [o]nly those who are responsible in the basic sense *can* offer excuses. »<sup>142</sup>.

[165] La première section de ce chapitre aura donc pour objet de préciser les interactions entre ces concepts – entre la responsabilité élémentaire, l'acte et la culpabilité. Elle permettra également d'éclairer en quoi l'affirmation selon laquelle l'excuse s'appuie sur l'agent, et non sur l'acte, est au mieux imprécise, et au pire erronée.

[166] Mais cela ne sera pas suffisant pour obtenir un concept d'excuse débarrassé d'impuretés. D'autres types de revendications morales se rapprochent de l'excuse, en ce qu'elles nient – ou réduisent – le caractère blâmable de l'acte.

[167] Toutes les raisons possibles de pardonner peuvent, justement, être confondues avec les excuses. Pour pardonner un acte, il faut que celui-ci soit d'abord coupable (il faut qu'une faute ait été commise). Les raisons pour pardonner peuvent être externes à l'acte (comme les remords, le fait que la faute soit unique, ou que l'agent fasse des efforts pour modifier son comportement à l'avenir), mais elles peuvent également y être internes ou antérieures (une infidélité commise lors d'une intoxication légère ou modérée, par exemple, ou encore lorsqu'un mobile honorable atténue la culpabilité de l'agent).

[168] La similarité du pardon avec l'excuse est double : d'une part l'agent demande, par le pardon, que les conséquences normatives adverses de ses actes soient atténuées, voire éteintes; d'autre part, le terme « excuse » est régulièrement utilisé. Il est d'usage, par exemple, de dire « *excuse-moi*, j'avais bu, je regrette, ça ne me ressemble pas, je ne le referai plus ».

[169] Dans l'économie normative privée, cet usage ne cause pas véritablement de problèmes. En droit criminel comme en morale, toutefois, l'excuse et le pardon forment deux familles de revendications de nature différente. Les éléments à prendre en compte qui, dans l'économie normative privée, militent en faveur du pardon, sont à prendre en compte lors de la détermination de la peine. Essentiellement, mais non exclusivement, ce sont des éléments qui éclairent le *rappor*t que l'agent entretient avec son acte, et qui permettent de *mesurer* la

---

<sup>141</sup> J. AUSTIN, *loc.cit.*, note 3, 3.

<sup>142</sup> J. GARDNER, *op.cit.*, note 5, p. 181-182

culpabilité de l'agent. Ils sont donc essentiels à la poursuite de l'objectif de proportionnalité qui est le principe essentiel de la détermination de la peine.<sup>143</sup>

[170] Mais la peine n'est à déterminer que lorsqu'il y a culpabilité : il est donc nécessaire qu'une faute ait été commise. Les excuses, elles, visent *précisément* à nier cette faute – à nier la culpabilité. La seconde partie de la seconde section de ce chapitre ainsi que la troisième section seront consacrées à relier les excuses aux fautes criminelles. Ce sera au troisième chapitre que les principes de détermination de la peine seront exposés, et nous y verrons comment s'y articulent les éléments constitutifs de la provocation.

[171] Mais avant que cela ne soit possible, il faudra consacrer la seconde section à l'état actuel de la doctrine en matière d'excuses. Tout comme en matière de provocation, la doctrine est beaucoup trop vaste, et les théories beaucoup trop nuancées pour que nous puissions prétendre à l'exhaustivité. Toutefois, certaines théories se dressent directement dans notre chemin.

[172] Nous venons d'affirmer que plusieurs des éléments à prendre en compte lors de la mesure de la culpabilité concernent le rapport que l'agent entretient avec son acte. Pour plusieurs auteurs, la question ne se termine pas là : on fait remarquer, par exemple, que le droit criminel ne punit pas des actes, en définitive, mais des personnes. L'importance que peut prendre leur caractère lors de la détermination de la peine serait, en réalité, un objet beaucoup plus « véritable » du droit criminel que ne le seraient les « actes » eux-mêmes.

[173] Cet intérêt que le droit criminel porterait envers le caractère des agents se déclinerait de diverses manières selon les auteurs, et les théories jouissent parfois d'une grande subtilité. La culpabilité et les excuses étant liées, les théories des excuses se multiplient.

[174] Pour le professeur Gardner, par exemple, la criminalisation d'un acte n'est pas une simple interdiction d'un acte, elle est l'occasion d'imposer un standard de caractère, puisque les actes en sont les fruits.<sup>144</sup> L'agent a alors droit à une excuse lorsqu'il a agi en conformité avec ces standards. Pour d'autres, tels que les professeurs Michael Bayles<sup>145</sup> et Victor Tadros<sup>146</sup>, c'est toute la question de la moralité qui devrait s'orienter vers le caractère moral des hommes, et c'est donc de celui-ci que devrait dépendre la culpabilité des actes (et par conséquent, les excuses). Pour le professeur Duff, c'est plutôt qu'il est impossible de séparer nettement la faute

---

<sup>143</sup> Art. 718.1 C.cr. *Infra*, chapitre 3.

<sup>144</sup> J. GARDNER, « The Gist of Excuse », reproduit dans *op.cit.*, note 5, p. 121 à 140.

<sup>145</sup> Michael BAYLES, « Character, Purpose and Criminal Responsibility », (1982) 1 *Law and Philosophy* 1.

<sup>146</sup> V. TADROS, *loc.cit.*, note 5.

commise dans un acte du caractère de l'agent. Pour celui-ci, l'intérêt que le droit criminel porte aux actes et aux caractères des agents convergent dans certaines exigences de *mens rea*, tel que l'insouciance, ou dans certaines défenses, tel que la contrainte.<sup>147</sup>

[175] Il n'est pas surprenant que ces diverses théories offrent ensuite leur propre compréhension et conceptualisation de la défense de provocation. Mais plutôt que d'attaquer de manière frontale les diverses conceptualisations de la défense de provocation, il est plus utile et plus direct de s'intéresser aux théories qui remettent en question l'adage selon lequel le droit criminel a pour objet des actes, et ne punit des agents que pour leurs actes. C'est donc l'objet de la seconde section de ce chapitre. Le sujet est trop vaste pour que soit fait pleinement justice aux auteurs s'étant intéressés à ces questions, mais nous espérons tout de même offrir une analyse suffisante des textes les plus influents.

[176] Ce faisant, le champ restera libre, à la troisième section, pour offrir une conceptualisation assez simple de ce que constitue une excuse. Son origine se retrouve indifféremment dans l'agent ou dans l'acte commis, car la nature d'une excuse ne réside pas dans son origine mais dans son effet : nier que la faute *reprochée* a été commise. Si nous mettons l'accent sur l'adjectif *reproché*, c'est que l'importance de l'accusation pour la constatation de la culpabilité ou de l'excuse ne doit absolument pas être oubliée. Lorsque l'on reproche la commission d'un acte matériel à un agent, on lui reproche la commission *fautive* de l'acte, et cette faute est, selon le cas, la commission *intentionnelle* de l'acte, sa commission *insouciant*e ou encore *négligent*e. Puisque les excuses consistent à nier la présence d'une faute, elles sont entièrement dépendantes de l'objet de l'accusation.

[177] C'est pour cela qu'une excuse ne peut pas *véritablement* être partielle : une excuse, pour en être une, se doit d'être complète à l'égard d'une accusation. Elle doit nier la présence d'une intention lorsque l'on reproche une faute intentionnelle, la présence d'une insouciance lorsque l'on reproche l'insouciance, ou nier la négligence lorsque l'on reproche la négligence.

[178] La provocation n'entre définitivement pas dans cette articulation conceptuelle. L'articulation dans laquelle elle entre sera l'objet du troisième chapitre.

---

<sup>147</sup> R.A. DUFF, « Choice, character, and Criminal Liability », (1993) 12 *Law and Philosophy* 345.



## ***Section 2.1 – La responsabilité dite élémentaire***

[179] Il importe d'abord de distinguer la responsabilité de la culpabilité. Or, les divers usages que l'on fait du terme « responsable » rendent l'exercice plus difficile qu'il n'y paraît à première vue.

[180] La responsabilité, d'abord, se reconnaît souvent à ses conséquences. Ainsi, lorsqu'une personne est reconnue coupable d'un acte, il est dit *responsable* de cet acte, et plus précisément en droit criminel, *criminellement* responsable de son acte.

[181] En ce sens, la responsabilité est la *conséquence* de la culpabilité, et non pas sa condition. Le professeur Gardner qualifie cette appellation de 'conséquentielle' :

« I am consequentially responsible if some or all of the unwelcome moral or legal consequences of some wrong or mistake (whether mine or someone else's) are mine to bear. Responsibility in this consequential sense is by its very nature an unwelcome thing to have descend upon one, and hence something that, all else being equal, any rational being would rather avoid. »<sup>148</sup>

[182] Dans ce sens, la responsabilité suppose déjà l'existence d'une norme applicable – et appliquée – au comportement. Mais pour qu'une norme s'applique à une personne, encore faut-il qu'une responsabilité, entendue dans un sens plus élémentaire, existe, et que l'on puisse la qualifier de « responsable de ses actes ». En ce sens, l'absence de responsabilité n'est pas véritablement une excuse, puisqu'une personne non responsable n'a pas besoin d'excuse.

[183] La position adoptée par la Cour suprême du Canada est conforme à cette position. Dans l'arrêt *R. c. Chaulk*, le juge Lamer offre l'analyse suivante :

« Il existe dans les milieux universitaires une controverse sur la question de savoir si l'aliénation a pour effet de nier une « condition préalable » à la responsabilité légale ou si elle constitue un moyen de défense au sens où elle écarte la *mens rea*. [...]

Bien qu'on ne puisse pas assimiler l'état d'aliéné à celui de l'enfant, il y a manifestement un lien entre ces deux conditions aux fins du droit criminel. Ces deux situations ont ceci de commun qu'elles font ressortir que l'individu en cause ne répond pas à certains postulats fondamentaux de notre modèle de droit criminel : savoir que l'accusé est un être autonome et rationnel, capable de juger la nature et la qualité d'un acte et de distinguer le bien du mal. [...] En raison [des] condition[s] mentale[s] des enfants et des aliénés], l'accusé est largement incapable de former une intention criminelle et ne devrait donc pas, de façon générale, être assujetti à la responsabilité pénale comme le sont les gens sains d'esprit. [...]

---

<sup>148</sup> J. GARDNER, « The Mark of Responsibility », reproduit dans *op. cit.*, note 5, 177. Cette appellation est attribuée à Ronald Dworkin.

Il ressort à mon avis de l'examen qui précède que les dispositions relatives à l'aliénation agissent, au niveau le plus fondamental, comme une exemption de responsabilité pénale fondée sur l'incapacité de former une intention criminelle. »<sup>149</sup>

[184] Il faut toutefois aller plus loin. Une théorie de la responsabilité doit avoir pour objectif d'expliquer *pourquoi* une personne responsable peut subir les conséquences normatives de ses actes. À cette question, le professeur Gardner fait remarquer que la confusion de l'excuse et de l'absence de responsabilité n'offre aucune solution : affirmer qu'une personne n'a pas d'excuse consiste à *affirmer* qu'une personne est responsable de ses actes (qu'elle peut subir des conséquences normatives adverses pour ses actes), mais n'explique pas *pourquoi*.<sup>150</sup>

[185] Où trouver la réponse à ce pourquoi? Rappelons que, comme nous l'avons vu dans le premier chapitre, une norme constitue une raison pour agir, ou plus précisément dans notre cas, une norme pour ne pas agir. Les normes sont véhiculées via des raisons : la rationalité est donc *nécessaire* à la normativité.

[186] Or, la moralité est un système normatif. Il est donc nécessaire à son application d'avoir pour sujet à tout le moins des agents rationnels.<sup>151</sup> Comme le dit le professeur Raz, « We are responsible for our conduct because we are rational agents, and as rational agents. »<sup>152</sup> Cette nécessité n'est pas simplement une condition de son efficacité, c'est une condition de son existence même, puisqu'un système de norme qui ne peut pas *ex hypothesi* orienter le comportement des agents n'est pas un système de norme. C'est en ce sens que le professeur Hart disait que :

« It is not only a condition of the efficacy of morality; but a system or practice which did not regard the possession of these capacities [rationality and control of conduct] as a necessary condition of liability, and so treated blame as

<sup>149</sup> *R. c. Chaulk*, [1990] 3 R.C.S. 1303, p. 21 à 24/130.

<sup>150</sup> Dans ce passage, le professeur Gardner conteste la conceptualisation de l'irresponsabilité comme étant une excuse (ce qu'il appelle « the residual view ») : « The most basic problem of the residual view is apparent on its face. It threatens the role that the concept of responsibility is normally presumed to play in moral and legal argument. The fact that someone is responsible is normally held to play some role in *explaining why* her wrongdoing carries or would carry certain adverse normative consequences for her. But the residual view of responsibility transparently disables it from doing any more than *asserting that* her wrongdoing carries certain normative consequences for her, never mind why. » J. GARDNER, *op. cit.*, note 5, p. 83-84.

<sup>151</sup> C'est précisément l'opinion émise par le juge Lamer dans *R. c. Chaulk*, *précité*, note 149, p. 21 à 24 sur 130, voir le texte de la note 146.

<sup>152</sup> Joseph RAZ, « Responsibility and the Negligence Standard », (2010) 30 *Oxford Journal of Legal Studies* 1, 4.

appropriate even in the case of those who lacked them, would not, as morality is at present understood, be a morality. »<sup>153</sup>

[187] La nécessaire relation entre la moralité et la rationalité est ancienne en philosophie morale. Pour le philosophe Immanuel Kant, par exemple, la loi morale était de telle nature qu'elle s'adressait non aux humains *qua* humains, mais à tout être rationnel :

« [...] sauf à contester au concept de moralité toute vérité et toute relation à un quelconque objet possible, on ne peut disconvenir que la loi qui s'y rattache soit d'une signification si étendue qu'elle devrait valoir, non seulement pour des hommes, mais pour tous *les être raisonnables en général*, non pas simplement sous des conditions contingentes et en admettant des exceptions, mais de manière *absolument nécessaire* [...] »<sup>154</sup>

[188] Le droit criminel n'est pas un système normatif neutre : c'est un système normatif moral<sup>155</sup>. Il interdit des comportements pour des raisons *morales*, en effectuant une évaluation *a priori* des valeurs à prioriser; la condamnation de sa violation a pour objet de la dénoncer, et la stigmatisation qui l'accompagne est corrélative de son immoralité.

[189] Or, un système normatif moral s'adresse non seulement à la raison mais à la raison morale d'un agent. C'est-à-dire que pour qu'un agent soit responsable de ses actes au point de vue moral, il faut non seulement que l'agent soit rationnel, mais encore que sa rationalité soit dans un tel état qu'il puisse porter un *jugement moral*. C'est précisément le contenu des deux propositions de l'article 16 du Code criminel canadien : l'agent doit être capable, d'une part, de juger de la nature et de la qualité de son acte, et, d'autre part, de savoir que son acte était mauvais.<sup>156</sup>

[190] Le dernier critère n'a pas toujours été analysé par référence au jugement moral de l'agent. Ainsi, la décision *M'Naghten*, en Angleterre, adoptait une approche cognitive de la défense d'aliénation mentale, selon laquelle la connaissance nécessaire était celle de savoir que l'acte était *illégal* (et non pas *mauvais*).<sup>157</sup> Établissant pour longtemps la jurisprudence en la

<sup>153</sup> H.L.A. HART, *op. cit.*, note 5, p. 230.

<sup>154</sup> Immanuel KANT, *Métaphysique des mœurs I, Fondation et Introduction*, Paris, Flammarion, 1994, p. 79-80.

<sup>155</sup> Le professeur Tony Honoré exprime ainsi le rapport entre droit et moral : « The difference between the legal and moral duties and rights is not a difference of meaning. It is a difference between formal, institutionally recognized duties and rights and their informal, non-institutional equivalents. [...] That law-maker claim to impose morally binding requirements has an important consequence. It opens law, when it comes to be interpreted or applied, to challenge on moral grounds. » : Tony HONORÉ, « The Necessary Connection between Law and Morality », (2002) 22 *Oxford Journal of Legal Studies* 489, 491.

<sup>156</sup> Art. 16 C.cr.

<sup>157</sup> *M'Naghten's Case*, (1843) 8 Eng. Rep. 718, 721 (H.L.). Le professeur Hart décrit ainsi la doctrine *M'Naghten* : « As everybody knows, according to this doctrine, mental abnormality sufficient to constitute a defence to a criminal charge must consist of three elements: first, the accused, at the time of his act, must

matière<sup>158</sup>, son renversement au Canada par l'arrêt *Chaulk* en 1990<sup>159</sup> a permis à la jurisprudence de refléter le caractère *nécessaire* d'une rationalité morale fonctionnelle pour l'existence d'une normativité morale. Dans l'arrêt *R. c. Oommen*, la juge McLachlin a ensuite précisé que cette rationalité morale devait être fonctionnelle à l'égard des faits reprochés :

« D'après notre examen de l'historique des dispositions sur l'aliénation mentale et de la jurisprudence sur le sujet, il faut examiner non pas la capacité générale de distinguer le bien du mal, mais plutôt la capacité de savoir qu'un acte donné était mauvais dans les circonstances. L'accusé doit avoir la capacité intellectuelle de distinguer le bien du mal au sens abstrait. Cependant, il doit aussi avoir la capacité d'appliquer rationnellement cette connaissance à l'acte criminel reproché. »<sup>160</sup>

[191] Les auteurs qui occultent ce caractère nécessaire font d'ailleurs ensuite face à de sérieux problèmes pour l'analyse de la responsabilité, puisque cela les force ensuite à partir à la recherche d'une autre cause de non-culpabilité, et cette autre cause n'est pas toujours présente. Par exemple, après avoir analysé cette question, le professeur Corrado conclut que la défense de troubles mentaux ne peut *même pas* être restreinte à un trouble cognitif, puisque les troubles cognitifs n'absolvent pas, quotidiennement, les gens de leur responsabilité :

« First of all, as of us are guilty of reasoning incorrectly from time to time; behavioral economics has shown us that this is so. But that goes absolutely no distance toward excusing ordinary behavior, since we are all capable of correcting our mistakes. Even if the criminal is disposed to distorted reasoning to a greater extent than most of us, it is not clear why that should excuse him, so long as he is not incapable of reasoning correctly – cannot bring his mind to bear on the appropriate reasons for acting – that we consider him to be incapacitated in the special way that makes insanity defense appropriate. »<sup>161</sup>

[192] La confusion du professeur Corrado entre la rationalité épistémologique et la raison pratique le pousse à rechercher un autre fondement à la défense de troubles mentaux, et il le cherche dans la capacité de l'agent à se contrôler. Ainsi, d'un individu atteint de psychose et entendant des voix, il se questionne :

---

have suffered from a defect of reason; secondly, this must have arisen from disease of the mind; thirdly, the result of it must have been that the accused did not know the nature of his act or that it was illegal (nous soulignons). From the start English critics denounced these rules because their effect is to excuse from criminal responsibility only those whose mental abnormality resulted in lack of knowledge [...] » H.L.A. HART, *op. cit.*, note 5, p. 189.

<sup>158</sup> Voir, ainsi : *Regina c. Windle*, [1952] 2 Q.B. 826; *Scharwtz c. La Reine*, [1977] 1 R.C.S. 673; Hugues PARENT, *Traité de droit criminel*, tome 1, 2<sup>e</sup> ed., Montréal, Les Éditions Thémis, 2005, p. 108-112.

<sup>159</sup> *R. c. Chaulk*, précité, note 149, 1355-1356.

<sup>160</sup> *R. c. Oommen*, [1994] 2 R.C.S. 507, p. 14/23.

<sup>161</sup> Michael CORRADO, « The Case for a Purely Volitional Insanity Defense », (2009-2010) 42 *Texas Tech Law Review* 481, 503.

« If her friends had told her to do it, that would not have excused her behavior [...] Why does she not simply refuse to do what the voices urge? Are the voices insistent? What if her friends were insistent? But perhaps the voices contain a threat. Threats will excuse some crimes, under some conditions.

[...]

The problem with the schizophrenic is as much a problem of control as it is a problem of perception. What we really believe is that the schizophrenic is not in a position to resist the urging of [her] voices. If it were otherwise, there would be no reason to excuse her, and no reason to commit her if we did excuse her. »<sup>162</sup>

[193] Ce genre d'analyse qui consiste à établir un dialogue avec l'aliéné ne s'évite qu'en reconnaissant l'impossibilité initiale de ce dialogue, puisqu'il n'est pas possible, de la définition même des troubles mentaux, que les agents soient guidés par des raisons.<sup>163</sup>

[194] Mais si la rationalité est la propriété des agents de pouvoir analyser et être guidés par des raisons, remarquons qu'elle possède également un autre versant : elle est la propriété qui permet aux agents d'*expliquer* rationnellement leur comportement.

[195] Ce second versant n'est pas d'importance secondaire : il est essentiel à l'économie de la normativité. Sans la rationalité, il ne serait possible d'expliquer ni ses réactions, ni ses émotions, ni ses croyances, ni ses attitudes. Il ne serait pas possible d'offrir des justifications, ni des excuses. C'est en ce sens que le professeur Gardner affirme :

« Only those who are responsible in the basic sense *can* offer excuses. That's because responsibility in the basic sense is none other than an ability to offer justifications and excuses. In the idiom we more often use, it is the ability to explain oneself, to give an intelligible account of oneself, to answer for oneself, as a rational being. In short, it is exactly what it sounds like: response-ability, an ability to respond. »<sup>164</sup>

[196] En ce sens, l'inhabilité à subir son procès pour cause de troubles mentaux est un véritable moyen de défense, qui affecte la responsabilité d'une personne. C'est ce caractère discursif qui donne au procès une importance substantive, et sur laquelle insiste ainsi le professeur Gardner :

---

<sup>162</sup> M. CORRADO, *loc.cit.*, note 161, 485.

<sup>163</sup> Remarquons que certains état américains ont aboli la défense d'aliénation mentale, dans la mesure où elle ne nie pas la *mens rea* du crime : L'Idaho, le Kansas, Le Montana et l'Utah. Voir *Id.*, 492. D'autres auteurs proposent d'autres approches, à l'effet par exemple de restreindre le pouvoir de l'aliénation à la négation de la *mens rea* (approche intégrationniste) : Christopher SLOBOGIN, « An End to Insanity: Recasting the Role of Mental Disability in Criminal Cases », (2000) 86 Va. L. Rev. 1199. À notre avis, ces réformes et ces approches sont malheureuses.

<sup>164</sup> J. GARDNER, « The Mark of Responsibility », reproduit dans *op. cit.*, note 5, 181-182.

« [M]y point is that we should think of the courtroom struggle as a site of intrinsic as well as instrumental value. So even if for some reason we abolished the whole apparatus of criminal sentences and civil remedies, we should still think twice about abolishing the trials themselves. In fact one important (although not sufficient) reason for *having* the apparatus of criminal sentences and civil remedies is to *motivate* the trials themselves. It is to put people under extra instrumental pressure to give decent public accounts of themselves, in the knowledge that doing this will normally help them to eliminate or reduce the burden of consequential responsibility that they might otherwise bear. »<sup>165</sup>

[197] Ces deux volets de la rationalité expliquent donc la possibilité de l'existence d'un système normatif et le système de justification et d'excuse qui y est corrélatif. La question qui se pose maintenant est celle de savoir si la responsabilité élémentaire exige *autre chose*, où si la rationalité d'un agent est suffisante pour celle-ci.

[198] Deux autres éléments peuvent prétendre être également nécessaire : la capacité de contrôler sa conduite, d'une part, et la présence d'un acte volontaire, d'autre part.

[199] Le premier élément, ainsi, fait parti de ce que le professeur Hart appelle la « capacity-responsibility ». Pour être responsable, il faut non seulement pouvoir raisonner, mais également contrôler sa conduite :

« The capacities in question are those of understanding, reasoning, and control of conduct: the ability to understand what conduct legal rules or morality require, to deliberate and reach decisions concerning these requirements, and to conform to decisions when made. »<sup>166</sup>

[200] La capacité de contrôler sa conduite renvoie à une condition de la responsabilité criminelle plus ancienne, celle de la nécessité d'avoir un acte *volontaire*. Ainsi, pour Sir William Blackstone :

« [A]ll the several pleas and excuses which protect the committer of a forbidden act from punishment which is otherwise annexed thereto may be reduced to this single consideration: the want or defect of *will* ... [and to the principle] 'that to constitute a crime ... there must be first, a vicious will. »<sup>167</sup>

[201] Nous aborderons donc successivement la question de la présence d'un acte volontaire et la question de la capacité de se contrôler dans les deux sous-sections suivantes.

[202] Il convient toutefois de circonscrire le débat autour des questions qui nous intéressent :  
1) l'acte volontaire fait-il parti a) de la *responsabilité élémentaire* tel que nous venons de la

<sup>165</sup> *Id.*, 191.

<sup>166</sup> H.L.A. HART, *op. cit.*, note 5, p. 227. Cette exigence se retrouve également dans le Model Penal Code : AMERICAN LAW INSTITUTE, *op. cit.*, note 88, art. 4.01 (1).

<sup>167</sup> Sir William BLACKSTONE, *Commentaries on the Laws of England, Volume IV : Of Public Wrongs, A Facsimile of the First Edition of 1765-1769*, Chicago, The University of Chicago Press, 1979, Chap. II.

décrire, ou fait-il parti b) de la *culpabilité*, ou c) s'inscrit-il dans le lien nécessaire entre la responsabilité et la culpabilité? Ensuite, 2) la capacité de contrôler sa conduite fait-elle parti a) de la *responsabilité élémentaire*, b) de la *culpabilité*, ou c) s'inscrit-il dans le lien nécessaire entre la responsabilité et la culpabilité?

### 2.1.1 – L'acte volontaire

[203] L'adage veut qu'un acte ne puisse être condamné que s'il est volontaire. En contrepartie, le caractère « involontaire » d'un acte devrait dicter un acquittement. Or, ce n'est pas exactement le cas. Tant en droit civil et criminel que dans nos relations normatives privées, il arrive que l'on subisse, à juste titre, des conséquences normatives adverses pour des actes qui peuvent être considérés, sous un angle ou sous un autre, involontaires.

[204] Pour délimiter plus précisément les contours de l'excuse en droit criminel, il est nécessaire de déterminer quel est l'effet sur la responsabilité *criminelle* d'un acte involontaire : nie-t-il la *responsabilité élémentaire* de l'agent, nie-t-il la *culpabilité*, ou a-t-il pour effet de sectionner le lien qui relie la responsabilité à la culpabilité? Pour répondre à cette question, il convient d'abord de distinguer quelques sens à l'expression « acte involontaire ».

[205] En premier lieu, on peut distinguer les cas où c'est véritablement *l'acte* qui est involontaire et ceux où c'en est la *conséquence*. Un réflexe, par exemple, est un acte involontaire. Dans le cas du danseur maladroit qui marche sur les pieds de sa partenaire, ce n'est pas l'acte (le déplacement de pied du danseur) qui est involontaire, c'est la conséquence (le pied écrasé de la partenaire).

[206] En second lieu, lorsque c'est l'acte lui-même qui est qualifié d'involontaire, on peut distinguer les actes « réflexes » et ceux faits sous coercition. Ce n'est pas le même élément de l'acte dont l'absence dicte le qualificatif d'« involontaire » : dans le cas de l'acte réflexe, c'est la volition, alors que dans le cas de l'acte posés sous coercition morale, c'est la « volonté ».

[207] En droit criminel canadien, les actes posés sous coercition ont donné lieu à la doctrine de l'acte involontaire dit *normatif*. Cette doctrine regroupe les défenses de nécessité<sup>168</sup>, de contrainte morale<sup>169</sup>, de légitime défense et d'aliénation mentale<sup>170</sup>. Comme nous l'avons expliqué dans le premier chapitre, la nature véritable, selon nous, des défenses de nécessité, de

<sup>168</sup> *Perka c. La Reine*, précité, note 18.

<sup>169</sup> *R. c. Ruzic*, précité, note 19.

<sup>170</sup> *R. c. Bouchard-Lebrun*, [2011] 3 R.C.S. 575, 2011 CSC 58, para. 51.

contrainte et de légitime défense est de justifier l'acte posé, puisqu'elles s'appuient sur les raisons pour lequel l'agent a agi. Les tribunaux acceptent ces défenses lorsqu'ils reconnaissent que l'agent n'avait pas de « choix véritable »<sup>171</sup>; ce critère est en partie objectif, puisqu'il impose aux agents d'offrir une résistance normale et appropriée à la pression, ainsi que l'exprimait le juge Lebel dans l'arrêt *Ruzic* :

« Comme notre Cour l'a réitéré dans l'arrêt *Hibbert*, les règles de common law sur la contrainte reconnaissent qu'un accusé soumis à une contrainte ne possède pas seulement des droits, mais encourt également des obligations envers autrui et la société. L'accusé assume, envers les autres êtres humains, l'obligation fondamentale d'adapter sa conduite en fonction de la gravité et de la nature des menaces proférées. Le droit applicable comporte une exigence de proportionnalité entre les menaces proférées et l'acte criminel à accomplir, évaluée en fonction de la norme à la fois objective et subjective de la personne raisonnable qui se trouve dans une situation similaire. On doit s'attendre à ce que l'accusé démontre un certain courage et oppose une résistance normale aux menaces proférées. Les menaces doivent viser l'intégrité de la personne. De plus, elles doivent priver l'accusé de tout moyen de s'en sortir sans danger, selon la norme de la personne raisonnable placée dans une situation similaire. »<sup>172</sup>

[208] La jurisprudence est donc claire à l'effet que la raison pour laquelle l'agent a agi (éviter la réalisation de la menace) doit, pour être une défense, être reconnue comme *valable* par la Cour, tant à l'égard de sa *nécessité* pour éviter la menace que du caractère *opportun* d'éviter cette menace par la commission d'un acte criminel. La situation de ces défenses étant éclaircie, il convient donc plutôt de s'attarder à l'acte involontaire au sens physique et aux conséquences involontaires d'un acte volontaire.

[209] Les « mouvements corporels qui ne sont pas causés par une volition » est le sens le plus élémentaire que l'on peut attribuer à l'expression 'acte involontaire'. Si l'on adopte la définition donnée par le père du positivisme juridique, John Austin, un acte sans volition n'est pas un acte : « A voluntary movement of my body, or a movement which follows a volition, is an act. »<sup>173</sup>. La définition d'un acte correspond donc à la séquence suivante : « volition-cause-mouvement corporel »<sup>174</sup>, dont la volition est une partie insécable.

<sup>171</sup> H. PARENT, *op. cit.*, note 158, p. 484.

<sup>172</sup> *R. c. Ruzic*, *précité*, note 19, para. 62.

<sup>173</sup> John AUSTIN, *Lectures on Jurisprudence*, vol. 1, 5<sup>e</sup> éd., London, Robert Campbell editions, 1885, p. 415.

<sup>174</sup> À des fins historiques, il est intéressant de noter que cette définition, donnée avant les grands succès de la philosophie analytique, est devenue récemment la théorie orthodoxe de ce qu'est un acte, après une génération de sceptiques influencée en philosophie du droit par le professeur H.L.A. Hart, dans « Acts of Will and Responsibility », reproduit dans *op. cit.*, note 5, et dans H.L.A. HART, « The Ascription of Responsibility and Rights » [1948-1949] *Proc. Arist. Soc.* 179, position sceptique que le professeur Hart vint lui-même à abandonner (voir la préface de *Punishment and Responsibility*, *op. cit.*, note 5) mais qui a

[210] Qu'il existe des mouvements corporels, nul ne peut en douter. La jonction de l'acte avec des mouvements corporels n'est pas remise en doute et se retrouve par exemple dans le *Model Penal Code*<sup>175</sup>. L'existence de la volition, quant à elle, s'infère de l'expérience phénoménologique de l'acte :

« It is very plain from the literature on volitions that the basic thing that gives rise to the inference (that there must be volitions) is the existence of human actions as a natural kind. Our sense has long been that 'something' is indeed 'left over' if we subtract the fact that our arm rises from the fact that we raised our arm, to paraphrase Wittgenstein's famous observation. That something is the volitional causation of the bodily-movement<sub>t</sub> event of the arm rising. »<sup>176</sup>

[211] La volition est une 'intention élémentaire' qui a pour fonction de causer les mouvements corporels. Elle se distingue des croyances et des désirs, mais également des intentions plus générales, qu'elle a pour fonction de transformer en action. Cette description est ainsi expliquée par le professeur Moore :

« [...] in order to execute even simple practical syllogisms, in order to resolve conflicts between our desires and between our beliefs, in order to account for the phenomenon known as weakness of will, and in order to save us from being 'Sartrean persons' (where everything is always up for grabs at all times), there must be states of bare intention. Such states execute our background motivational and cognitive states into actions, do so even when our desires or beliefs are in conflict, account for our failures to execute such beliefs or desires (as in cases of akrasia, or weakness of will), and project our resolutions in these matters into the future so that we need not redecide such matters again and again. Volitions fit into this executory role of bare intentions very neatly, for they are simply such bare intentions having as their objects the simplest bits of bodily motion that we know how to do. Volitions are simply the last executors both of our more general intentions and of the background states of desire and belief that those more general intentions themselves execute. »<sup>177</sup>

[212] Même si il existe un débat sur sa nature<sup>178</sup>, la volition est nécessaire pour rendre compte du moment où les conflits entre les croyances et désirs sont résolus, et elle constitue le moment de décision. Ce caractère décisionnel est ce qui permet de rendre compte des sensations phénoménologiques de *faire un choix* et d'agir parfois contrairement à nos désirs et croyances

---

fortement influencé la doctrine. Voir, par exemple, P.J. FITZGERALD, « Voluntary and Involuntary Acts », dans *Oxford Essays in Jurisprudence*, éd. A.G. GUEST (dir.), London, Oxford University Press, 1961, p. 11. La définition de Austin et de Holmes est défendue, de manière rigoureuse et convaincante, par le professeur Michael S. Moore dans M.S. MOORE, *op. cit.*, note 42, dont nous reprenons ici les positions.

<sup>175</sup> AMERICAN LAW INSTITUTE, *op. cit.*, note 88, art. 1.13(2).

<sup>176</sup> M.S. MOORE, *op. cit.*, note 42, p. 134.

<sup>177</sup> *Id.*, p. 121. Pour la non identité de la volition avec les désirs, les croyances, et la volonté, voir l'argumentation p. 117 à 123.

<sup>178</sup> Par exemple, pour le professeur Brian O'Shaughnessy, la volition est de nature « conative » : Brian O'SHAUGHNESSY, *The Will*, 2 tomes, 2<sup>e</sup> éd., New York, Cambridge University Press, 2008. Pour le professeur Moore, elle est de nature intentionnelle.

(cas de la faiblesse de volonté), ou lorsque ceux-ci sont d'égales forces<sup>179</sup>. L'acte, comme phénomène naturel, n'inclut donc pas les désirs et croyances qui forment le substrat psychologique de l'acteur. Il débute par une volition et se termine avec un mouvement du corps de l'agent.

[213] Cette description, pour les fins du droit criminel, est toutefois insuffisante. Elle ne ressemble pas aux actes interdits par le Code criminel. Celui-ci n'interdit aucun acte tel que 'lever le bras' ou 'avancer la jambe'. Les actes inscrits dans le Code criminel font plutôt l'objet d'une description complexe, qui fait référence à plusieurs éléments contextuels, dont les conséquences.

[214] L'acte de tuer, par exemple, est une description complexe qui fait référence à n'importe quel acte élémentaire (ou combinaison d'actes) qui cause la mort. L'agression sexuelle est une description qui fait référence à n'importe quel acte qui cause un contact physique de nature sexuelle avec une autre personne, avec la circonstance que celle-ci ne consent pas à ce contact physique de nature sexuelle. L'interdiction de voler est une description complexe qui fait référence à n'importe quel acte qui cause l'appropriation d'un objet et la dépossession de son propriétaire, dans la circonstance d'absence de consentement de ce dernier.

[215] Qu'en est-il ensuite des volitions? La définition de la volition offerte ci haut (ayant pour objet des mouvements corporels) convient bien à des actes élémentaires, comme lever le bras. Mais qu'en est-il du problème des actes complexes? Qu'en est-il lorsque nous accomplissons un acte complexe tel que tuer un homme, écrire une lettre, cuisiner un repas, conduire un véhicule? Plus précisément, quel est l'objet de la volition : est-ce chacun des mouvements corporels qui constituent un acte complexe, ou est-ce l'acte complexe, la finalité poursuivie? Considérons d'abord cette analyse du professeur Moore :

« When I do walk downtown because I intended to go downtown, how much of the detail of *how* I walked downtown formed the object of one of my volitions? Did I only intend to walk, leaving all other guidance of my body to sub-personal routines and mechanisms? Or did I have thousands of intentions, to move my left foot, then my right to avoid the kerb, my arms to swing forward, my toes to push off, etc.? At the level of consciousness, I do not pay attention to most of these details of motor movement. And it is a good thing, for if I had to focus on each of these details, I'd never be able to focus on my larger goals, muse about philosophy, etc. As Brand points out: 'Consciousness has limited capacity. If that capacity were occupied with the monitoring and guidance of ongoing motor

---

<sup>179</sup> M.S. MOORE, *op. cit.*, note 42, p. 140 et ss; p. 149 et ss.

activity, there would be none left for the high-level prospective thinking necessary for the continued survival of the organism.' »<sup>180</sup>

[216] Le cœur du problème se situe au niveau de la conscience. Les actes complexes peuvent se décortiquer en une série d'actes élémentaires, mais on ne porte généralement pas attention à ces actes élémentaires. Toute activité un tant soit peu routinière s'accomplit sans qu'on ne soit vraiment conscient des détails.

[217] Le professeur Moore est d'avis qu'une intention générale se décortique en réalité en la multitude d'actes élémentaires qui la constitue, et donc des volitions qui les composent. Deux arguments se présentent pour affirmer qu'un acte complexe (et l'intention générale qui en est le moteur) se décortique en une série d'actes élémentaires (et de volitions). D'une part, le processus d'apprentissage d'un acte complexe, tel que jouer du piano, se compose lui-même de l'apprentissage de ces actes élémentaires : faire des gammes, etc. :

« Learning to play a piece of music, and in general, learning to play the piano, involves the building of behavioural elements into patterns which can be intended as wholes. It is only the beginner who has to thing out each step as he goes along. The point is familiar to anyone who has learned to ride bicycle or to swim. »<sup>181</sup>

[218] D'autre part, bien que nous ne soyons pas conscients en général des détails des volitions qui composent les actes complexes, dès que le besoin se fait sentir, notre conscience redescend directement à la multitude de ces actes. Si nous roulons en voiture et que la chaussée devient tout à coup très glissante, non seulement nous appuyons sur la pédale de frein, mais le risque de dérapage porte notre attention sur le poids précis que nous portons sur la pédale, en analysant les effets de ce poids sur la réaction du véhicule en temps réel. En réalité, même lorsque nous ne portons pas précisément attention aux mouvements corporels qui constituent nos actes complexes, nous demeurons vaguement conscients de ceux-ci :

« Suppose you are aiming to throw a baseball to a certain spot, say, home plate. You are concentrating not on your arm movement, but on the spot to which the ball was thrown. Are you not dimly thinking of your arm movement as well? Suppose you are perfectly ambidextrous, so that you could throw the ball with either arm. Would there not be a difference between the thought of throwing to home plate with your right arm, and the thought of throwing with your left? Even if the focus of your attention in both cases is on home plate, or the catcher's mitt, your intention or volition would be colored by the thought of

---

<sup>180</sup> M.S. MOORE, *op. cit.*, note 42, p. 152-153, citant Myles BRAND, *Intending and Acting*, Cambridge, MIT Press, 1984, p. 154.

<sup>181</sup> Wilfrid SELLARS, « Metaphysics and the Concept of a Person », dans K. LAMBERT (dir.), *The Logical Way of Doing Things*, New Haven, Yale University Press, 1969, p. 244, cité dans M.S. MOORE, *op. cit.*, note 42, p. 153.

throwing the ball with one kind of movement – e.g., a right-handed movement – or by the thought of throwing with another kind of movement – a left-handed movement... The thought of the arm-movement, or bodily movement, is peripheral or marginal, but it is not entirely absent. »<sup>182</sup>

[219] La nature des volitions veut donc que celles-ci soient de nature consciente. Ajoutons maintenant à cela que les descriptions complexes des actes sont complexes au sens où elles décrivent des propriétés des actes, au delà de leur constitution de mouvements corporels<sup>183</sup>. Pour les fins du droit criminel, on peut donc inclure dans la définition de l'acte tant les circonstances que les conséquences qui en permettent la qualification.

[220] En droit criminel, la volition et son caractère conscient sont nécessaires pour conclure à l'absence d'automatisme. Ainsi, dans l'affaire *R. c. Stone*<sup>184</sup>, l'accusé avait poignardé la victime de quarante-sept coups de couteau de chasse, alléguant avoir perdu conscience après une violence verbale prolongée de la part de la victime. Le juge du procès avait admis qu'il existait une certaine preuve d'inconscience tout au long de la commission du crime.<sup>185</sup> Le juge Binnie avait ainsi expliqué le sens d'« inconscience » :

« Sur le plan juridique, l'expression « perte de conscience » est utilisée dans le sens qu'il est démontré que l'accusé, comme le somnambule, « ne savait pas ce qu'il faisait ». [...] Cela exclut la personne qui agit sous le coup de la provocation et dit « Je n'ai pas pu m'en empêcher », ou qui affirme simplement qu'elle est incapable d'expliquer un comportement qui ne lui ressemble pas : voir, de manière générale, les motifs de lord Denning dans *Bratty*, précité, à la p. 409, qui renferment la définition suivante de l'automatisme : « [TRADUCTION] ... une activité musculaire qui échappe au contrôle de l'esprit, tel un spasme, un réflexe ou une convulsion; ou un acte accompli par une personne qui n'a pas conscience de ce qu'elle fait, tel un acte accompli alors qu'elle souffre d'une commotion ou qu'elle est dans un état de somnambulisme. »

L'acte volontaire suppose un degré de maîtrise consciente. »<sup>186</sup>

[221] Puisque dans un tel état de « conscience diminuée » il n'y a pas de volition, il n'y a pas d'acte volontaire au sens le plus élémentaire.

<sup>182</sup> M.S. MOORE, *op. cit.*, note 42, p. 154.

<sup>183</sup> *Id.*, p. 70. Jeremy Bentham en fait une analyse au même effet : « Together with this [basic] act, under the notion of the same offence, are included certain circumstances: which circumstances enter into the essence of the offence, contribute by their conjunct influence to the production of its consequences, and in conjunction with the act are brought into view by the name by which its stands distinguished. » JEREMY BENTHAM, *Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, New York, Buffalo Press, 1988, 71, 77. Cette division entre acte, conséquences et circonstances est également celle reprise dans ses principes par le *Model Penal Code* de l'AMERICAN LAW INSTITUTE, *op. cit.*, note 88, art. 1.13(9).

<sup>184</sup> *R. c. Stone*, [1999] 2 R.C.S. 290.

<sup>185</sup> *Id.*, para. 1.

<sup>186</sup> *Id.*, para. 40.

[222] La question que l'on doit maintenant se poser est la suivante : l'absence de volition (consciente) à la source des mouvements corporels incriminés est-elle une négation de la *responsabilité élémentaire* de l'agent ou une négation de sa *culpabilité* (ce qui ferait d'elle une excuse)?

[223] Pour répondre à cette question, remarquons que la responsabilité élémentaire telle que nous l'avons décrite jusqu'à présent est une *propriété* de l'agent : c'est la présence d'une certaine *rationalité* dans les *structures* de ses événements mentaux ou, en d'autres termes, sa *capacité* à faire usage de raison. Une propriété a pour nature d'avoir une certaine permanence : un objet, par exemple, qui a la propriété d'être rouge n'a cette caractéristique que s'il est rouge durant une certaine période de temps : s'il change continuellement de couleur, il n'a pas la propriété d'être rouge. Cette permanence implique qu'il ne cesse pas d'être rouge par le simple fait que cette couleur n'est plus perceptible durant un certain temps : la nuit, les objets rouges demeurent rouges, même si cela n'est pas perceptible en raison d'une absence de luminosité.

[224] La rationalité, en tant que propriété des agents, doit posséder la même permanence : ce n'est pas, par exemple, parce que l'agent dort qu'il perd sa propriété d'être rationnel. Mais puisque cette propriété d'être rationnel concerne la structure des événements mentaux de l'agent, il est *nécessaire* qu'il soit conscient pour que cette propriété s'actualise.

[225] La conscience, quant à elle, n'est pas une propriété de l'agent, elle est un état. La perte de l'état de conscience ne retire pas à l'agent sa propriété d'être rationnel, même si elle lui retire la possibilité d'exercer cette propriété. L'effet d'une perte de conscience prolongée, tel que le coma, peut empêcher de manière permanente la matérialisation de cette propriété; on peut alors se demander si l'agent possède toujours cette propriété. Mais l'inconscience temporaire n'a pas pour effet de faire perdre la propriété de l'agent d'être un être rationnel.

[226] Ces observations quant à la rationalité – et par conséquent quant à la responsabilité élémentaire, qui en découle – milite en faveur de ne pas considérer un état passager d'automatisme comme une remise en question de la caractéristique de l'agent d'être un être responsable de ses actes. Une seconde observation milite également en ce sens.

[227] En tant que propriété d'une structure d'événements mentaux, la rationalité a une valeur intrinsèque. Cette propriété est d'une importance capitale pour l'expérience humaine : sa perte est, en toutes circonstances, une chose regrettable. L'adage romain voulait que « le fou était assez puni par sa maladie » (*furiosus satis ipso furore punitur*). Or, ce qu'on exprime par là

n'est pas tant un appel à la clémence pour les gens souffrant de troubles mentaux qu'une expression du sentiment de perte qu'implique le dysfonctionnement de la rationalité.

[228] Si la présence d'un retard mental ou d'une maladie affectant la responsabilité élémentaire d'un agent est une chose regrettable, on ne peut pas en dire autant de la survenance de mouvements corporels involontaires. Ceux-ci sont tout à fait banaux : tout le monde a déjà eu un geste réflexe, par exemple. Les mouvements corporels plus complexes dont l'occurrence survient lors d'un épisode d'automatisme ne sont pas regrettables en eux-mêmes non plus, bien qu'il soit possible qu'un épisode d'automatisme ait des *conséquences* regrettables<sup>187</sup>. Il n'en est pas de même d'un trouble psychotique ou schizophrène : la seule présence de ces troubles, dès lors qu'ils altèrent la structure des événements mentaux d'un agent de manière suffisamment importante pour que celui-ci ne puisse plus être qualifié de rationnel, est regrettable, puisqu'elle représente une *perte* pour la personne qui en souffre.

[229] Cela renvoie l'examen de l'effet de l'absence de volition, causée par un épisode d'automatisme ou non, du côté de l'absence de culpabilité. L'absence de volition est-elle une simple excuse, une simple absence de culpabilité à l'égard d'un acte matériellement coupable? Un certain rapprochement peut être fait, et a été fait à l'occasion. Dans un *obiter*, par exemple, la juge Wilson rapproche l'automatisme de l'erreur de fait, en exprimant l'opinion que ces deux théories « sont soulevées pour « repousser » la *mens rea*, [et elles] peuvent être situées à juste titre dans cette catégorie puisqu'elles sont invoquées pour miner le fondement même de la culpabilité »<sup>188</sup>. Si nous partageons, avec la juge Wilson, l'opinion selon laquelle l'automatisme, comme l'erreur de fait, nie la culpabilité, nous ne partageons toutefois pas l'inférence qu'elle en fait que l'automatisme nie la *mens rea*, puisque celle-ci peut-être soulevée à l'encontre d'une accusation d'infraction de responsabilité absolue, qui ne comporte aucune *mens rea*. Par conséquent, nous sommes d'avis que la culpabilité ne peut se réduire au sens juridique donné à la *mens rea*. L'expression « excuse » peut quant à elle être utilisée pour qualifier la revendication : par exemple, une personne qui en frappe une autre dans un mouvement réflexe peut invoquer comme excuse que l'acte était involontaire, tout comme celui qui se trompe sur la propriété d'une paire de chaussure peut invoquer sa croyance erronée à l'encontre d'une accusation de vol.

[230] Mais s'il existe une similarité entre les deux défenses, il existe également une différence importante : l'absence de volition, lors d'un épisode d'automatisme par exemple,

---

<sup>187</sup> L'affaire *R. c. Parks*, [1992] 2 R.C.S. 871, où le défendeur a tué ses beaux-parents durant un épisode de somnambulisme, en est un exemple tragique.

<sup>188</sup> *Perka c. La Reine*, précité, note 18, 269.

semble aller plus loin qu'une « simple » excuse. À l'égard des effets des excuses, rappelons les observations du professeur Austin, selon lesquels :

« [I]t has to be remembered that few excuses get us out of it *completely*: the average excuse, in a poor situation, gets us only out of the fire into the frying pan – but still, of course, any frying pan in a fire. If I have broken your dish or your romance, maybe the best defence I can find will be clumsiness. »<sup>189</sup>

[231] Ces écrits du professeur Austin ont donné lieu, tel que nous l'avons expliqué en introduction, à l'opinion majoritaire selon lequel les excuses peuvent être de nature *partielle*. Dans la troisième section de ce chapitre, nous verrons qu'il serait plus pertinent, à l'égard de ces excuses « incomplètes », de parler d'excuses « simples ». Mais existe-t-il des excuses qui auraient ce pouvoir de « get us out of it *completely* »?

[232] Un sujet ancien sur lequel planchent actuellement plusieurs théoriciens du droit criminel est le *fondement* de la culpabilité. La question n'est pas de déterminer si un agent est coupable d'un acte criminel précis, mais plutôt de déterminer sous quelles conditions il est possible de rechercher la culpabilité d'un agent, ou, en d'autres termes, sous quelles conditions il peut être retenu *responsable* d'un acte. Le sens de *responsable* sert ici à relier la rationalité, en tant que propriété d'un agent qui justifie qu'il ait à répondre de ses actes, à un acte *précis*; en d'autres termes, il s'agit de déterminer quelles caractéristiques doit avoir un acte pour que celui-ci *puisse* être coupable à la lumière d'une norme rationnelle.

[233] L'analyse ne s'intéresse pas, contrairement à celle de la responsabilité élémentaire, au fonctionnement de la rationalité de l'agent; plutôt, c'est la possibilité de relier un acte X à l'*usage* de cette capacité rationnelle. La question, telle que formulée par le professeur Raz, est « what relationship between our conduct, or its consequences, and our capacities of rational agency makes us responsible for them? »<sup>190</sup>.

[234] Plusieurs théories s'affrontent sur le terrain. Il y a, par exemple, le « *Control Principle* », selon lequel « we are morally responsible for X only if X is under our rational control, or if we are responsible only because, and to the extent that X has aspects which are under our rational control »<sup>191</sup>. Il y a également le « *Intention Principle* », selon lequel « one is responsible for one's intentional actions, and for their intend or foreseen consequences »<sup>192</sup>. Il y a enfin le « *Guidance Principle* », selon lequel « we are responsible for actions which are guided

<sup>189</sup> J. L. AUSTIN, *loc.cit.*, note 3, 3.

<sup>190</sup> J. RAZ, *loc.cit.*, note 152, 4.

<sup>191</sup> *Id.*, 5.

<sup>192</sup> *Id.*, 5.

by our powers of rational agency, and for none other »<sup>193</sup>. Chacune de ces théories rencontrent certains problèmes pour justifier la responsabilité retenue pour des omissions, ou pour des infractions de négligence.

[235] Il n'entre pas dans notre propos d'examiner ces questions, mais nous pouvons observer qu'en analysant le lien entre la rationalité d'un agent et l'acte posé, on postule déjà en tant que condition nécessaire un état de conscience, puisque la rationalité est une propriété qui ne s'actualise que dans un événement mental conscient.

[236] Si l'excuse est une revendication qui a pour effet de nier le caractère coupable d'un acte, on pourrait donc affirmer que les actes réflexes et les épisodes d'automatisme sont des excuses, sans véritablement étendre le sens du concept d'excuse.

[237] Un des motifs invoqués plus haut pour distinguer les excuses de l'irresponsabilité était que l'excuse est une explication rationnelle du comportement, et qu'il faut donc une personne responsable de ses actes pour pouvoir offrir cette explication rationnelle. Or, ce motif ne milite nullement en faveur d'une exclusion de l'automatisme ou du réflexe de la définition de l'excuse : l'automatisme ou le réflexe est une explication rationnelle des mouvements corporels incriminés que l'*agent* est en principe en mesure d'offrir.

[238] Par ailleurs, on perçoit pourquoi ces explications sont des excuses que le professeur Austin qualifierait de *complètes* : il n'est pas possible d'aucune manière que cet acte soit coupable. Par contraste, une excuse simple, tel que « je n'ai pas fait par exprès » ou « je ne le savais pas », nie la présence d'un seul élément de la culpabilité, par exemple l'intention quant à la conséquence (je n'ai pas fait par exprès) ou la connaissance (je ne le savais pas). L'automatisme ou le réflexe, en niant l'origine conscient de l'acte nie également toute possibilité de caractère coupable à l'acte.

[239] Le fait qu'une excuse soit complète ne signifie toutefois pas que l'agent soit nécessairement absout des conséquences de ses mouvements corporels. Mais la question est alors de savoir si un *acte* antérieur aux mouvements corporels incriminés peut être qualifié de *promixa causa*.

[240] Ainsi, prenons un cas où il y a acte involontaire sans « automatisme » (sans conscience diminuée), un cas de réflexe. Dans l'affaire *R. c. Jarmain*<sup>194</sup>, c'est dans un mouvement réflexe que l'accusé avait appuyé sur la gâchette du fusil qu'il pointait illégalement et dangereusement

---

<sup>193</sup> *Id.*, 5.

<sup>194</sup> [1946] K.B. 74.

vers la victime. La victime étant décédée, l'accusé a été condamné pour homicide involontaire coupable. Il est à remarquer qu'il a été retenu *responsable* de la *mort* de la victime malgré que la cause immédiate de sa mort ait été le réflexe par lequel il avait appuyé sur la gâchette : la raison justifiant cette responsabilité a été son comportement dangereux antérieur à l'acte réflexe qui a pu être qualifié de *proxima causa*.<sup>195</sup>

[241] Enfin, l'exigence d'un acte coupable (donc volontaire) *proxima causa* aux mouvements corporels incriminés se reflète dans l'*act requirement*. Le professeur Moore le précise ainsi :

« Every competent teacher of elementary criminal law that I know teaches the act requirement in the following way: if, from the big bang that apparently began this show to the heat death of the universe that will end it, the court can find a voluntary act by the defendant, accompanied *at that time* by whatever culpable *mens rea* that is required, which act in fact and proximately causes some legally prohibited state of affairs, then defendant is prima facie liable for that legal harm. There is no 'time-framing' choice here. If there is *any* point in time where the act and *mens rea* requirements are simultaneously satisfied, and from which the requisite causal relations exist to some legally prohibited state of affairs, then the defendant is prima facie liable. »<sup>196</sup>

[242] Pour illustrer cela avec un exemple d'automatisme, si un épileptique sévère, quotidiennement atteint de plusieurs crises sérieuses, décide de prendre le volant d'une voiture sans motif valable, et qu'au cours du trajet il a une crise d'épilepsie qui cause un accident mortel, la crise d'épilepsie ne peut pas être fautive, mais la décision de conduire peut l'être.<sup>197</sup>

---

<sup>195</sup> Des auteurs, qui ne reconnaissent pas de précision au concept de *proxima causa*, conteste par conséquent le contenu et la valeur même de l'acte involontaire en droit criminel. Par exemple, le professeur Fitzgerald disait : « If the word 'act' were used in such a way that without a willed muscular contraction there is no act, Jarmain might not have been hanged. » : P.J. FITZGERALD, *op. cit.*, note 174, p. 9. La question du concept de *proxima causa* est très bien étudiée dans l'ouvrage des professeurs Hart et Honoré : Herbert L.A. HART et Tony HONORÉ, *Causation in the Law*, 2<sup>e</sup> éd., Oxford, Clarendon Press, 1985; voir également l'entrée du professeur Honoré dans le *Stanford Encyclopedia of Philosophy* : Antony HONORÉ, « Causation in the Law », *The Stanford Encyclopedia of Philosophy (Summer 2011 Edition)*, Edward N. Zalta (ed.), URL = <<http://plato.stanford.edu/archives/sum2011/entries/causation-law/>>.

<sup>196</sup> M.S. MOORE, *op. cit.*, note 42, p. 35-36.

<sup>197</sup> « Take the example of a driver who loses control of his car and crashes into a tree while having an epileptic seizure, and is subsequently charged with reckless driving. At the moment of the accident, the actor's faulty operation of the vehicle was clearly involuntary. Viewed through these narrow temporal lenses, the actor ought to be excused because his harmful actions were involuntary and, therefore, not reckless. But suppose the actor also knew he was likely to suffer a seizure unless he was properly medicated, but that he drove anyway without taking his medication. If the relevant time frame is broadened to include the decision-making period immediately before the actor started driving, then his misconduct is a voluntary product of an informed free will. The actor's epileptic seizure and resulting bodily movements remain involuntary, but his choice to operate a vehicle when he knew he might suffer a seizure probably constitutes criminal recklessness. » : E.R. MILHIZER, *loc.cit.*, note 17, 879. Cette

Par ailleurs, depuis l'adoption de la Charte, mentionnons que la *proportionnalité* entre la *faute* de l'acte coupable et la *conséquence* (les conséquences criminelles) a pris une importance centrale. Ainsi, dans l'arrêt *Daviault*<sup>198</sup>, l'accusé avait consommé de l'alcool jusqu'à un état d'automatisme, et avait agressé sexuellement la victime dans cet état. La Cour, en concluant que la défense d'intoxication extrême au seuil de l'automatisme était accessible, nie qu'il y ait proportionnalité entre la faute d'intoxication et celle d'agression sexuelle :

« L'intimé a fait valoir qu'en raison de la nature « blâmable » de l'intoxication volontaire, force serait de conclure qu'il ne peut y avoir de violation de la Charte dans l'hypothèse de l'adoption de la position avancée dans l'arrêt *Leary*. Je ne puis souscrire à cette prétention. L'intoxication volontaire n'est pas encore un crime. En outre, il est difficile de conclure qu'un tel comportement doit toujours constituer une faute visée par l'application de sanctions criminelles. Toutefois, en supposant que l'intoxication volontaire soit répréhensible, cela ne signifie pas nécessairement que ses conséquences dans une situation particulière soient volontaires ou prévisibles. »<sup>199</sup>

[243] Enfin, à la question de savoir si l'automatisme – absence de volition – est une négation de l'*actus reus* ou une négation de la *mens rea*, la Cour suprême a répondu qu'en empêchant les mouvements corporels d'être des actes, l'automatisme niait la présence de l'*actus reus*<sup>200</sup>. Mais elle aurait également pu qualifier l'automatisme de négation de la *mens rea*, ce qui aurait eu l'avantage de mettre l'accent sur la nature non fautive des mouvements corporels<sup>201</sup>.

[244] Ces observations faites, il est aisée d'identifier la nature d'une défense ayant pour assertion que les conséquences étaient involontaires : elle peut constituer une défense selon l'accusation qui est portée (elle est en conséquence une excuse simple). Par exemple, si l'accusation en est une de meurtre (crime d'intention), et que la revendication est à l'effet que la mort n'était pas voulue par l'agent (au sens d'une absence de prévisibilité subjective de la mort<sup>202</sup>), le caractère involontaire de la conséquence constituerait une excuse. Pour une accusation d'homicide involontaire coupable, par contre, puisque la *faute morale* dont l'agent est accusé n'est pas d'avoir causé *intentionnellement* la mort mais d'avoir causé des lésions corporelles de nature grave et de manière *négligente* (il faut une prévisibilité objective de lésions corporelles<sup>203</sup>), le caractère involontaire des conséquences ne constituera pas une excuse.

---

analyse de la juge Milhizer fait peut-être référence à l'affaire *People v. Decima*, (1956) 2 N.Y. (2d) 133, 147 N.Y.S. (2d) 558, dont le professeur Moore discute à M.S. MOORE, *op. cit.*, note 42, p. 34 et ss.

<sup>198</sup> R. c. *Daviault*, [1994] 3 R.C.S. 63.

<sup>199</sup> *Id.*, 100.

<sup>200</sup> R. c. *Parks*, *précité*, note 187, 896; *Id.*, 74.

<sup>201</sup> Voir aussi l'opinion du j. Cory dans R. c. *Daviault*, *précité*, note 198 et R. c. *Chaulk*, *précité*, note 149.

<sup>202</sup> R. c. *Martineau*, *précité*, note 14.

<sup>203</sup> R. c. *Creighton*, [1993] 3 R.C.S. 3.

## 2.1.2 – La capacité de contrôler sa conduite

[245] Il convient maintenant d'effectuer la même analyse à l'égard de l'incapacité à contrôler sa conduite : la capacité à contrôler sa conduite fait-elle partie a) de la *responsabilité élémentaire* de l'agent, 2) de la *culpabilité* de l'acte ou 3) du lien nécessaire entre la responsabilité élémentaire d'un agent et la culpabilité de l'acte?

[246] Il importe, d'abord, de circonscrire ce que l'on entend par « incapacité à contrôler sa conduite ». Il faut exclure, d'abord, les cas déjà discutés des mouvements corporels non causés par une volition (automatisme et réflexe), des conséquences involontaires et des actes involontaires au sens normatif, puisque, tel que nous venons de le voir, ces défenses sont (selon nous)<sup>204</sup> respectivement des excuses et des raisons pour agir. Il faut exclure, également, toutes les incapacités épistémologiques qui empêchent l'agent d'apprécier les propriétés de sa conduite, puisqu'elles constituent déjà des causes d'irresponsabilité élémentaire (par exemple, l'incapacité d'apprécier les risques liés à sa conduite).

[247] Cette dernière exclusion, dont nous n'avons pas encore parlée, relève de la rationalité de l'agent. Comme nous l'avons dit dans la première section de ce chapitre, elle est la propriété de l'agent qui conditionne sa responsabilité en ce qu'elle lui permet d'agir pour des *raisons*; or, il faut pour cela qu'elle soit dans un état tel que l'agent puisse suivre tant les raisons opérantes que les raisons auxiliaires, c'est-à-dire qu'il puisse avoir connaissance des éléments pertinents pour diriger sa conduite. Ce critère n'est pas de nature normative, il relève plutôt d'un examen de l'intelligence véritable de l'agent. Le professeur Simester affirme, à cet égard :

« We do have means with which to assess intelligence [...] So there is good reason, at least in the criminal law, not to expect reasonable intelligence of the defendant but, rather, to expect *that she reasonably use the intelligence she has.* »<sup>205</sup>

[248] Ainsi, en matière de négligence ou de faute objective, n'est pas responsable celui qui n'est pas capable d'apprécier les risques liés à sa conduite.<sup>206</sup>

[249] Ce principe trouve une application dans la subtile organisation des dispositions concernant l'erreur sur le consentement du Code criminel, qui prévoit l'obligation de prendre des

---

<sup>204</sup> Rappelons que pour la Cour suprême du Canada, l'automatisme avec troubles mentaux est une négation de l'acte volontaire au point de vue normatif : *R. c. Bouchard-Lebrun*, précité, note 170.

<sup>205</sup> A.P. SIMESTER, « Can Negligence be Culpable? », dans J. HORDER (dir.), *Oxford Essays in Jurisprudence*, 4<sup>e</sup> Série, Oxford, Oxford University Press, 2000, 103.

<sup>206</sup> *R. v. Ubhi*, (1994) 27 C.R. (4th) 332 (C.A. C.-B.); H. PARENT, *op. cit.*, note 158, p. 183-185.

mesures raisonnables pour s'assurer soit de l'âge du plaignant<sup>207</sup>, soit du consentement<sup>208</sup>. La différence essentielle entre l'obligation de prendre des mesures raisonnables pour s'assurer du consentement de l'autre partie et l'erreur raisonnable de fait (qui n'est pas exigée par ces dispositions<sup>209</sup>) réside dans les capacités intellectuelles réduites de l'agent et sa difficulté à raisonner adéquatement à partir des informations recueillies.

[250] La capacité à contrôler sa conduite est celle qui demeure, après exclusion de ces situations. Il faut donc que l'acte soit volontaire, intentionnel, et à cet égard la défense de provocation offre par son libellé une évocation<sup>210</sup>. Celle-ci n'intervient qu'après que la poursuite ait établi tous les éléments du meurtre.<sup>211</sup>

[251] Certaines caractéristiques de la capacité à contrôler sa conduite militent en faveur d'une inclusion dans la responsabilité élémentaire de l'agent.

[252] D'abord, l'incapacité à contrôler sa conduite constitue, comme l'absence de responsabilité élémentaire, une *perte* pour l'agent qui en souffre. Nous avons dit dans la sous-section précédente que la rationalité était une propriété de la structure des événements mentaux de l'agent qui avait une valeur intrinsèque, et dont l'absence, pour l'expérience humaine était *in se* regrettable. Un passage de *La recherche du temps perdu* nous offre une bonne illustration du sentiment de perte qui accompagne l'incapacité à contrôler sa conduite.

[253] Le récit débute avec les souvenirs d'enfance du narrateur, qui furent marqués par l'angoisse qu'il ressentait, chaque soir, à l'idée de ne pas recevoir, de temps à autre, le contact physique du baiser apaisant de sa mère lors du rituel du coucher. Les soirs où des invités étaient présents à la maison, l'enfant devait aller se coucher seul, et cette situation l'angoissait profondément. Un tel soir, en proie à l'insomnie et à l'anxiété, l'enfant ne put s'empêcher de rester debout et d'attendre dans le couloir que sa mère vienne se coucher pour lui quémander le rituel du baiser maternel, malgré sa certitude que ce comportement choquerait, par son enfantillage, à la fois la mère et le père.

[254] Sa mère tenait à ce que l'enfant domina sa sensibilité nerveuse, et lorsqu'elle l'aperçut en montant l'escalier, elle s'empourpra et lui ordonna d'aller se coucher, mais arriva à ce moment le père, qui, moins empathique envers l'enfant mais également moins stricte,

---

<sup>207</sup> Art. 150.1 (5) C.cr.

<sup>208</sup> Art. 273.2 b) C.cr.

<sup>209</sup> *Sansregret c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 570.

<sup>210</sup> Le libellé exige de la provocation qu'elle « suffise à priver une personne ordinaire du pouvoir de se maîtriser » (art. 232 C.cr.), l'incapacité de se contrôler n'est donc pas exigée *directement* de l'agent.

<sup>211</sup> *R. c. Cameron*, (1992) 71 C.C.C. (3d) 272 (Ont. C.A.).

s'exclama : « Voyons, nous ne sommes pas des bourreaux! », et proposa à la mère de faire ce soir exception et d'aller dormir avec l'enfant.

[255] Celui-ci, une fois seul dans sa chambre avec la mère, éclata en sanglots. La bonne, qui passait à ce moment, demanda ce que l'enfant avait, ce à quoi la mère répondit : « Mais il ne sait pas lui-même, Françoise, il est énervé; préparez-moi vite le grand lit et montez vous coucher. » Le récit se poursuit ainsi :

« [A]u moment où je venais de commettre une faute telle que je m'attendais à être obligé de quitter la maison, mes parents m'accordaient plus que je n'eusse jamais obtenu d'eux comme récompense d'une bonne action. [...] Ainsi, pour la première fois, ma tristesse n'était plus considérée comme une faute punissable mais comme un mal involontaire qu'on venait de reconnaître officiellement, comme un état nerveux dont je n'étais pas responsable; j'avais le soulagement de n'avoir plus à mêler de scrupules à l'amertume de mes larmes, je pouvais pleurer sans péché. [...] J'aurais dû être heureux : je ne l'étais pas. Il me semblait que ma mère venait de me faire une première concession qui devait lui être douloureuse, que c'était une première abdication de sa part devant l'idéal qu'elle avait conçu pour moi, et que pour la première fois elle, si courageuse, s'avouait vaincue. Il me semblait que si je venais de remporter une victoire c'était contre elle, que j'avais réussi comme auraient pu faire la maladie, des chagrins, ou l'âge, à détendre sa volonté, à faire fléchir sa raison et que cette soirée commençait une ère, resterait comme une triste date. [...] Certes, le beau visage de ma mère brillait encore de jeunesse ce soir-là où elle me tenait si doucement les mains et cherchait à arrêter mes larmes; mais justement il me semblait que cela n'aurait pas dû être, sa colère eût été moins triste pour moi que cette douceur nouvelle que n'avait pas connue mon enfance; [...] »<sup>212</sup>

[256] Remarquons que l'incapacité à contrôler sa conduite dont souffre ici le narrateur et que la mère, par sa clémence, reconnaît, n'est pas celle de sa crise de larmes et sanglots (qui est plutôt une suite de mouvements réflexes), mais plutôt celle de n'avoir pas pu résister à attendre sa mère dans le couloir, malgré l'obligation à laquelle il était astreint d'aller se coucher.

[257] Si elle implique la même perte intrinsèque qu'implique une déficience de rationalité et se rapproche de ce fait de l'irresponsabilité élémentaire, la question de la permanence de telles incapacités est plus difficile à résoudre. Les cas d'actes commis sous une colère si intense que l'agent perd le pouvoir de se contrôler, et qui sont couverts par la défense de provocation, ne sont pas nécessairement récurrents. Certains troubles du comportement rapportés par la science médicale, toutefois, sont des troubles récurrents : il s'agit, notamment, du trouble explosif intermittent, qui consiste en une « apparition de pulsions irrésistibles à connotation agressive »<sup>213</sup>, de la kleptomanie, caractérisée par une « impossibilité répétée de résister à la

<sup>212</sup> Marcel PROUST, *À la recherche du temps perdu*, Paris, Éditions Gallimard (Quarto), 1999, p. 39-40.

<sup>213</sup> H. PARENT, *Traité de droit criminel*, tome 1, 2<sup>e</sup> éd., Montréal, Les Éditions Thémis, 2005, p. 245.

tentation de voler des objets qui ne sont dérobés ni pour usage personnel ni pour leur valeur commerciale »<sup>214</sup>, et de la pyromanie, « trouble du contrôle des impulsions marqué par le besoin irrésistible de mettre le feu »<sup>215</sup>.

[258] Pour analyser précisément la conséquence éthique de la présence de ces troubles et, de manière plus générale, de l'incapacité à contrôler sa conduite (et donc répondre à la question posée en introduction), il faudrait pouvoir identifier *précisément* ce qui empêche l'individu de contrôler sa conduite.

[259] Or, nous sommes ici confrontés à un problème de taille : ces questions ne relèvent pas du droit, ni même de la philosophie en général; ce sont des problèmes de biologie et, de manière plus générale, de physique, et les obstacles théoriques sont complexes. La jurisprudence non plus n'est pas claire quant à la situation légale de ces troubles; pour l'instant, elle est réticente à les accepter comme moyens de défense.<sup>216</sup> Dans ces circonstances, il est très difficile de se prononcer sur la valeur morale d'une revendication d'incapacité à contrôler sa conduite.

[260] La Cour suprême s'est toutefois prononcée clairement à l'égard de l'incapacité à contrôler sa conduite lors d'un épisode de colère extrême : à moins que l'agent ne sombre à ce moment dans un épisode d'automatisme, l'agent n'a droit à aucune défense, sauf bien entendu si les autres éléments de la défense de provocation sont rencontrés.<sup>217</sup> Si nous ne pouvons pas nous prononcer sur l'ensemble des incapacités à contrôler sa conduite, nous pouvons toutefois apporter quelques observations sur celle induite par un épisode de colère intense.

[261] D'abord, la difficulté à préciser ce que constitue, au niveau physique ou biologique, une incapacité à maîtriser sa conduite lors d'un épisode de colère intense a pour répercussion un sérieux problème de preuve. Rien n'est plus difficile, en effet, que de départager les réactions incontrôlables des réactions incontrôlées, et une citation couramment reprise pour décrire cette difficulté est la suivante : « The line between an irresistible impulse and an impulse not resisted is probably no sharper than that between twilight and dusk. »<sup>218</sup>. Cette situation soulève une inquiétude certaine chez des auteurs<sup>219</sup>, puisque rien n'est plus aisé, après le fait, que de prétendre à l'irrésistibilité des pulsions ayant causé le comportement.

---

<sup>214</sup> Hugues PARENT, *op. cit.*, note 158, p. 247.

<sup>215</sup> Hugues PARENT, *op. cit.*, note 158, p. 248.

<sup>216</sup> Voir, de manière générale, Hugues PARENT, *op. cit.*, note 158, p. 252 à 257.

<sup>217</sup> *R. c. Parent*, *précité*, note 25.

<sup>218</sup> AMERICAN PSYCHIATRIC ASSOCIATION, INSANITY DEFENCE WORK GROUP, *APA Statement on the Insanity Defense*, (1983) 140 *Am. Journal of Psychiatry* 681, 685.

<sup>219</sup> Par exemple : Herbert WECHSLER et Jerome MICHAEL, « A Rationale of the Law of Homicide », (1937) 37 *Columbia Law Review* 701, 756 : « Since it is commonly known that the distinction [between

[262] La Cour suprême du Canada partage les mêmes inquiétudes en matière d'automatisme. Le juge Binnie citait ainsi dans l'arrêt *Stone* les écrits du professeur Glanville Williams :

« [...] where a person who is fully awake flees from the police, or attacks another in jealousy or anger, a defence of dissociation is hard to credit, however many experts are called to give evidence in support of it. How strange, the layman may say, and how very convenient for the defendant, that this alleged state of dissociation descended on him at the very moment when he had reason for evading the police, or when he was face to face with a person whom he had a strong motive for attacking. The more down-to-earth explanation of the defendant's "narrowing of the field of consciousness" is that it resulted merely from an overwhelming passion which led him to pay no attention to ordinary moral or prudential considerations; this is not inconsistent with the supposition that he was perfectly aware of what he was doing, psychiatric evidence to the contrary notwithstanding. »<sup>220</sup>

[263] Pourtant, en matière d'automatisme, la phénoménologie rapportée de l'acte – un épisode de dissociation – diffère *ex hypothesi* radicalement d'un acte volontaire. Entre un acte intentionnel provenant d'une pulsion à laquelle l'agent n'a pas résisté et un acte intentionnel commis sous l'emprise d'une pulsion irrésistible, la distinction est *a fortiori* indéterminable.

[264] Il existe par ailleurs de bons arguments pour soutenir qu'un agent devrait être responsable de ses actes lorsqu'il perd la capacité de se maîtriser.

[265] Dans l'arrêt *Perka*, la juge Wilson, répondant à l'argument avancé par le professeur Fletcher selon lequel l'incapacité de certains à contrôler leur conduite devait mener à l'acquittement, affirme ce qui suit :

« Le principe fondamental qui entre en jeu ici est celui de l'universalité des droits, c'est-à-dire que toutes les personnes dont les actes sont soumis à l'examen judiciaire doivent être traités sur le même pied. En fait, on peut dire que ce concept de l'appréciation égale qui fait abstraction des mobiles particuliers de l'auteur de l'acte ou des pressions particulières qui s'exerçaient sur sa volonté est à ce point primordial en droit criminel qu'il est rarement formulé explicitement. Cependant, toute la prémisse exprimée par des penseurs comme Kant et Hegel, savoir que l'homme est de par sa nature un être rationnel et que cela se manifeste dans la capacité qu'il a de surmonter les impulsions de sa propre volonté et aussi dans le droit universel de ne pas avoir à se plier aux impulsions et à la volonté d'autrui [...] appuie le point de vue qu'une appréciation individualisée d'une conduite préjudiciable n'est tout simplement pas possible. Si l'on perçoit l'obligation d'éviter toute conduite criminelle comme un reflet du devoir fondamental d'avoir une conscience rationnelle de la liberté égale dont jouissent toutes les personnes, alors une analyse de la

---

resistible and irresistible impulses] is obscure and the issue in particular cases more or less, to sanction the inquiry at all holds out hope to all potential offenders [...] ».

<sup>220</sup> R. c. *Stone*, précité, note 184, p. 27/127, citant Glanville WILLIAMS, *Textbook of Criminal Law*, 2<sup>e</sup> éd., Portland, Stevens & Sons Ltd, 1983, p. 673-674. La citation est dans la langue originale de l'auteur.

*culpabilité* doit viser l'acte lui-même (aussi bien son élément matériel que son élément moral) et non pas son auteur. L'universalité de ces obligations a pour effet d'exclure la pertinence de ce que Fletcher appelle « une circonstance qui peut, dans un cas d'espèce, servir d'excuse ». »<sup>221</sup>

[266] La juge Wilson reconnaît que la capacité de surmonter ses impulsions est une prémisses, ce qui signifie qu'elle reconnaît la possibilité qu'un agent n'en soit pas capable. Ce qu'elle refuse, c'est le caractère exonératoire face à une obligation de cette incapacité personnelle.

[267] Cette position est défendue de diverses manières en doctrine. Selon le professeur Gardner, par exemple, l'incapacité personnelle à rencontrer ses obligations (tel que surmonter une impulsion), bien loin d'offrir une excuse à l'agent, est une manière de ne pas rencontrer ses obligations. Ainsi, « [f]or such incapacity, far from militating against unfitness, is a mode of unfitness in its own right. »<sup>222</sup> C'est pour cela qu'il n'est normalement pas admissible d'invoquer, comme excuse de la vie courante, ses propres défauts. Il n'est normalement pas admissible, par exemple, d'affirmer « I've always been a bit of a panicker, so what did you expect? » ou « I've always had a bit of a problem with will-power, so what did you expect? »<sup>223</sup>.

[268] Nous disons qu'il n'est *normalement* pas admissible d'invoquer ce type d'excuse. Il existe bien sûr des exceptions. Par exemple, A exige de B qu'il s'occupe, en cas de tremblement de terre, d'organiser la logistique pour répondre aux besoins du groupe d'employé où ils travaillent. B est peu sûr de lui et en proie aux crises d'angoisse; il proteste alors contre cette responsabilité, affirmant ne pas être capable, en cas de catastrophes naturelles, de s'occuper de logistique en raison de ses crises de panique. A fait fi de toutes les informations qui indiquent que B est l'employé le moins apte à prendre cette responsabilité. Un tremblement de terre survient peu de temps après, et B, en panique, n'arrive pas à rencontrer ses obligations. À un reproche, il pourra sans doute dire « I've always been a bit of a panicker, so what did you expect? », mais à ce moment, ce n'est pas tant une excuse qu'il présente lui-même qu'un déplacement de la 'responsabilité' (au sens causal), de sa personne, B, vers son supérieur, A, qui a pris la mauvaise décision de le nommer lui, B, à une tâche dont il savait qu'il n'avait pas les caractéristiques requises pour rencontrer ses exigences.

[269] Mais ce genre de déplacement de responsabilité n'existe pas en droit criminel, à tout le moins à l'égard des obligations principales qui nous concernent. Le droit criminel ne s'adresse

---

<sup>221</sup> *Perka c. La Reine, précité*, note 18, 271.

<sup>222</sup> J. GARDNER, *op. cit.*, note 5, p. 131.

<sup>223</sup> *Id.*, p. 128.

pas en principe aux agents en fonction des divers « rôles » que ceux-ci occupent : les obligations sont les mêmes pour tous. Les injonctions de ne pas tuer, agresser, violer, frapper, voler, menacer, mettre le feu, etc., sont des injonctions qui s'appliquent à tous les sujets du droit criminel.

[270] Il appartient donc aux agents eux-mêmes de développer les traits de caractère nécessaires à ce qu'ils puissent respecter la loi. Pour le professeur Moore, cela relève de la nature même d'un système de normes qui a pour objet d'interdire des actes (par opposition à une moralité qui aurait pour objet le développement de certains traits de caractère). Ainsi :

« On this view, morality is fundamentally a matter of norms. Such norms do not have as their subjects virtuous character. Rather, such norms prohibit or permit either complex actions (like killings) or states of affairs (like deaths) being caused by persons. Whatever differences there are between 'deontologists' and 'consequentialists' about the general shape of morality's norms, on this they agree: one's obligations are *not* derivative from some more fundamental imperative that one ought to nourish one's own virtuous character. Quite the contrary: one ought to nourish a virtuous character, not as an end in itself, but as a means of making it easier for one to *do* what ought to do. »<sup>224</sup> (nous soulignons)

[271] Si cette analyse ne répond pas à toutes nos questions, on peut tout de même conclure que l'incapacité à maîtriser sa conduite lors d'une colère extrême n'offre ni excuse, ni irresponsabilité. Non seulement elle n'a pas cet effet juridique, mais il existe, en outre, des raisons d'imposer aux agents de trouver par eux-mêmes les moyens de se contrôler.

[272] En conséquence, on ne peut attribuer à la défense de provocation un fondement tel que « l'incapacité de l'accusé à maîtriser sa conduite sous l'effet de la colère »<sup>225</sup>, puisque celle-ci n'est ni une cause d'irresponsabilité, ni une excuse. Ce qui justifie, par ailleurs, le fait que la défense de provocation n'exonère pas l'agent de répondre de ses gestes, et qu'il doive être condamné, en cas de succès du moyen de défense, pour homicide involontaire coupable.

---

<sup>224</sup> M.S. MOORE, *op. cit.*, note 42, p. 51.

<sup>225</sup> L'incapacité du défendeur de maîtriser sa colère demeure tout de même un critère essentiel de l'application du moyen. Nous verrons toutefois dans le troisième chapitre que c'est la *normalité* de cette incapacité de se maîtriser qui justifie le moyen de défense, et non pas l'incapacité elle-même.



## ***Section 2.2 – Le caractère en tant qu'objet du droit criminel***

[273] Il importe maintenant de revenir à la nature des excuses. Tel que nous le disions dans l'introduction de ce chapitre, plusieurs auteurs s'intéressent maintenant aux relations entre le caractère des agents et les normes du droit criminel, et intègrent, de manières diverses, les excuses dans leurs analyses.

[274] Le professeur Duff explique l'intérêt qu'ont les théoriciens du droit criminel pour le caractère des criminels de cette manière :

« The criminal law appears to focus on actions. It defines certain kinds of action (killing a human being, damaging another's property, driving dangerously ...) as crimes; a defendant is accused of committing such an action; it is for such an action that she is convicted and punished. Legal theorists, however, often want to search behind these appearances for the "real" or ultimate focus of ascriptions of criminal liability: that for which defendants are really held liable and punished. Criminal liability must, they think, ultimately depend on something deeper than action: on what lies behind or produces the actions for which defendants are formally convicted and punished. In particular, some argue, it must be founded either on "choice", or on "character": what justifies conviction and punishment must, that is, be either the defendant's wrongful choice, or some defect of character that her criminal conduct revealed. »<sup>226</sup>

[275] Pour arriver à la conclusion que le droit criminel a pour objet des traits de caractère, les auteurs empruntent divers chemins. Certains, par exemple, invoquent la nature véritable des exigences de *mens rea* et de faute criminelle, et insistent sur la proximité que ces critères de culpabilité partagent avec les traits de caractère pertinent.<sup>227</sup>

[276] D'autres auteurs utilisent plutôt une défense en particulier, tel que la provocation ou la contrainte, et soutiennent que par un de ses aspects, il n'est pas possible de la concevoir uniquement en se référant à l'acte commis, et que la responsabilité de l'agent relève donc de son caractère moral. Ils utilisent, par exemple, une conceptualisation similaire à celle que nous propose le professeur Parent à l'égard de la contrainte morale :

« Si la contrainte physique, en s'abattant sur le corps de l'individu, se répercute directement sur sa volonté, la contrainte morale opère sur l'esprit de l'agent en neutralisant son adhésion psychologique à l'acte illégal. »<sup>228</sup>

[277] D'une telle conceptualisation, ils saisissent au bond un critère tel que l'« adhésion psychologique à l'acte illégal » et soutiennent que cette question d'adhésion est celle de savoir si

---

<sup>226</sup> R.A. DUFF, *loc.cit.*, note 147, 345.

<sup>227</sup> Par exemple : M.D. BAYLES, *loc.cit.*, note 145, 8 à 11. Voir aussi R.A. DUFF, *loc.cit.*, note 147.

<sup>228</sup> H. PARENT, *op. cit.*, note 158, p. 537.

le « soi véritable » de l'agent a adhéré à l'acte, par conséquent si la responsabilité criminelle de l'agent est niée, c'est parce que l'acte ne le représentait pas véritablement.<sup>229</sup>

[278] Si pour certains auteurs, seuls quelques défenses ont cette nature<sup>230</sup>, d'autres sont d'avis que toutes les défenses invoquent une telle dénaturalisation du caractère de l'agent<sup>231</sup>. Dans ce cas, c'est que l'objet approprié de la moralité est le caractère moral des agents, et non leurs actes. Seul celui-ci peut expliquer et justifier les éloges ou les blâmes. Ainsi, pour le professeur Duff :

« One ancestor of the “character” conception of criminal liability is Hume’s argument that character is the proper object of moral appraisal. “If any *action* be either virtuous or vicious, it is only as a sign of some quality or character. It must depend upon durable principles of the mind, which extend over the whole conduct, and enter into the personal character”. »<sup>232</sup>

[279] La provocation offre un terrain fertile à ce genre d'analyse. Ainsi, pour le professeur Tadros, la défense de provocation s'appuie sur le fait que l'acte commis lors d'un épisode de colère extrême ne reflète pas le caractère véritable de l'agent :

« [D's] character whilst she is in a state of extreme anger is not like her character whilst calm. Actions done in that state do not reflect as badly upon her settled character as if they had been done whilst calm. »<sup>233</sup>

[280] Identifier le fondement des excuses dans le rapport qu'entretient l'agent avec son acte n'est toutefois pas nécessaire à une conceptualisation orientée caractère du droit criminel. Pour le professeur Gardner, par exemple, le droit criminel fixe des *standards de caractère*<sup>234</sup> et le rapport entre l'agent et son acte n'est pas pertinent quant à la culpabilité de l'agent :

« It is often said that the criminal law judges actions, not character. That is true, but misleading. It is true that, barring certain exceptional and troubling examples, crimes are actions, and being a crime is therefore a property of actions. Nevertheless, the criminality of an action frequently falls to be determined, in part, according to *standards of character* – according to standards

<sup>229</sup> Voir par exemple R.A. DUFF, *loc.cit.*, note 147, 350 à 354.

<sup>230</sup> Par exemple, pour V. TADROS, *loc.cit.*, note 5, seules les défenses d'intoxication et de provocation ont cette nature. Pour le professeur Duff, ce sont l'aliénation mentale et la contrainte : R.A. DUFF, *loc.cit.*, note 147, mais sa position précise une nature 'caractérielle' du droit criminel beaucoup plus nuancée, ce que nous verrons à la fin de cette section.

<sup>231</sup> Par exemple : M.D. BAYLES, *loc.cit.*, note 145.

<sup>232</sup> R.A. DUFF, *loc.cit.*, note 147, 361.

<sup>233</sup> V. TADROS, *loc.cit.*, note 5, 507.

<sup>234</sup> Le professeur Jeremy Horder appelle cette approche « the 'normative expectations' view » : J. HORDER, *op. cit.*, note 5, p. 108 et ss.

of courage, carefulness, honesty, self-discipline, diligence, humanity, good will, and so forth. »<sup>235</sup>

[281] Cette réorientation de la moralité vers un objet plus « substantiel » que les actes n'est pas propre au droit criminel. Le caractère moral est l'objet approprié de la moralité chez les philosophes antiques, et elle a pour objet le développement des qualités morales de l'individu. Après une éclipse de l'espace philosophique moral depuis les Lumières, elle a connu un regain d'intérêt depuis la publication, en 1958, d'un article maintenant célèbre de la professeure G.E.M. Anscombe, « Modern Moral Philosophy »<sup>236</sup>, dans lequel l'auteur articule l'insatisfaction croissante que partagent plusieurs auteurs à l'égard des éthiques déontologiques et conséquentialistes alors dominantes. Le professeur Moore explique ainsi la différence d'intérêt de l'approche :

« On what may fairly be called the classical view of morality, morality is primarily concerned with the virtue of individual persons. 'What is virtue?' and 'How may I achieve it?' are the central questions that a virtue-based ethics will ask about such a virtue-based morality. On the classical view, actions are the subjects of moral norms (prohibitions and permissions) only as subsidiary means of promoting persons' virtue. Thus, Aristotle discusses justice not primarily as an obligation each person should cultivate; one should do just actions, not because such actions are required by morality's 'categorical imperatives', but because doing such actions helps to make one a just person. »<sup>237</sup>

[282] Qu'il existe des jugements normatifs portant sur le caractère des autres ne sauraient être remis en question. Ainsi, on juge régulièrement les autres pour leurs sentiments ou leur caractère, on juge les parents de ne pas ressentir suffisamment d'attachement ou d'amour envers leurs enfants<sup>238</sup>, la jalousie d'un conjoint même si elle ne se reflète pas dans des actions précises, l'indifférence des autres devant la misère humaine, etc.

[283] La question est donc de savoir si le droit criminel a pour objet le caractère des agents. Pour les auteurs qui défendent cette position, il a pour objet des traits de caractère précis, que les auteurs identifient différemment. Selon le professeur Bayles, par exemple, le trait de caractère que le droit criminel chercherait à neutraliser serait la dangerosité, ou encore « any socially desirable or undesirable disposition of a person. »<sup>239</sup>, que les différentes *mentes rea* d'intention,

<sup>235</sup> J. GARDNER, « The Gist of Excuses », reproduit dans *op. cit.*, note 5, 121.

<sup>236</sup> G.E.M. ANSCOMBE, « Modern Moral Philosophy », (1958) 33 *Philosophy* 1-19. voir, concernant cette question, l'article correspondant de l'encyclopédie en ligne *Stanford Encyclopedia of Philosophy* : Rosalind, HURSTHOUSE, « Virtue Ethics », The Stanford Encyclopedia of Philosophy (Spring 2011 Edition), Edward N. Zalta (ed.), URL = <<http://plato.stanford.edu/archives/spr2011/entries/ethics-virtue/>>

<sup>237</sup> M.S. MOORE, *op. cit.*, note 42, p. 49-50.

<sup>238</sup> L'exemple est de J. L. AUSTIN, *loc.cit.*, note 3.

<sup>239</sup> M.D. BAYLES, *loc.cit.*, note 145, 7.

de connaissance et d'insouciance reflèteraient.<sup>240</sup> Selon le professeur Tadros, les traits de caractère interdits seraient plutôt les vices que sont la cruauté, la méchanceté (« wickedness »), la malhonnêteté, l'indifférence, etc.<sup>241</sup>

[284] La position orthodoxe est plutôt à l'effet inverse : le droit criminel a pour objet des actions. Le professeur Andrew Ashworth l'exprime ainsi de manière à la fois sobre et éloquente : « [t]he chief concern of the criminal law is to prohibit behaviour that represents a serious wrong against an individual or against some fundamental social value or institution. »<sup>242</sup>. En d'autres termes, l'objet du droit criminel, c'est de protéger certaines personnes, certaines valeurs ou certaines institutions et non d'abord de poursuivre des citoyens pour des défauts de caractère.

[285] Avant de débiter l'étude de certains problèmes que rencontrent les théories du droit criminel qui le conçoivent principalement comme intéressé par les caractères des agents, il y a lieu de mentionner deux raisons pour lesquels la position inverse nous apparaît juste.

[286] La première raison s'appuie sur le caractère coercitif du droit criminel. En effet, celui-ci est l'une des institutions les plus coercitives de notre société. Lui sont octroyés de vastes pouvoirs : on peut, en appliquant ses règles, imposer de lourdes sanctions financières, ou exclusion par l'emprisonnement certains membres de la société civile. Son caractère public permet d'identifier les gens qui y font face, de dénoncer leurs comportements, et de qualifier d'immoraux certains actes posés, de manière formelle.

[287] Les outils du droit criminel sont donc la dénonciation et la répression. Il y a lieu, par conséquent, de se demander si il serait juste que cette dénonciation et cette répression ait pour objet les individus eux-mêmes, et non pas leurs actions. Il semble contraire au contrat social que la société se permette d'utiliser son institution la plus coercitive pour dicter le *comment-être*.

[288] La seconde raison, intimement liée à la première, s'appuie sur la constatation suivante : les actions ne peuvent pas se confondre avec les traits de caractère. L'acte, contrairement au trait de caractère, est un *événement*, et un événement sur lequel l'agent a du *pouvoir*.

[289] L'émotion est également un événement. Mais l'importance de punir des actes apparaît dans la prémisse suivante du droit criminel : l'agent est réputé contrôler ses actes, et non ses émotions. Car, à moins d'adopter une lecture déterministe du comportement humain, on doit

---

<sup>240</sup> *Id.*, 10.

<sup>241</sup> V. TADROS, *loc.cit.*, note 5, 497.

<sup>242</sup> Andrew ASHWORTH, *Principles of Criminal Law*, 5<sup>e</sup> éd., New York, Oxford University Press, 2006, p. 1.

concéder que l'agent possède un pouvoir immédiat sur ses actes qu'il ne possède pas sur ses émotions. La Cour suprême exprimait ainsi cette prémisse :

« Cependant, toute la prémisse exprimée par des penseurs comme Kant et Hegel, savoir que l'homme est de par sa nature un être rationnel et que cela se manifeste dans la capacité qu'il a de surmonter les impulsions de sa propre volonté et aussi dans le droit universel de ne pas avoir à se plier aux impulsions et à la volonté d'autrui (voir Hegel, *Philosophy of Right* (trad. en anglais par Knox, 1952) aux pp. 226 et 227), appuie le point de vue qu'une appréciation individualisée d'une conduite préjudiciable n'est tout simplement pas possible. Si l'on perçoit l'obligation d'éviter toute conduite criminelle comme un reflet du devoir fondamental d'avoir une conscience rationnelle de la liberté égale dont jouissent toutes les personnes, alors une analyse de la *culpabilité* doit viser l'acte lui-même (aussi bien son élément matériel que son élément moral) et non pas son auteur. L'universalité de ces obligations a pour effet d'exclure la pertinence de ce que Fletcher appelle [TRADUCTION] « une circonstance qui peut, dans un cas d'espèce, servir d'excuse ». »<sup>243</sup>

[290] Les émotions semblent être directement causées par – voire directement *être* – le caractère de l'agent. Le pouvoir de modifier ses émotions semble être un pouvoir qui ne s'exerce qu'à moyen ou long terme, par l'exercice lent et assidu de la rationalisation. Le pouvoir d'agir est quant à lui direct – ou à tout le moins, c'est la prémisse de base sur laquelle notre droit criminel est fondé.

### **2.2.1 – Les théories identifiant le caractère des agents comme étant l'objet véritable du droit criminel**

[291] Voyons maintenant quelques problèmes que rencontre les diverses théories que nous appellerons *orientées-caractère*.

[292] Un premier problème surgit dès la lecture du Code criminel. Celui-ci interdit en effet des actes très précis; à l'inverse, il n'interdit ni trait de caractère, ni manifestation d'un trait de caractère, ni émotion.

[293] Cette méthode d'écriture est tout à fait normale si son objectif est d'interdire certains actes. En revanche, si son objectif véritable est d'interdire certains traits de caractère, constatons qu'elle est au mieux inexacte.

[294] Prenons certains traits de caractère en exemple. Si le droit criminel voulait empêcher la malhonnêteté, pourquoi n'interdit-il que le vol et la fraude et non pas, par exemple, tout

---

<sup>243</sup> *Perka c. La Reine*, précité, note 18, 270-271.

mensonge à motivation égoïste? S'il désirait enrayer la cruauté, pourquoi n'interdirait-il pas spécifiquement la cruauté?

[295] Ce ne peut être véritablement pour une question de *rule of law*, puisque la cruauté ou la malhonnêteté, bien qu'ayant des contours fuyants, sont des traits de caractère assez spécifiques pour que les sujets de droit soit en mesure de les reconnaître. Mais admettons que cet argument soit valide. Pourquoi les actes qui sont des manifestations assez claires de malhonnêteté ou de cruauté ne sont-ils pas tous interdits?

[296] Une manière de contourner le problème nous est proposée par le professeur Duff : les traits de caractère interdits ne sont pas ceux de nature générale comme la malhonnêteté, mais ceux qui se matérialisent en actes criminels. À ce titre, le droit criminel s'intéresse à la malhonnêteté voleuse, ou frauduleuse. Cette position, en outre, a l'avantage d'expliquer pourquoi le droit criminel exige un acte. « It is by and only by her actions that she constitutes herself as a thief or as a fraud, and constitutes her character as criminally dishonest. »<sup>244</sup>.

[297] Il est difficile de voir en quoi cette réponse rendrait l'obsession du droit criminel pour la présence d'actes spécifiques moins suspecte, si ceux-ci ne sont pas son véritable intérêt. De plus, comme le reconnaît le professeur Duff, cet argument dépend d'une prémisse selon laquelle il existe une différence morale substantielle entre la malhonnêteté criminelle et la malhonnêteté non criminelle, ce qu'il est prêt à accepter. Cette réponse ne nous apparaît pas convaincante, mais quoi qu'il en soit, continuons.

[298] Étudions la proposition selon laquelle un acte ne peut être coupable que s'il représente le « véritable soi ». Ainsi, pour le professeur Bayles :

« Blame and punishments are not directly for acts but for character traits. [...] Acts may or may not indicate character traits. If an act does indicate an undesirable character trait, then blame is appropriate; if it does not, then blame is inappropriate although measures to prevent such conduct in the future might be taken. »<sup>245</sup>

[299] Ainsi, les diverses défenses d'excuse – intoxication, contrainte, provocation – le seraient en ce qu'elles permettraient de conclure que l'acte commis ne refléteraient pas un trait de caractère de l'agent.

---

<sup>244</sup> R.A. DUFF *loc.cit.*, note 147, 373.

<sup>245</sup> M.D. BAYLES, *loc.cit.*, note 145, 7. Au même effet, voir ces paroles du professeur Arenella : « [...] rather bad acts express bad character, so that nominal responsibility for actions is in reality responsibility for character. Acts on this view are proxies for character because they typically express the actor's character; when we punish bad acts, accordingly, we are really punishing bad character. » : Peter ARENELLA, « Character, Choice and Moral Agency : The Relevance of Character to Our Moral Culpability Judgments », (1990) 7 *Social Philosophy and Policy* 59, 83.

[300] Mais les moyens de défenses présentés n'épuisent pas les actes commis 'hors caractère'. Rien n'est plus commun, au contraire, qu'un acte 'hors caractère'. Non seulement cela n'offre normalement pas d'excuse, mais encore si le droit criminel s'intéresse à ces actes 'hors caractère', pourquoi ne les prend-t-il pas tous en compte?

[301] Le professeur Gardner propose que c'est parce qu'une telle caractérisation du caractère des agents est trompeuse en ce qu'elle présente le caractère de l'agent comme quelque chose détaché des actions accomplies, alors qu'il *est* au contraire ces actions.<sup>246</sup> En d'autres termes, les actes de l'agent ne *reflètent* pas son caractère, mais le *constituent*. Il ne fait donc aucun sens de parler d'actes 'hors caractère', puisqu'au sens où cela importe, le comportement de l'agent est précisément le caractère de l'agent au moment X.

[302] Un autre argument pourrait être à cet effet : peut-être a-t-on l'*impression* que l'acte était 'hors caractère', mais si l'agent l'a commis, c'est que cet acte demeurait, latent, potentiel chez l'agent. Ainsi, l'acte criminel 'hors caractère' ne serait normalement pas véritablement 'hors caractère', mais simplement l'expression d'une partie du caractère de l'agent que l'on ne connaissait pas.

[303] Ce genre d'arguments aurait pour effet de saper les fondements d'un régime d'excuse fondé sur le caractère des agents. En redéfinissant ce qui constitue le caractère d'un agent, il sape l'usage qui peut en être fait. Comme le fait remarquer la juge Milhizer :

« Such a retort would undermine the basic premise of the character theory, however, because treating character as such an indeterminate and fluid concept renders the notion of good character practically meaningless as a basis for excuse. In other words, if general good character includes specific manifestations of bad character, then good character becomes essentially irrelevant as a basis for distinguishing between excusable and inexcusable conduct. »<sup>247</sup>

[304] Cette proposition est par ailleurs inadmissible pour une autre raison. Les gens agissent, parfois, d'une manière imprévisible qui est étrangère à leur caractère, et cette réalité est telle qu'au quotidien, on ne tient généralement pas rigueur des fautes que l'on commet ici et là. Une conceptualisation du caractère ne peut y passer outre. Il est simplement faux d'affirmer que les crimes même très graves soient tous commis par des agents au caractère criminel, que les

---

<sup>246</sup> J. GARDNER, « The Gist of Excuses », reproduit dans *op. cit.*, note 5, p. 121 à 123. Voir, également, la description donnée par le professeur Duff: « Criminal conduct is not merely evidence for the distinct character-trait that causes it. Rather, the conduct is itself an essential aspect of the character trait; and the “inference” from action to character-trait is no a matter of inferring a cause from its effect, but of setting the action in the wider and deeper context of thought, attitudes, and motivation that gives it its meaning. The action completes a picture that is incomplete without it [...] » : R.A. DUFF, *loc.cit.*, note 147, 372.

<sup>247</sup> E.R. MILHIZER, *loc.cit.*, note 17, 849.

meurtres sans excuse soient tous commis par des meurtriers, ou les vols sans excuse par des ‘voleurs’ potentiels. Et il est erroné également d’assimiler le caractère moral des agents à la commission d’un seul acte, ou d’affirmer que le caractère d’un agent se retrouve dans chacun de ses actes par ailleurs coupables. Quel que soit le désir d’une communauté de stigmatiser les auteurs des crimes et de les identifier comme étant ontologiquement différents de l’homme ordinaire, il n’en demeure pas moins que les hommes ordinaires et normalement animés par des valeurs respectueuses des normes sont susceptibles, dans certains contextes, de violer les normes. L’expression « je ne te reconnais plus » n’est pas une création des films de science-fiction : elle est l’expression appropriée lorsqu’une personne agit de manière radicalement différente à ses habitudes, à ses valeurs.

[305] D’ailleurs, c’est ce caractère moral stable qui servira, à l’étape de la détermination de la peine, pour mesurer la culpabilité de l’agent et déterminer la manière de poursuivre les objectifs conséquentialistes de réduction du crime de la détermination de la peine. On ne saurait concevoir à la fois deux caractères moraux : un caractère stable, utile à la détermination de la peine, et un autre dont la nature, soit cachée soit contingente, nierait l’accessibilité d’une excuse à l’agent. Si l’agent n’a pas d’excuse, il faut que ce soit parce que le caractère de l’agent n’excuse simplement pas la commission d’un acte.

[306] Des auteurs essaient de contourner la difficulté d’isoler les actes ‘hors caractère’ n’offrant pas d’excuse et ceux ‘hors caractère’ prévus dans des moyens de défense. Le professeur Tadros, par exemple, sépare deux types de revendications : les revendications « ordinaires » que l’acte posé ne représente pas l’agent, et celles où l’agent a été « déstabilisé ». <sup>248</sup> Seules les secondes mériteraient le statut d’excuse, les premières étant réservées à la détermination de la peine.

[307] Mais l’argument ne va pas plus loin. Non seulement le critère est flou et inapplicable <sup>249</sup>, mais il ne tient aucunement compte de la manière dont les divers moyens de défense sont appliqués. Ainsi, pour l’intoxication involontaire, le caractère ordinaire de l’agent n’importe nullement. C’est ainsi que le moyen de défense est ouvert par exemple à un alcoolique accusé de récidive de conduite en état d’ébriété qui s’intoxique involontairement avec un médicament qu’il consomme depuis plusieurs années sans savoir qu’il a une forte teneur en alcool. <sup>250</sup> Cette approche orientée-caractère est même directement contraire aux règles de preuve qui interdisent à la poursuite « d’attaquer la réputation d’un accusé, ce dernier devant être

<sup>248</sup> V. TADROS, *loc.cit.*, note 5, 502-503.

<sup>249</sup> Voir J. HORDER, *op. cit.*, note 32, p. 121 à 125.

<sup>250</sup> *R. c. Laverdure*, J.E. 87-872 (C.S.P.), cité dans H. PARENT, *op. cit.*, note 158, p. 217.

jugé en fonction de ce qu'on lui reproche d'avoir fait, et non en fonction de ce qu'il est ou de ce qu'il a déjà été. »<sup>251</sup> Si l'objet véritable des excuses était de nier l'identité de l'acte avec l'agent, ces règles de preuve, bien plus qu'inutiles, seraient directement nuisibles.

[308] Ce caractère peu crédible de l'argument est d'ailleurs reconnu par les autres auteurs qui défendent des approches plus nuancées d'un droit criminel orienté-caractère. Ainsi, le professeur Gardner rejette cette conception en affirmant le caractère mauvais *sui generis* de l'action (sans qu'elle dépende de sa ressemblance à l'agent), et défend autrement une vision d'un droit criminel orienté-caractère :

« I need to make an excuse for my action because it is wrongful. As criminal lawyers are usually the first to point out, the wrongfulness of an action is not comprehensively or invariably dictated by character standards. That point holds both in the law and outside the law. [...] So the gist of an excuse is not that the action was 'out-of-character', in the sense of being a departure from what we have come to expect from the person whose action it is. Quite the contrary, in fact. The gist of an excuse [...] is precisely that the person with the excuse lived up to our expectations. [...] The question is whether that person lived up to expectations in the *normative* sense. Did she manifest as much resilience, or loyalty, or thoroughness, or presence of mind as a person in her situation should have manifested? »<sup>252</sup>

[309] Pour Gardner, donc, le « poing » de l'excuse est que le comportement de l'agent qui revendique une excuse a été à la hauteur des exigences normatives qui s'y appliquent. Il développe ensuite une description sophistiquée de la dépendance de la normativité sur les rôles qu'occupent les agents, intéressante d'abord en ce qu'elle va au-delà des questions de capacité subjective des agents. Ainsi, on exige du soldat de conserver son sang-froid<sup>253</sup>, du médecin de diagnostiquer selon la procédure et les connaissances qu'on lui a transmises, de l'ami d'être loyal, etc.<sup>254</sup> :

« [F]or each soldier and for each person the relevant normative expectations, *including expectations of capacity itself*, vary not according to capacity but according to role. Someone who tries to excuse her betrayals of her friends in the face of threats or other pressures to betray has his excuses judged by the standards of loyalty applicable to friendship, and if she is incapable of such loyalty (or, in my plainer terms, if she is not loyal enough) then that only goes to show that she is unfit for friendship, unfit to call herself a friend. »<sup>255</sup>

---

<sup>251</sup> Pierre BÉLIVEAU et Martin VAUCLAIR, *Traité général de preuve et de procédure pénales*, 13<sup>e</sup> éd., Montréal, Les Éditions Thémis, 2006, p. 20-201; *R. c. Morris*, [1979] 1 R.C.S. 405.

<sup>252</sup> J. GARDNER, « The Gist of Excuses », reproduit dans *op. cit.*, note 5, p. 123-124.

<sup>253</sup> *Id.* p. 124.

<sup>254</sup> *Id.* p. 130.

<sup>255</sup> *Id.* p. 129.

[310] C'est précisément ne pas agir en conformité avec les exigences des divers rôles qu'un agent occupe qui constitue une violation de la norme. L'incapacité d'être à la hauteur des attentes, à cet égard, n'est donc pas une excuse, mais précisément comme nous l'avons dit plus haut « a mode of unfitness in its own rights. »<sup>256</sup>.

[311] Pour le professeur Gardner, une excuse consiste donc précisément à affirmer que les exigences d'un rôle ont été respectées. Pour le professeur Horder, c'est d'ailleurs ce « respect des exigences d'un rôle » qui a historiquement servi de justification à la défense de provocation, et qui ne peut maintenant plus servir de fondement :

« For early modern lawyers, those who successfully pleaded provocation were those who had been a little over-zealous in the spirited performance of a role ('manly' husband, man of honour, etc.). But [...] that understanding of provocation cases could only be sustained by making mitigation depend – as early modern lawyers made it depend – on the satisfaction of a significant justificatory element to the action itself, thus making the excuse predominantly normative. Once one accepts, as the modern law does, that there is no true justification for killing in anger, whatever the justification for the anger itself, that explanatory route is closed off. »<sup>257</sup>

[312] Mais il est difficile de voir quel rôle exactement occupe l'homme auquel s'appliquent les interdictions fondamentales du droit criminel, tel que l'interdiction de tuer, d'agresser, de voler, etc. Malgré l'appel du professeur Gardner au « rôle élémentaire de l'être rationnel », il est douteux que la nature rationnelle de l'être humain lui confère un « rôle ».

[313] Même si l'on accepte la proposition de Gardner à l'effet que l'homme occupe un rôle rationnel élémentaire, il est difficile de concilier le respect des exigences d'un rôle, quel qu'il soit, (ce qui offrirait selon le professeur Gardner l'accès à une excuse) et la commission d'un acte mauvais. Car c'est précisément lorsqu'un agent a *échoué* à l'égard de ses exigences qu'il présente une excuse, c'est-à-dire que pour que l'agent ait besoin d'une excuse, il doit déjà ne pas avoir respecté ses obligations. La distinction entre le respect des exigences normatives d'un rôle et la commission d'un acte mauvais crée un espace conceptuel à l'égard de laquelle le professeur Horder nous présente cette analyse éclairante :

« What is questionable is whether, when people seek excuse for wrongdoing, they can be said to be appealing for judgment solely in the light of the role expectations of a decent human being. This is for the simple reason that role-fulfilment is primarily about *succeeding*, in the right spirit, in the achievement of

---

<sup>256</sup> *Id.* p. 131. Cela exclut par contre les questions d'irresponsabilité, puisque présenter une excuse consiste au contraire, tel que nous l'avons vu, à affirmer sa responsabilité.

<sup>257</sup> J. HORDER, *op. cit.*, note 5, p. 115.

the goals constitutive of the role. It is not about the plausibility of the excuses one can give or failing to succeed.

[...]

[T]here is an asymmetry between doing, or trying to do, what is right, and avoiding, or trying to avoid, what is wrong. What we can think of as the primary or central case for the exercise of capacity and virtue, in one's role as a human being, is the effort to do what is right. When we simply try to avoid wrongdoing, however, we do no more than try to avoid violating the conditions in which we and others can securely and confidently set about right-doing in accordance with long-term as well as short-term plans, and so on. That remains true even when we find that, to avoid wrongdoing, we must draw on the virtues and capacities we have developed to date in our attempts at right-doing. »<sup>258</sup>

[314] Loin de justifier la présence d'une excuse, donc, les exigences normatives qui découlent d'un rôle expliquent plutôt pourquoi il y a en si peu, puisque c'est le non-respect de ces exigences qui constituent une faute. Mais si la théorie des exigences normatives ne peut pas offrir de socle aux excuses, le professeur Gardner ne nous propose pas de motifs pour accepter sa théorie de la culpabilité, mis à part son insatisfaction à l'égard de la théorie de la capacité.

[315] Un élément demeure toutefois très juste dans la conceptualisation du professeur Gardner : l'affirmation selon laquelle ne pas rencontrer les exigences normatives qui s'appliquent constitue une faute. Ce qui est spécifique toutefois au professeur Gardner est l'attribution d'une nature caractérielle à ces exigences normatives. En d'autres termes, d'affirmer que la faute est une faute de nature caractérielle. C'est donc précisément cette question vers laquelle nous devons maintenant nous tourner, car ce sont de diverses revendications à l'égard de la nature de la faute que relèvent les autres conceptualisations du droit criminel comme orienté-caractère. Nous serons alors en mesure de mieux saisir la nature d'une faute criminelle et en quoi elle exclut la possibilité d'une excuse partielle, et ainsi d'une conceptualisation de la provocation comme excuse partielle.

## **2.2.2 – Les théories identifiant les actes des agents comme étant les objets véritables du droit criminel**

[316] Pour que le droit criminel soit orienté acte, il faut que les éléments de faute que l'on punit puissent être adéquatement séparés du caractère de l'agent. Or, les auteurs qui adoptent une interprétation du droit criminel orienté caractère propose précisément que cela n'est pas

---

<sup>258</sup> *Id.*, p. 114 à 116. Voir aussi J. RAZ, *op. cit.*, note 99, chapitre 11.

possible. Ces éléments de faute sont au nombre de trois : l'intention, l'insouciance et la négligence. La définition traditionnelle est ainsi donnée par le professeur Glanville Williams :

« Intention is a state of mind consisting of knowledge of any requisite circumstances plus desire that any requisite result shall follow from one's conduct or else of foresight that the result will certainly follow. Recklessness is a state of mind, essentially negligent, where there is foresight that a certain result will probably or may possibly follow. Inadvertent negligence does not necessarily contain any element of foresight, and it is not a mental state, but is the condition of one who fails to behave in accordance with a proper standard of care. »<sup>259</sup>

[317] De ces éléments, la négligence et, dans une moindre mesure, l'insouciance seraient considérées comme insécables du caractère de l'agent. De quelle manière?

[318] Disons d'abord que les auteurs qui adoptent la position d'un droit criminel orienté caractère l'opposent à ce qu'ils considèrent la théorie alternative dominante, par exemple la théorie du *choix*<sup>260</sup>, selon laquelle nous ne serions responsables que des actes qui découlent d'un choix, ou la théorie de la *capacité*<sup>261</sup> ou « kantienne »<sup>262</sup>, selon laquelle les excuses du droit criminel reposeraient sur la négation de la capacité de l'agent à respecter la loi, voire même la théorie utilitariste<sup>263</sup>, selon laquelle il y aurait lieu d'excuser l'acte criminel lorsque la punition serait inefficace pour dissuader le criminel.

[319] Malgré quelques soubresauts<sup>264</sup>, on peut affirmer que le professeur Hart a porté un coup fatal à la théorie benthamienne des excuses lorsqu'il a argumenté à l'effet que sa conclusion (la *punition* de ceux que le droit criminel excuse est inefficace pour réduire *généralement* le crime (dissuasion générale)) ne pouvait se déduire de son argument (la *menace* de punition du droit criminel est inefficace *envers ceux* qu'il excuse (dissuasion spécifique)).<sup>265</sup> La théorie des exigences normatives du professeur Gardner a quant à elle été abordée dans la sous-section précédente, de pair avec la réponse du professeur Horder à laquelle nous adhérons, selon laquelle cette théorie n'aurait pas d'utilité pour *expliquer* la présence d'une excuse, mais pour *soutenir* l'existence d'*obligations*.

---

<sup>259</sup> Glanville WILLIAMS, *The Mental Element in Crime*, cité dans Sir Rupert CROSS, « The Mental Element in Crime », (1967) 83 *The Law Quarterly Review* 215, 219.

<sup>260</sup> R.A. DUFF, *loc.cit.*, note 147.

<sup>261</sup> V. TADROS, *loc.cit.*, note 5.

<sup>262</sup> M.D. BAYLES, *loc.cit.*, note 145, 6. Le professeur Gardner conteste que cette théorie soit cohérente avec les écrits de Kant : J. GARDNER, « The Gist of Excuses », reproduit dans *op. cit.*, note 5, p. 128.

<sup>263</sup> Qui n'est toutefois pas considérée comme dominante : M.D. BAYLES, *loc.cit.*, note 145, 6.

<sup>264</sup> Voir, par exemple : Donald A. DRIPPS, « Rehabilitating Bentham's Theory of Excuses », (2009-2010) 42 *Texas Tech Law Review* 383.

<sup>265</sup> H.L.A. HART, *op. cit.*, note 5, p. 19 et 40 à 43.

[320] Les deux autres théories (le choix, la capacité ou sa version dite 'kantienne') n'ont pas à être attribuées spécifiquement à des auteurs; elles sont plutôt des arguments de nature générale d'une cohérence certaine pour exclure ou soutenir la responsabilité spécifique d'un agent précis, et servent à des interprétations particulières de divers éléments pertinents à la responsabilité pénale, tant concernant les excuses que des éléments de faute.

[321] Lorsque vient le temps de déterminer la culpabilité d'un agent concernant un acte précis, les théories du choix et de la capacité s'entrecoupent. Il est possible, par exemple, d'affirmer que l'agent en état de contrainte, de nécessité ou de légitime défense n'avait pas le *choix* de violer la loi, que l'agent qui commet un acte intentionnel ou insouciant *choisit* de violer la loi, que l'agent aliéné perd sa capacité de choisir. En matière de capacité, la vieille expression « capacité criminelle »<sup>266</sup> permettait d'exclure, par le biais de l'acte volontaire qui en formait la charpente<sup>267</sup>, tant les personnes atteintes de troubles mentaux que les mineurs, les actes commis par accident et ceux sous contrainte ou nécessité.<sup>268</sup> Les deux théories ne s'appuient pas nécessairement sur des auteurs différents : pour Hart, par exemple, le droit criminel est essentiellement un « système de *choix* » ('*choosing system*') qui doit offrir aux citoyens de 'justes' ('*fair*') opportunités de respecter la loi<sup>269</sup>, et interprète parallèlement la négligence comme faisant partie de la *mens rea* puisqu'elle relève de l'inutilisation d'une *capacité*<sup>270</sup>.

[322] Les tenants d'un droit criminel orienté caractère oppose donc leur théorie à leur interprétation de la théorie dominante, mais à ce titre, la théorie du choix est un candidat plus opportun, puisque par certains de ses aspects (par exemple l'irresponsabilité pour troubles mentaux), la capacité semble effectivement relever du caractère de l'agent, et si elle s'oppose à une orientation caractère, c'est surtout en ce qu'elle serait de la nature d'une éthique déontologique tel que l'entendait Kant.<sup>271</sup>

---

<sup>266</sup> « Of the Persons Capable of committing Crimes » : H. PARENT, *op. cit.*, note 158, p. 1 et 16-17.

<sup>267</sup> Discutant de la capacité criminelle, Sir William Blackstone en assignait à l'acte volontaire le cœur conceptuel : « All the several pleas and excuses, which protect the committer of a forbidden act from the punishment which is otherwise annexed thereto, may be reduced to this single consideration, the want or defect of *will*. » : W. BLACKSTONE, *op. cit.*, note 167, p. 20.

<sup>268</sup> *Id.*, p. 21.

<sup>269</sup> « The second point of view is that of society concerned not as harmed by the crime but as *offering* individuals including the criminal law the protection of the laws on terms which are fair, because they not only consist of a framework of reciprocal rights and duties, but because within this framework each individual is given a *fair* opportunity to choose between keeping the law required for society's protection or paying the penalty. » : H.L.A. HART, *op. cit.*, note 5, p. 22.

<sup>270</sup> « [...] '*mens rea*' [...] include the capacities and powers of normal persons to think about and control their conduct: I would therefore certainly follow Stephen and others and include negligence in '*mens rea*' because [...] it is essentially a failure to exercise such capacities. » : *Id.*, p. 140.

<sup>271</sup> M.D. BAYLES, *loc.cit.*, note 145, 6-7.

[323] En quoi la théorie du choix serait-elle indicatrice d'une culpabilité déterminée par des normes de caractère? L'argument, d'une part, est à l'effet que l'usage d'un choix serait la manifestation d'un caractère. D'autre part, les actes coupables ne relèveraient même pas tous d'un « choix » : certains seraient des manifestations directes d'un caractère, sans même que le processus du choix intervienne.

[324] Il faut d'abord remarquer que l'acte de choisir, au sens le plus fort du terme, renvoie à l'aboutissement d'un processus conscient de délibération, mais il n'est pas possible d'attribuer ce sens au choix nécessaire à l'établissement de la culpabilité, puisque celle-ci ne nécessite pas de délibération. Entendu en un sens moins fort, le choix renvoie à n'importe quel acte posé en connaissance de cause. Mais si l'on restreint la culpabilité à un tel choix, il faut accepter, avec les subjectivistes, que la culpabilité exclut la qualification de 'faute' de la négligence, puisqu'il n'est pas possible de choisir entre des éléments inconnus. Ainsi, le professeur Duff conteste :

« While some theorists accept this implication, however, and others portray negligence liability as a pragmatic exception to the general principle that liability requires fault, we could define negligence as a lesser species of fault: we could say that an agent was negligent if she should have taken care, and would have taken care had she chosen to do so; by portraying it, that is, as a failure to make a choice which she should have made. »<sup>272</sup>

[325] À ce titre, si l'on étend le sens de choisir à celui de l'échec de faire le choix approprié, on étend effectivement le sens de choix pour le marier à celui de la faute. Il n'est alors plus en mesure d'offrir un fondement au concept de faute. La faute ne dépendant plus de la présence d'un choix, elle dépendrait de l'inadéquation d'un caractère.

[326] L'argument ne se restreint pas à la faute de négligence. Si la négligence est caractérisée par une absence d'état mental spécifique, certaines descriptions de l'insouciance sont de nature similaire et refuse que l'insouciance soit la manifestation d'une pensée consciente. Le professeur Duff, par exemple, défend de manière assez convaincante une interprétation de l'insouciance comme de la manifestation d'une « indifférence pratique » de l'agent ne nécessitant pas nécessairement la « conscience actuelle de l'agent ». Cette indifférence se perçoit plutôt par l'intentionnalité que démontre une action. L'exemple suivant peut servir d'entrée en matière:

« A bridegroom has missed his wedding; he explains to his (ex-)bride that he was in the pub with his friends at the time, and that the wedding just slipped his mind. On the orthodox subjectivist account that explanation should reduce the

---

<sup>272</sup> R.A. DUFF, « Choice, Character, and Criminal Liability » (1993) 12 *Law and Philosophy* 345, 349. Voir également R.A. DUFF, *op. cit.*, note 55, p. 155.

moral charge against him to one of mere negligence or forgetfulness; his fault is categorically less serious than it would have been had he realized that he was missing his wedding. But his bride would surely (and rightly) be unimpressed by this story: for to forget his wedding (and there was no sudden emergency which might have made even a 'reasonable man' forget his wedding) itself manifests an utter lack of concern for his bride and their marriage. Had he cared at all for her, he *could* not have forgotten their wedding. The fact that he forgot it shows that he did not care; and that lack of concern, as manifested in his conduct, is the fault for which she rightly condemns him.

This shows how I can be indifferent to what I do not notice. What I notice or attend to reflects what I care about; and my very failure to notice something can display my utter indifference to it. »<sup>273</sup>

[327] Mentionnons que le professeur Duff ne défend pas une approche objective de la faute d'insouciance, au sens où celle-ci doit refléter une insouciance *actuelle* chez l'agent, c'est-à-dire une *attitude réelle*. Ce qu'il conteste est l'exigence qu'une telle insouciance soit *consciente*. Il appuie son analyse subjective<sup>274</sup> sur la notion de connaissance latente, maintenant familière à n'importe quel philosophe de l'action :

« The occurrence of some thought such as 'this might kill someone' is neither a necessary nor a sufficient condition of realizing that I am creating a risk of death. It is not sufficient, since it could be just an idle thought, not one that manifests knowledge or awareness. It is not necessary, since my awareness of the likely effects of my actions is a matter, not of what happens in the hidden reaches of my mind, but of the manifest pattern of my actions and reactions.

To clarify this point, we should distinguish *latent* from *actual* knowledge: knowledge which is 'stored in the brain and available if called on' from 'knowledge which is actually present because it has been called on' [...] »<sup>275</sup>

[328] Au lieu de se demander, donc, ce que l'agent a effectivement pensé, on doit alors interpréter ses *actes*, pour saisir s'ils dénotent une insouciance ou une réelle ignorance, auquel cas on est en présence d'une faute de négligence, et non d'insouciance. Le professeur Duff donne ensuite l'exemple d'un marin, M. Faulkner, qui, ayant entré dans la pièce où étaient entreposés les spiritueux, et pour y voir plus clair, y a allumé une allumette, ce qui a déclenché un feu dans lequel le navire a péri. La dangerosité de l'acte pour sa propre vie est significative quant au fait qu'il n'était pas insouciant :

---

<sup>273</sup> *Id.*, p. 163.

<sup>274</sup> Le professeur Duff défend le caractère subjectif de son approche ainsi : « Criminal liability is 'subjective' in so far as it depends on the 'subjective' character of the defendant's conduct; on, for instance, what she intended to do or believed that she was doing: it is 'objective' in so far as it depends either on what actually happened (as distinct from what she intended or believed), or on independent standards of 'reasonableness'. » : *Id.*, p. 141.

<sup>275</sup> *Id.*, p. 159.

« Mr. Faulkner entered the spirit room of his ship to steal some rum; lighting a match to see what he was doing, he accidentally started a fire which destroyed the ship. Given the inflammable nature of the liquor, the risk of fire would have been obvious both to an ordinary prudent individual and to Mr Faulkner himself, had he given any thought to the matter. But if he was so intent on his theft that he did not notice that risk, he did not create that risk recklessly: he was grossly negligent, but his failure to notice the risk did not itself manifest a culpably reckless indifference to the harm which he risked causing (the fact that the fire endangered his own life is relevant; it helps us to suppose that he was not indifferent to the risk which he created. »<sup>276</sup>

[329] Pour le professeur Duff, accepter cette interprétation de la *mens rea* d'insouciance signifie faire reposer la culpabilité de l'agent sur son caractère, puisque cela signifie punir une attitude : « But to talk of an agent's attitudes or concerns, of her (lack of) commitment to certain values, is precisely to talk of aspects of her character. »<sup>277</sup> Il explique ainsi ce que constitue le caractère moral d'une personne :

« The moral character of a person's actions [...] depends not primarily upon what she "chooses" to do, but upon the motives, concerns, and values which inform her action, on the structures of attitude and feeling from which action and choice flow – on, that is, the character which her actions manifest. »<sup>278</sup>

[330] Remarquons maintenant qu'il n'est pas nécessaire d'adopter une telle interprétation de l'insouciance pour être d'opinion que les exigences de *mens rea* sont reliées au caractère de l'agent. Le professeur Bayles disait ainsi :

« [E]ach of these distinctions [intention, recklessness and negligence] indicates something about an actor's character which is plausibly the reason for distinguishing them. They each indicate something about an actor's attitude toward the occurrence of a harm. A person who acts purposely desires or wants a harm to occur. A person who acts knowingly displays a less undesirable attitude towards a harm, because although he does not care whether it occurs, he does not desire its occurrence. [...] Considering negligence only strengthens this analysis. [...] As the actor is unaware of the harm, the act does not indicate as undesirable a trait as the other mental states. Moreover, on the basis of one careless act, the inference to a careless attitude is less valid. »<sup>279</sup>

[331] Mais même si l'on admettait tant les analyses du professeur Duff que les commentaires du professeur Bayles, il est difficile de voir pourquoi il faudrait conclure qu'un droit criminel orienté acte ne devrait pas s'appuyer sur des fautes inférant des jugements moraux. Quelques remarques s'imposent.

---

<sup>276</sup> *Id.*, p. 164, 165.

<sup>277</sup> R. A. DUFF, *loc.cit.*, note 147, 361.

<sup>278</sup> *Id.*, 362.

<sup>279</sup> M.D. BAYLES, *loc.cit.*, note 145, 9 à 11.

[332] La culpabilité criminelle repose sur la responsabilité élémentaire de l'agent. Nous avons indiqué dans la première section de ce chapitre que la responsabilité élémentaire d'un agent reposait sur sa rationalité. Or, si l'on veut que la culpabilité repose sur la responsabilité<sup>280</sup>, il faut également qu'elle repose sur l'usage de cette rationalité, c'est-à-dire sur l'usage par l'agent de ses facultés rationnelles, sur l'usage de sa faculté d'orienter sa conduite d'une manière intentionnelle. C'est pour cette raison que l'acte involontaire (au sens de l'absence de volition) ne *peut* pas être fautif, puisqu'il n'est pas l'usage de cette faculté.

[333] Par ailleurs, comme nous l'avons dit à plusieurs reprises, le droit criminel est un système normatif moral, ce qui signifie qu'il punit des fautes morales. Pour qu'une faute soit telle, il faut que l'usage de la rationalité qu'elle condamne soit un usage moral, qui contient une évaluation de valeurs. C'est l'exigence de cette évaluation de valeurs qui explique que la plupart des fautes criminelles nécessitent la connaissance, élément nécessaire à une faute intentionnelle ou d'insouciance.

[334] L'intention, d'abord, implique une pondération morale, puisque l'agent a à l'esprit les éléments pertinents à l'évaluation morale. Que l'intention soit directe ou oblique possède à cet égard la même signification : en présence des éléments pertinents, l'agent n'a pas jugé bon de respecter la raison pour ne pas agir que constitue le droit criminel.

[335] Il en est de même de l'insouciance, qu'elle soit consciente tel que le veut la doctrine majoritaire ou qu'elle soit une indifférence pratique subjective, tel que le veut le professeur Duff. En effet, la connaissance (soit *actuelle* pour la doctrine majoritaire soit *latente* pour le professeur Duff) implique une évaluation morale faite au détriment de la raison pour ne pas agir.

[336] La question de la négligence est plus compliquée, et relève des particularités de chaque infraction. Postulons d'abord que l'agent connaît la loi; le défaut de cette connaissance pose des problèmes de *rule of law* dont l'étude n'est pas celle précise de la culpabilité et n'est pas notre objet.<sup>281</sup> Si l'agent ne respecte pas une injonction du droit criminel de manière négligente, sans en avoir conscience, alors même qu'il avait les capacités intellectuelles pour apprécier la

---

<sup>280</sup> Il existe des systèmes d'obligations où l'assujettissement ne repose pas sur la responsabilité élémentaire de l'agent, par exemple les impôts.

<sup>281</sup> Mais si un acte criminel n'était pas assez connu ou insuffisamment précis pour diriger l'action constituerait un problème de *rule of law* qui remettrait en cause la possibilité de la culpabilité de l'agent : voir J. GARDNER, *op. cit.*, note 5, p. 239.

situation, cette inconscience constitue une faute épistémologique.<sup>282</sup> Une faute épistémologique est une faute d'appréciation des faits objectifs, un usage fautif de la rationalité.

[337] La faute morale relève de l'évaluation fautive des valeurs morales à appliquer. La faute épistémologique relève plutôt d'une erreur rationnelle, d'une faute dans l'appréciation des faits. Il est très important pour la caractérisation de la faute de négligence que l'agent *n'est pas eu* à l'esprit les divers éléments factuels permettant l'évaluation adéquate de la situation, puisqu'en un tel cas, la faute eût été d'insouciance.

[338] Prenons par exemple le conducteur d'une voiture qui roule à haute vitesse tout en sachant que ses freins sont en mauvais état. S'il connaît sa vitesse, le danger de la situation est évident, et il commet une faute d'insouciance, puisqu'il connaît toutes les circonstances rendant l'acte dangereux mais la dangerosité de la situation ne lui apparaît pas comme une raison de ralentir. Cette faute est de nature morale.

[339] Si il ne sait pas que les freins sont en mauvais état de fonctionnement, mais qu'il aurait dû le savoir (la lumière des freins est allumée par exemple), et que de surcroît il ne s'aperçoit pas (bien qu'il devrait) qu'il circule à aussi haute vitesse (son odomètre est défectueux par exemple), il commet sans doute des fautes épistémologiques, au sens où il devrait s'apercevoir que ses freins et son odomètre sont défectueux.

[340] Les fautes épistémologiques n'ont pas toujours un aspect moral, c'est-à-dire qu'elles n'impliquent pas toujours une évaluation fautive de l'importance respective de diverses valeurs et de leur application. Dans tous les cas, il est certain qu'elles n'impliquent pas toujours une évaluation fautive des valeurs *protégées par le droit criminel*.

[341] Pour qu'une faute épistémologique soit également criminelle, il faut la présence d'éléments particuliers. Par exemple, on attribue à un agent la culpabilité pour des conséquences non prévues par l'agent lorsque celles-ci sont objectivement prévisibles, par exemple dans le cas de voies de fait ou d'agression sexuelle causant des lésions corporelles<sup>283</sup>. À l'égard des conséquences, l'agent commet une faute épistémologique, qui constitue une faute de simple négligence. Mais celle-ci est d'une gravité criminelle puisqu'elle constitue une faute morale à

---

<sup>282</sup> Voir, sur le caractère normatif de l'épistémologie – donc de la possibilité d'une faute épistémologique – l'entrée du *Stanford Encyclopedia of Philosophy* : John GRECO et John TURRI, « Virtue Epistemology », *The Stanford Encyclopedia of Philosophy (Winter 2011 Edition)*, Edward N. Zalta (ed.), URL = <<http://plato.stanford.edu/archives/win2011/entries/epistemology-virtue/>>.

<sup>283</sup> Art. 267 b) C.cr.; la Cour supérieure est d'avis contraire concernant les voies de fait causant des lésions corporelles : *R. c. Bergeron*, [1995] A.Q no 1806 (C.S.), mais la Cour suprême impose le prévisibilité objective concernant les voies de fait graves : *R. c. Godin*, [1994] 2 R.C.S. 484; art. 272 (1) c) C.cr.; *R. c. Welch*, (1995) 43 C.R. (4th) 225, 101 C.C.C. (3d) 216 (C.A. Ont.).

l'égard des valeurs protégées par le droit criminel. Cette faute morale s'appuie sur des éléments dont l'agent avait conscience : il commettait des voies de fait ou une agression sexuelle de manière intentionnelle. Si l'agent a commis une faute épistémologique sans que celle-ci soit attribuable à un problème mental (qui remettrait en cause sa responsabilité à l'égard de l'appréciation des risques), c'est en raison d'une indifférence à l'égard des risques.

[342] Mais en réalité, ce n'est pas précisément ce type d'inférence que la culpabilité effective, puisqu'en réalité, elle ne tire même pas d'inférence. Elle condamne cette faute épistémologique parce que celle-ci implique une évaluation des valeurs interdites.

[343] Il est exceptionnel qu'une faute de négligence – qu'une faute épistémologique – implique une évaluation des valeurs interdites. Mais lorsque c'est le cas, cela s'appuie toujours sur des connaissances précises que l'agent a. Ainsi, en matière de conduite dangereuse, l'agent conduit intentionnellement, la manière dont il conduit est également intentionnelle, et s'il ne sait pas qu'elle est dangereuse, il sait qu'il ne doit pas conduire dangereusement, et il a la capacité d'apprécier les risques relatifs à sa conduite (puisque c'est la condition de sa responsabilité). Une faute épistémologique à l'égard de la conduite dangereuse implique une évaluation morale quant à l'importance de conduire de manière sécuritaire.

[344] Il en est de même en matière d'agression sexuelle simple. La *Law Commission for England and Wales* proposait en 1993<sup>284</sup> l'élimination du critère objectif dans plusieurs défenses, comme celle de la légitime défense et dans les cas de nécessité, mais proposa de le conserver dans les cas d'erreur sur le consentement. Son motif était qu'il existait un « special duty of care to ensure that a potential sexual partner is consenting ». Ce devoir spécial explique les exigences de prendre les moyens raisonnables pour s'assurer du consentement prévus au Code criminel.<sup>285</sup>

[345] C'est dans ce contexte que la simple négligence quant au consentement d'un partenaire n'est pas une faute épistémologique ordinaire, mais implique une pondération morale insuffisante quant à l'importance de ce consentement. Pour que l'agent ait l'obligation de prendre des moyens raisonnables pour s'assurer du consentement, encore faut-il que des éléments de faits soient présents, et perçus, et qui indiquent la nécessité de prendre ces moyens supplémentaires.

---

<sup>284</sup> LAW COMMISSION (ENGLAND AND WALES), *Legislating the Criminal Code : Offences Against the Person and General Principles*, Law Commission Consultation Paper No 218, Cm 2370, London, Law Commission, 1993.

<sup>285</sup> Art. 273.2 b) C.cr. : l'article précise « il n'a pas pris les moyens raisonnables, dans les circonstances dont il avait alors connaissance, pour s'assurer du consentement. » .

[346] Mentionnons enfin que toute erreur n'est pas une faute épistémologique, mais que toute faute épistémologique est une erreur.

[347] Cette analyse des choix de valeur implique-t-elle, comme le jugent les professeurs Duff et Bayles, que ce soit le caractère moral de l'agent qui soit l'objet du jugement moral? Nullement. Nous avons dit au premier chapitre que la nature du droit criminel est d'imposer, par la voie de la criminalisation, une raison pour ne pas agir, pour ne pas poser certains actes. Nous avons également dit que la nature de l'autorité du droit est d'effectuer une pondération des raisons *ante facto* à l'action, et qu'elle interdisait le débat en tranchant la question de la pondération des raisons pour agir et ne pas agir.

[348] Un tel système de normes, qui constituent des raisons pour ne pas agir, ne saurait être violé que par la *violation de ces raisons pour ne pas agir*. En conséquence, il faut que la faute – l'intention, l'insouciance ou la négligence – constitue un choix moral *autre* que celui que la criminalisation avait imposé. Nul besoin d'enquêter le caractère moral plus profond de l'agent.

[349] D'ailleurs, si une telle analyse morale de l'agent tentait d'être effectuée à partir de l'intention, de l'insouciance ou de la négligence, elle serait, à tout le moins, hautement hasardeuse. Non seulement une seule intention, insouciance ou négligence offre très peu à l'analyse du caractère moral de l'agent, mais d'autres éléments beaucoup plus importants à cette analyse, tel que le mobile, la raison pour laquelle l'acte a été posé, les inquiétudes, regrets et hésitations de l'agent sont purement et simplement ignorés.<sup>286</sup> L'analyse est restreinte à la question de savoir si l'acte implique une pondération fautive de valeurs, ce qui est logique si le droit criminel interdit des actes en effectuant *ante facto* la pondération exigée.

[350] Avant d'aborder la question des excuses, mentionnons en dernier lieu que les auteurs qui appuient une approche orientée caractère du droit criminel soutiennent souvent que l'intérêt du caractère de l'agent lors de la détermination de la peine est un signe supplémentaire de son intérêt véritable. Ainsi, le droit criminel punit des traits de caractère « [...] because it corrects their character trait or prevents the development or expression of similar character traits of others »<sup>287</sup> et il est de ce fait logique que la détermination de la peine prenne en compte ce caractère.

[351] Selon nous, que la détermination de la peine porte un certain intérêt pour le caractère des agents peut parfaitement se comprendre dans le cadre d'un droit criminel orienté acte. Car si le droit criminel interdit des actes, un des motifs pour ce faire est d'en réduire, de diverses

---

<sup>286</sup> R. A. DUFF, *loc.cit.*, note 147, 362.

<sup>287</sup> M. D. BAYLES, *loc.cit.*, note 145, 18.

façons, la survenance<sup>288</sup>. Ainsi, les objectifs de dissuasion générale et spécifique et de protection de la société<sup>289</sup>, mais également ceux de réhabilitation<sup>290</sup>, se comprennent dans cet objectif de réduction du crime.

[352] Or, il est illusoire de croire que ces objectifs puissent être poursuivis efficacement sans tenir compte d'abord et avant tout du caractère du délinquant. Ce n'est pas exclusivement à partir des actes criminels posés qu'il sera possible de déterminer les chances de succès de mesures de réhabilitation ou au contraire de la nécessité de mesures d'isolement, c'est du caractère de l'agent. De même, la nécessité de prioriser la dissuasion personnelle ne peut se conclure qu'à partir de l'historique criminel de l'agent et du rapport qu'il entretient avec son acte. Bref, le caractère de l'agent possède, à l'égard de ces objectifs, une nature purement utilitaire.

[353] Quant au principe fondamental de la détermination de la peine, il dicte que celle-ci doit être « proportionnelle à la gravité de l'infraction et au degré de responsabilité du délinquant. »<sup>291</sup>. La gravité de l'infraction ne concerne pas le caractère de l'agent, mais bien la matérialité des actes, l'expérience vécue par la victime, la gravité objective de l'objet du droit criminel. De celle-ci s'érige des garde-fous de peines maximales et minimales, dont la sortie permettra l'intervention de la Cour d'appel.

[354] Le critère du degré de responsabilité du délinquant, qui constitue la mesure de sa culpabilité, est la caractéristique qui se rapproche le plus d'un droit criminel orienté caractère, puisqu'elle s'établit à partir du rapport que l'agent entretient avec son propre acte, donc à partir, en quelque sorte, de son caractère moral. Mais n'importe quel système normatif, qu'il ait pour objet les actes, les émotions ou le caractère, s'adressera toujours à des agents, en leur dictant des normes ou en les punissant. Que l'on parle d'acte ou de caractère, on parle toujours de l'acte ou du caractère *d'un* agent, même si quant à ce dernier rapport, il est plus aisé de l'imaginer comme un rapport d'*identité*. Il n'y a pas de raison, simplement parce que le droit criminel a pour objet des actes et non des caractères, qu'il fasse abstraction de cette réalité et qu'il tente de déterminer dans quelle mesure l'agent est coupable de l'acte reproché.

---

<sup>288</sup> C'est d'ailleurs l'objectif proposé par le Code criminel : « Le prononcé des peines a pour objectif essentiel de contribuer, parallèlement à d'autres initiatives de prévention du crime, au respect de la loi et au maintien d'une société juste, paisible et sûre par l'infliction de sanctions justes [...] » : art. 718 C.cr.

<sup>289</sup> Art. 718 b) et c) C.cr.

<sup>290</sup> Art. 718 d) et f) C.cr.

<sup>291</sup> Art. 718.1 C.cr.

[355] Ajoutons enfin un dernier argument. Il n'est pas rare aujourd'hui d'entendre que le droit criminel s'intéresse bien peu aux victimes, celles-ci n'étant, comme la critique le dénonce, qu'un moyen de preuve pour condamner le criminel. Si il fallait un jour que le droit criminel s'oriente davantage vers le caractère des agents, comme objet privilégié de l'analyse et d'intervention, ce serait un pas de plus dans cette direction. Car, parmi les caractéristiques du système de justice actuel, l'orientation des projecteurs vers les actes posés est de celles qui donnent de l'importance à l'expérience de la victime, objet véritable de la punition.

### **Section 2.3 – Le caractère auxiliaire de l'excuse à l'accusation**

[356] Plusieurs auteurs sont à la recherche d'une théorie unifiée des excuses.<sup>292</sup> Évidemment, la plus ou moins grande cohérence de leur résultat dépend de ce qu'ils incluent dans la catégorie des excuses. Nous avons soutenu, dans la première section de ce chapitre, que l'aliénation mentale, la minorité et l'incapacité à subir son procès pour cause de troubles mentaux n'étaient pas, à proprement parler, des excuses, mais des négations de la responsabilité élémentaire. De même, l'incapacité à apprécier les conséquences de ses gestes constituent une négation partielle de la responsabilité élémentaire impliquant une incapacité pénale en matière de crimes de négligence.

[357] Nous avons également tenté d'exclure les défenses de justification dans le premier chapitre, parmi lesquels nous avons inclus la défense de contrainte, puisque, bien que l'on hésite à lui apposer le sceau de la justification en raison de l'influence normative de ce sceau, elle relève de la même structure de reconnaissance des raisons pour agir que les justifications. Nous laissons de côté les défenses d'intoxication volontaire et involontaire, qui soulèvent des problèmes moraux *sui generis* et hybrides dont l'ampleur et la complexité nous incitent à remettre à plus tard tout commentaire à ce sujet.

[358] Qu'est-ce alors qu'une excuse, en définitive? Si le droit criminel est bel et bien orienté vers les actes, et plus précisément vers les actes fautifs, les excuses acceptées seront celles qui nient la présence d'une faute.

[359] On peut mettre en parallèle les justifications et les excuses comme deux concepts ontologiquement différents. Les justifications ont une *origine* commune : elles sont des raisons pour agir. Les excuses ont quant à elles un *effet* commun : nier la présence d'une faute.

[360] Il existe une multitude de voies pour nier la présence d'une faute, d'une part parce qu'il existe une multitude de fautes, et d'autre part parce que cette négation peut relever de diverses origines.

[361] On peut la nier directement, en niant par exemple le caractère volontaire ou insouciant d'une action. On peut *justifier* l'absence d'intention ou d'insouciance, en invoquant l'intoxication ou l'automatisme. On peut invoquer l'erreur, on peut *justifier* l'erreur. Dans tous les cas, on nie

---

<sup>292</sup> P. WESTEN, *loc.cit.*, note 5. Voir aussi : Paul H. ROBINSON, « A System of Excuses : How Criminal Law's Excuse Defenses Do, And Don't, Work Together to Exculpate Blameless (and Only Blameless) Offenders », (2009-2010) 42 *Texas Tech Law Review* 259.

qu'il y ait eu faute, et on présente par conséquent une excuse à la commission des actes matériellement interdits.

[362] Rappelons que cette approche est celle d'un des deux sens communs de l'excuse, présentés dans l'introduction de ce chapitre. L'autre était l'adéquation de l'acte avec l'agent, ce critère qui se confond avec le pardon, qui ne constitue une 'excuse' qu'en ce qu'elle réduit les conséquences normatives adverses sans nier la culpabilité. À ce titre, elle se confond avec le pardon ou la *mesure* de la culpabilité de l'agent.

[363] Mais le pardon exige la faute préalable, et donc les excuses de ce type exigent *déjà* la présence d'une faute. Non pas qu'il soit impossible qu'une telle raison de pardon ne suffise un jour en droit criminel à reconnaître une défense; la kleptomanie, par exemple, serait un bon candidat à ce titre, mais la défense se justifierait à ce moment-là non par la présence d'une excuse, mais par la poursuite des objectifs généraux du droit criminel, qui peut dicter une solution *sui generis* à un problème comportemental auquel la solution punitive ne semble pas convenir.

[364] Une excuse est donc la négation de la commission d'une faute, après la commission d'un acte matériel sujet à l'application d'une norme. À cet égard, les excuses dépendent intimement des accusations, puisque c'est par celles-ci que se précise la faute dont l'agent est accusé.

[365] Un bon exemple de cette dépendance est l'affirmation du professeur Hart, selon lequel le fait de n'avoir pas commis un acte intentionnel n'est généralement pas une excuse : « 'I didn't mean to do it: I just didn't think.' 'But you should have thought.' ». Pour le professeur Hart, ce genre d'assertion ne constitue pas des excuses, mais des facteurs atténuants.<sup>293</sup> Les excuses de ce genre sont pourtant nombreuses : « je n'ai pas fait par exprès », « j'ai oublié », « je ne savais pas », « je croyais que [...] », « je faisais pourtant attention », « je n'ai pas fait ça pour cette raison », « avoir su, je n'aurais jamais [...] ».

[366] Ces excuses sont toutes des excuses potentielles, *selon* l'accusation formulée. Si l'accusation en est une d'acte intentionnel, toute négation de cette intention est une excuse, qu'elle s'appuie sur une erreur, sur un réflexe ou sur toute connaissance qui rendait l'acte intentionnel.

[367] Il en est de même d'une accusation d'insouciance ou de négligence. « Je n'ai pas fait exprès, je n'ai pas pensé » est une excuse à une accusation d'acte intentionnel, mais non à une

---

<sup>293</sup> H.L.A. HART, *op. cit.*, note 5, p. 136.

accusation de négligence. « Je faisais pourtant attention » est au contraire une excuse à une accusation de négligence.

[368] Dans quel sens ces excuses peuvent-elles être partielles? Concernant les justifications et les excuses, le professeur Husak affirmait qu'elles étaient de la nature de circonstances atténuantes.<sup>294</sup> Il nous offre ensuite l'analyse suivante, qui a l'avantage de mettre en évidence ce qui peut être confondu :

« On what possible grounds could anyone doubt that there are circumstances that render an act less wrongful, or an agent less blameworthy, than it or he would have been in the absence of those circumstances – unless those circumstances preclude liability altogether? Why suppose that the only circumstances that can reduce wrongfulness or blame must negate them? Surely wrongfulness and blame admit of degrees – they are not « all-or-nothing » concepts – and may be present in greater or lesser amounts. As a matter of ordinary language, Austin would have been quite surprised to learn that there might be any dispute about the existence of partial justifications or excuse. »<sup>295</sup>

[369] Notons que la confusion règne souvent, et depuis longtemps, en doctrine. À preuve, ce passage des criminalistes Chauveau et Faustin, datant de près de deux siècles :

« La criminalité des auteurs d'une action punissable peut se modifier d'après leur position personnelle, et d'après les circonstances qui ont accompagné cette action.

Cette criminalité s'affaiblit si la vie de l'accusé est restée pure jusqu'à son crime, s'il a été poussé à le commettre par les angoisses de la misère ou le délire de la passion, si son repentir et ses larmes l'ont expié déjà; cette atténuation prend un caractère plus grave, si l'agent a été provoqué par l'outrage, si la faiblesse de son âge lui voilait l'immoralité de son action, si une ivresse involontaire troublait sa raison; enfin, la criminalité s'efface entièrement s'il n'a fait qu'user du droit de légitime défense ou se conformer à l'ordre d'un supérieur, s'il était subjugué par une irrésistible contrainte, ou dominé par les égarements de la démence. »<sup>296</sup>

[370] Il convient de répondre. D'abord, il est vrai que les actes peuvent être moins *graves* que ce qu'ils eussent pu être, ou même moins graves que ce que formule l'accusation. Ces questions concernent l'*actus reus*, et il est possible que celui-ci soit nié par l'apport d'informations supplémentaires – par exemple, le propriétaire du bien l'avait donné à l'accusé avant de mourir, et aucun vol n'est donc commis. Mais le fait pour un acte d'être moins *grave*

---

<sup>294</sup> « Although all partial justifications and excuses are mitigating circumstances, not all mitigating circumstances are partial justifications or excuses. » : Douglas N. HUSAK, « Partial Defenses », (1998) 11 *Can. J.L. & Juris.* 167, para. 5.

<sup>295</sup> D.N. HUSAK, *loc.cit.*, note 31, para. 13.

<sup>296</sup> Adolphe CHAUXEAU et Hélie FAUSTIN, *Théorie du Code Pénal*, 2<sup>e</sup> ed., Tome 1<sup>er</sup>, Paris, Édouard Legrand, 1845, p. 488-89.

ne le rend pas moins *mauvais*, puisque le caractère mauvais de l'acte est la raison pour ne pas agir qui détermine sa criminalisation, et que le droit criminel refuse précisément les raisons pour agir qui ne constituent pas des justifications.

[371] Ces raisons pour agir peuvent servir à l'étape de la mesure de la culpabilité. Mais encore là, c'est encore parce que le crime est commis et qu'il est coupable que l'on peut mesurer l'ampleur de cette culpabilité.

[372] Enfin, l'agent peut-il être moins coupable? En deux sens, il peut être moins coupable : il peut être moins coupable parce qu'il a commis une faute moins grave, ou parce que le rapport qui l'unit à la faute est un rapport moins identitaire. S'il est moins coupable dans le second sens, nous avons déjà mentionné que la question n'a de pertinence qu'en matière de détermination de la peine, puisqu'elle implique déjà la présence d'une faute. La question est de savoir s'il a commis une faute moins grave (par exemple de négligence ou d'insouciance au lieu d'une faute intentionnelle) offre une excuse partielle. À cet égard, le professeur Husak proposait :

« Complete justifications and excuses, no less than partial justifications and excuses, need not negate or preclude wrongfulness or blame altogether, but must only reduce them below the critical threshold at which criminal liability becomes appropriate. »<sup>297</sup>

[373] Or, si l'agent réduit sa culpabilité en deçà du niveau exigé par l'accusation, il n'a pas une excuse partielle, il a une excuse complète à l'égard de l'accusation. Si l'on m'accuse d'avoir fait intentionnellement de la peine à une amie, ne pas avoir fait exprès n'est pas une excuse partielle, c'est une excuse complète. Pour que l'excuse soit partielle, il eût fallu que l'accusation ait été d'avoir négligé à l'égard des sentiments de l'amie, mais en réalité, l'excuse ne serait alors pas partielle, puisqu'elle ne serait pas une excuse du tout à l'accusation formulée.

[374] Par conséquent une excuse ne peut pas être partielle. Soit elle est complète, soit elle n'est pas. Soit l'acte est fautif, soit il n'est pas fautif. Si la faute reprochée est l'intention, soit l'acte est intentionnel, soit il n'est pas intentionnel. De même de la faute d'insouciance et de la faute de négligence.

[375] Cette réalité est légèrement voilée par le fait que les accusations sont souvent des ogives à plusieurs têtes, et qu'elles contiennent donc plusieurs accusations de nature différente. Car il n'est pas du tout la même chose de commettre un acte intentionnel, un acte insouciant ou négligent, et cette réalité est palpable du fait qu'elles sont parfois entièrement distinctes, et qu'une excuse à l'une éteindra de manière complète l'accusation.

---

<sup>297</sup> D.N. HUSAK, *loc.cit.*, note 31, para. 36.

[376] Le seul « degré » qu'il soit possible d'attribuer aux excuses ne concernent d'ailleurs pas la différence de leur effet à l'égard d'une accusation, mais à l'égard des accusations multiples. Certaines excuses, ainsi, pourraient être dites 'simples' au sens où elles ne nient qu'une seule faute : l'intention, l'insouciance, la négligence, la connaissance. Certaines excuses, au contraire, pourraient être dites complètes en ce qu'elles nient la possibilité même d'une faute, par exemple l'automatisme.

[377] Quoi qu'il en soit, il est clair que la défense de provocation n'en relève d'aucune manière. Elle consiste au contraire à *admettre* la commission d'une faute, et même, de la faute complète dont l'agent est accusé, c'est-à-dire l'homicide volontaire et intentionnel. L'émotion subie par l'agent ne lui ouvre donc aucune excuse – aucune émotion n'offre d'ailleurs d'excuse à la violation d'une norme comportementale. Cette émotion servira par contre, en conjonction avec l'application du critère de la personne ordinaire, à réduire la culpabilité de l'agent, et dans le cadre d'une atténuation formelle de la peine, à changer le régime normatif qui lui est applicable. C'est maintenant à cette question que nous pouvons nous attarder : la défense de provocation comme articulation des principes de détermination de la peine.

### ***Conclusion du second chapitre***

[378] Ce chapitre s'est d'abord concentré sur l'analyse et la critique de la doctrine actuelle concernant le concept d'excuse. Toute chose étant égale par ailleurs, cette doctrine s'ancre relativement peu dans le droit positif, tant canadien qu'américain ou anglais, et cela dans un triple sens. D'une part, la jurisprudence actuelle, tant canadienne qu'étrangère, offre peu d'analyses substantielles de la nature d'une excuse, et la doctrine actuelle ne s'attarde par conséquent pas à en critiquer la qualité. D'autre part, les auteurs qui forment cette doctrine en matière d'excuse ont souvent pour objectif, soit implicite, soit avoué, de critiquer l'état du droit positif. Par conséquent, leurs conclusions sont souvent à l'effet de modifier l'interprétation actuelle des règles du droit positif. Enfin, la jurisprudence a jusqu'à présent donné un écho limité aux analyses offertes par ces auteurs.

[379] En droit positif canadien, tel que nous l'avons mentionné, un concept essentiel pour l'analyse de plusieurs moyens de défense demeure l'acte volontaire, que ce soit au sens strict ou normatif. Nous avons offert une brève critique de ce concept pour en blâmer l'usage. Cette critique, toutefois, n'avait pas pour objet de remettre en question les règles de droit positif régissant les moyens de défense abordés; au contraire, à l'instar des analyses du concept de

justification du premier chapitre, cette critique s'appuyait en partie sur ces règles. Elle s'appuyait ainsi sur la défense de non-responsabilité pour cause de troubles mentaux, sur l'incapacité à subir son procès, sur l'incapacité à apprécier les risques inhérents à sa conduite, sur l'erreur de fait, ainsi que sur la nature des fautes en droit criminel, soit les fautes d'intention, d'insouciance et de négligence, et cet appui ne nécessitait pas de critiquer les règles régissant ces défenses et ces fautes.

[380] Enfin, nos analyses ont peu abordé explicitement la défense de provocation et le droit qui la régit. La lumière nouvelle qu'elles portent sur le concept d'excuse le rend si étranger à la défense de provocation que celle-ci exige forcément une analyse fondée sur d'autres concepts. C'est maintenant l'objet du prochain chapitre que d'aborder ces concepts.

## **Chapitre 3 - Les relations entre les principes de détermination de la peine et la défense de provocation**

[381] Voici maintenant le temps venu d'aborder l'alternative que nous proposons aux conceptualisations de la défense de provocation en tant que justification ou en tant qu'excuse : la défense de provocation en tant qu'articulation des principes de la détermination de la peine.

[382] Le changement de paradigme est complet. Comme le faisait remarquer le professeur Hart, la question à laquelle espère répondre la détermination de la peine n'est plus, comme en matière de responsabilité, de justification et de culpabilité « to whom may punishment be applied? », mais bien « how severely may we punish? »<sup>298</sup>.

[383] Le chapitre se divise par conséquent en trois sections. La première section a pour objet d'exposer, de manière générale, les principes applicables à la détermination de la peine. Les deuxième et troisième sections ont pour objet de proposer une conception de la provocation comme étant une articulation de ces principes.

---

<sup>298</sup> H.L.A. HART, « Prolegomenon to the Principles of Punishment », reproduit dans *op. cit.*, note 5, p. 3.



### ***Section 3.1 – Les principes de la détermination de la peine***

[384] La détermination de la peine est un exercice dont le résultat dépend des objectifs poursuivis. Celle-ci étant l'aboutissement du processus pénal, ces objectifs, ultimement, dépendent des objectifs poursuivis par l'institution pénale.

[385] Ces objectifs se partagent essentiellement entre deux familles de théories, soit les théories dites "rétributives" et celles dites "conséquentialistes".<sup>299</sup>

[386] Il est important de parler de "familles" de théories, car plusieurs courants de pensée, parfois contradictoires, se rassemblent à l'intérieur de chacune des familles. Les théories rétributives, par exemple, ont en commun d'attribuer à la punition une valeur intrinsèque qui la justifie. Par conséquent, elle mérite d'être imposée pour elle-même, sans qu'il ne lui soit nécessaire d'obtenir certains résultats. Cette valeur intrinsèque diffère toutefois largement d'un auteur à l'autre.

[387] Pour Andrew von Hirsch, par exemple, la punition est l'expression officielle de la censure et du blâme<sup>300</sup>. Cette expression a une valeur par et pour elle-même, et elle ne saurait être réduite à autre chose. Dans *M.(C.A.)*, le j. en chef Lamer adopte certains aspects ce point de vue :

« Notre droit criminel est également un système de valeurs. La peine qui exprime la réprobation de la société est uniquement le moyen par lequel ces valeurs sont communiquées. En résumé, en plus d'attacher des conséquences négatives aux comportements indésirables, les peines infligées par les tribunaux devraient également être infligées d'une manière propre à enseigner de manière positive la gamme fondamentale des valeurs communes que partagent l'ensemble des Canadiens et des Canadiennes et qui sont exprimées par le *Code criminel*. »<sup>301</sup>

[388] Pour certains auteurs, la punition aurait plutôt pour objet de neutraliser ce que les auteurs considèrent comme un « bénéfice » que s'est octroyé l'accusé par la commission du crime<sup>302</sup>. Le professeur Anthony Duff résume ainsi cette variante du proverbe selon lequel « le crime ne paie pas » :

---

<sup>299</sup> Voir, de manière générale, l'entrée du professeur Duff à l'encyclopédie de philosophie de Stanford : Anthony DUFF, « Legal Punishment », *The Stanford Encyclopedia of Philosophy (Fall 2008 Edition)*, Edward N. Zalta (ed.), URL = <<http://plato.stanford.edu/archives/fall2008/entries/legal-punishment/>>.

<sup>300</sup> Voir Andrew VON HIRSCH, *Doing Justice*, New York, Northeastern University Press, 1976, chapitre 8.

<sup>301</sup> *R. c. M. (C.A.)*, [1996] 1 R.C.S. 500, para. 81.

<sup>302</sup> Voir, par exemple : Anthony DUFF, *Trials and Punishments*, Cambridge, Cambridge University Press, 1986, chapitre 8 et George SHER, *Desert*, Princeton, Princeton University Press, 1987, chapitre 5.

« The criminal law benefits all citizens by protecting them from certain kinds of harm: but this benefit depends upon citizens accepting the burden of self-restraint involved in obeying the law. The criminal takes the benefit of the self-restraint of others, but refuses to accept that burden herself: she has gained an unfair advantage, which punishment removes by imposing some additional burden on her. »<sup>303</sup>

[389] Pour d'autres auteurs, la valeur intrinsèque de la rétribution se justifierait plutôt à titre de « réponse émotionnelle appropriée » ou « normale » à l'action immorale que constitue le crime.<sup>304</sup> La rétribution, dans cette perspective, constitue l'expression normale des sentiments moraux.

[390] La seconde famille de théories, dites conséquentialistes, insistent quant à elles sur la nécessité, pour que la punition soit justifiée, d'avoir des conséquences bénéfiques supplémentaires à la punition elle-même. Au premier rang de ces bénéfices se retrouve normalement la réduction du crime, que la punition peut poursuivre par divers moyens, comme la dissuasion individuelle ou collective, la neutralisation du délinquant ou sa réhabilitation.

[391] Il n'est pas toujours aisé de déterminer à quelle théorie se rattache un objectif déterminé, puisque certains de ces principes semblent relever des deux. La satisfaction du désir de vengeance de la victime, par exemple, est normalement considérée comme un objectif de rétribution; or, elle est une conséquence de la punition. De même, la punition pénale est une activité ayant une dimension irréductiblement communicative, ayant pour contenu l'infamie<sup>305</sup>. Or, l'infamie peut être conçue autant comme une valeur intrinsèque à la punition – en tant que châtiment mérité – que comme une dimension ayant justement pour nature de porter à conséquence (par la dissuasion). Sir Rupert Cross et le professeur Ashworth proposent, en réponse, de distinguer les théories rétributives et conséquentialistes par leur objet respectif : la responsabilité du délinquant envers les parties impliquées (la victime et la société) pour les premières, et les conséquences de la punition pour chacun pour les secondes :

« The usual way of distinguishing between retributive and utilitarian theories of punishment is to say that the former are concerned with the relation of the punishment to a past event, the crime, whereas the latter are concerned with the consequences of the punishment; but this distinction is unsound because the satisfaction of the victim's demand for vengeance is commonly regarded as a typical retributive justification, although it lays stress on a particular consequence of punishment. A sounder basis of distinction is that between

<sup>303</sup> A. DUFF, *loc.cit.*, note 299, section 5 : 'Positive' Retributivism and the Meaning of Desert, consulté le 21 avril 2012.

<sup>304</sup> *Id.*, section 5 : 'Positive' Retributivism and the Meaning of Desert, consulté le 16 juin 2012.

<sup>305</sup> Voir sur le sens de la communication pénale: Michel VAN DE KERCHOVE, *Quand dire, c'est punir, Essai sur le jugement pénal*, Bruxelles, Publications des Facultés Universitaires Saint-Louis, 2005.

theories which stress the accountability of the offender to his victim and others and those which stress the effect of the punishment on the offender and others. The essence of retributive theories is that punishment is justified because the offender is in some sense made to “pay” for what he has done, whereas the essence of utilitarian theories is that punishment is justified because it tends in some way to prevent the occurrence of future crimes. »<sup>306</sup>

[392] Les deux familles se sont disputées, depuis l'époque de Jeremy Bentham, le rôle de « véritable justification »<sup>307</sup> de l'institution pénale. Pour les conséquentialistes « classiques », la punition ne peut en elle-même justifier l'institution pénale : la souffrance, en effet, est un mal que l'on inflige au mieux à regret, et si une institution ayant pour objet l'imposition de la souffrance désire se voir justifiée, il est nécessaire qu'elle puisse s'appuyer sur ses conséquences externes bénéfiques, telle que la réduction du crime<sup>308</sup>.

[393] Cette question est évidemment trop complexe pour être abordée ici. Quoiqu'il en soit, mentionnons qu'il est maintenant souvent admis qu'une tentative sérieuse de justification de l'institution pénale doit faire travailler les deux familles de théories de pair. Une conception purement rétributive, comme une conception purement conséquentialiste d'ailleurs, ne peut être qu'incomplète, voire carrément paradoxale. Dès 1959, le professeur Hart faisait remarquer, discutant de la conception purement rétributive du droit pénal :

« Even those who look upon human law as a mere instrument for enforcing 'morality as such' (itself conceived as the law of God or Nature) and who at the stage of justifying punishment wish to appeal not to socially beneficial consequences but simply to the intrinsic value of inflicting suffering on wrongdoers who have disturbed by their offence the moral order, would not deny that the aim of criminal legislation is to set up types of behaviour (in this case conformity with a pre-existing moral law) as legal standards of behaviour and to secure conformity with them. No doubt in all communities certain moral offences, e.g. killing, will always be selected for suppression as crimes and it is conceivable that this may be done not to protect human beings from being killed but to save the potential murderer from sin; but it would be paradoxical to look upon the law as designed not to discourage murder at all (even conceived as sin rather than harm) but simply to extract the penalty from the murderer. »<sup>309</sup>

[394] Incomplète pour sa part semble une conception purement conséquentialiste de notre institution pénale, car à n'en pas douter, celle-ci en est actuellement une qui « punit », et qui tente d'infliger des châtiments « mérités ». Une théorie du droit criminel qui exclut cet aspect

<sup>306</sup> Sir Rupert CROSS et Andrew ASHWORTH, *The English Sentencing System*, 3e éd., London, Butterworth & Co., 1981, p. 128.

<sup>307</sup> Ce que le professeur Hart appelait le « General Justifying Aim » : H.L.A. HART, *op. cit.*, note 5, p. 17; voir à cet égard l'introduction du professeur Gardner de cette édition, p. xvii à xxiii.

<sup>308</sup> Pour le professeur Hart, la punition est précisément le mal le plus difficile à justifier : voir la discussion de John GARDNER dans la préface de H.L.A. HART, *op. cit.*, note 5, p. xiv.

<sup>309</sup> *Id.*, p. 8.

est une théorie qui se propose en remplacement du système actuel, et ne peut donc prétendre à le justifier. De plus, même parmi ceux qui considèrent que l'infliction de la souffrance ne peut se justifier par elle-même, l'avis le plus communément partagé est à l'effet que le principe de proportionnalité (qui est un principe rétributif) est une contrainte que l'institution doit respecter pour pouvoir poursuivre ses objectifs de manière juste.<sup>310</sup> En d'autres termes, il serait injuste de punir un individu plus que ne le justifie le crime qu'il a commis même si cela était nécessaire pour poursuivre des objectifs conséquentialistes, comme la protection de la société ou la réhabilitation.

[395] Il n'est donc pas surprenant que pour certains auteurs contemporains, les deux familles ne sont pas incompatibles, mais complémentaires. Ainsi, Sir Rupert Cross et Andrew Ashworth sont de l'opinion suivante :

« But in reality, prevention and retribution are mutually dependant. If punishment is to deter it may only do so by giving offenders their deserts; but the only reason for giving offenders their deserts is that it deters. »<sup>311</sup>

[396] La législation canadienne représente bien cette complémentarité entre objectifs « rétributifs » et « conséquentialistes ». Le Code criminel prévoit, en effet, que l'objectif « essentiel » du prononcé de la peine est de « contribuer [...] au respect de la loi et au maintien d'une société juste, paisible et sûre par l'infliction de sanctions justes [...] »<sup>312</sup>. Cet objectif appelle à n'en pas douter aux conséquences de la punition. La référence à la sanction « juste », quant à elle, relève d'une conception rétributive, que l'établissement du « principe fondamental » de la détermination de la peine confirme, en dictant que « [l]a peine est proportionnelle à la gravité de l'infraction et au degré de responsabilité du délinquant. »<sup>313</sup>.

[397] Le Code criminel canadien ne s'arrête pas là; il postule ensuite, pêle-mêle, une liste d'objectifs qu'il convient, selon les circonstances, de prioriser. Ainsi :

« Le prononcé des peines a pour objectif essentiel de contribuer, parallèlement à d'autres initiatives de prévention du crime, au respect de la loi et au maintien d'une société juste, paisible et sûre par l'infliction de sanctions justes visant un ou plusieurs des objectifs suivants :

- a) Dénoncer le comportement illégal;
- b) Dissuader les délinquants, et quiconque, de commettre des infractions;
- c) Isoler, au besoin, les délinquants du reste de la société;
- d) Favoriser la réinsertion sociale des délinquants;

<sup>310</sup> Voir, encore une fois, *Id.*, p. 8 à 11.

<sup>311</sup> R. CROSS et A. ASHWORTH, *op. cit.*, note 306, p. 123.

<sup>312</sup> Art. 718 C. cr.

<sup>313</sup> Art. 718.1 C. cr.

- e) Assurer la réparation des torts causés aux victimes ou à la collectivité;
- f) Susciter la conscience de leurs responsabilités chez les délinquants, notamment par la reconnaissance du tort qu'ils ont causé aux victimes et à la collectivité. »<sup>314</sup>

[398] Si la défense de provocation relève de la détermination de la peine, il est nécessaire qu'elle puisse s'articuler comme une application des principes généraux de détermination de la peine, soit le principe rétributif de proportionnalité et le principe conséquentialiste de protection de la société. Il est maintenant le temps d'aborder cette perspective.

---

<sup>314</sup> Art. 718 C.cr.



## ***Section 3.2 – La provocation en tant qu'articulation du principe de proportionnalité***

[399] Le principe de proportionnalité des peines comporte deux volets : la gravité de l'infraction et la culpabilité du délinquant.<sup>315</sup>

[400] La gravité de l'infraction est un volet matériel : elle fait référence à toutes les conséquences et circonstances matérielles qui rendent l'acte plus ou moins grave. La gravité de l'infraction n'est pas un élément ordinaire parmi d'autres à prendre en compte dans l'évaluation de la peine : elle en constitue le point de départ logique. Les actes posés, leurs conséquences et les circonstances forment en effet la *substance* de ce qui doit être puni.

[401] Les circonstances et conséquences sont tellement importantes pour le législateur qu'il distingue d'ailleurs plusieurs infractions formées essentiellement des mêmes actes, et leur attribue des peines différentes. Par exemple, les voies de fait<sup>316</sup>, les voies de fait causant des lésions corporelles<sup>317</sup> et les voies de fait graves<sup>318</sup> peuvent être accomplies essentiellement par le même acte ayant des conséquences différentes. Le législateur a pourtant prévu que les peines maximales pour ces crimes progressaient dans une échelle de 5 à 14 ans<sup>319</sup>. De même, en ce qui concerne les circonstances, l'agression sexuelle simple est passible d'une peine d'emprisonnement de 10 ans, sans peine minimale.<sup>320</sup> Or, lorsque la victime est âgée de moins de 16 ans, la peine minimale est de 45 jours d'emprisonnement.<sup>321</sup> Lorsque l'agresseur porte une arme à feu lors d'une agression sexuelle par ailleurs simple, la peine maximale d'emprisonnement passe à 14 ans alors que la peine minimale passe à 4 ans.<sup>322</sup> Les conséquences et circonstances sont donc d'une importance déterminante tant pour le législateur que pour le tribunal puisque ce sont elles qui donnent de l'épaisseur à l'acte qui sera puni.

[402] La culpabilité du délinquant, une fois établie, constitue le lien entre celui-ci et son crime. Elle peut être mesurée parce que l'agent est doté d'un jugement moral : il est celui auquel s'adressait la norme pénale, il était capable de porter un jugement moral sur l'acte à poser et est pour l'avenir capable de modifier son comportement. Il entretient lui-même un rapport moral

---

<sup>315</sup> Art. 718.1 C.cr.

<sup>316</sup> Art. 265(1)a) C.cr.

<sup>317</sup> Art. 267b) C.cr.

<sup>318</sup> Art. 268(1) C.cr.

<sup>319</sup> Voir, respectivement, les articles 266a), 267 et 268(2) C.cr. À des fins de comparaison, seules les infractions poursuivies par mise en accusation ont été prises en considération.

<sup>320</sup> Art. 271(1)a) C.cr.

<sup>321</sup> Art. 151a) C.cr.

<sup>322</sup> Art. 272(1)a)(2)a.1) C.cr.

avec cet acte : il le regrette ou y est indifférent, en est fier ou honteux. Selon Andrew Ashworth, ce sens moral est celui auquel s'adresse « l'évaluation officielle de la conduite » que constitue la détermination de la peine :

« The essence of desert or proportionality theory is thus that the sentence addresses offenders as moral agents, as having the capacity to evaluate and to respond to an official evaluation of their conduct. This evaluation is communicated by imposing a proportionate sentence, thereby respecting rule-of-law values (such as certainty and predictability) and placing limitations on state power over offenders. »<sup>323</sup>

[403] Cette évaluation officielle de la conduite est donc une évaluation de nature morale. Si, comme nous l'avons dit à la section 2.1, la différence entre les règles légales et les règles morales n'en est pas une de nature, mais bien « a difference between formal, institutionally recognized duties and rights and their informal, non-institutional equivalents. »<sup>324</sup>, cela est particulièrement apparent lors de l'application du principe de proportionnalité. Non seulement il faut, pour évaluer la gravité d'une action et la culpabilité de son auteur, se référer à la moralité, mais cette évaluation, jusqu'à un certain point, transcende l'évaluation du législateur. Ainsi, à l'égard des peines maximales, la Cour suprême réitéré à quelques reprises le principe selon lequel la peine maximale n'est pas réservée au pire des crimes commis par le pire des criminels.<sup>325</sup> En d'autre terme, cela signifie que l'évaluation morale que fait le législateur de la gravité d'un crime et qui se reflète dans la peine maximale (voire minimale) qu'il prévoit n'impose pas le véritable baromètre de la gravité d'un crime, bien que son opinion sur le sujet doive recevoir la plus grande déférence.<sup>326</sup> Le caractère transcendant de l'évaluation morale sur le législateur est tel que si celui-ci prévoit une peine « exagérément disproportionnée » par rapport à ce que méritent véritablement le crime et son auteur, la constitution permet d'intervenir.<sup>327</sup>

[404] Il est à noter qu'un fait particulier peut influencer l'analyse de chacun des deux volets de la proportionnalité (gravité et culpabilité), comme il peut n'être pertinent qu'à l'égard d'un seul. Ainsi, la quantité de stupéfiants que possède un trafiquant en vue d'en faire le trafic détermine la gravité objective du crime, mais elle influence également la culpabilité de l'agent puisqu'elle reflète un choix qu'il a fait. En revanche, un individu conduisant en état d'ébriété ne

<sup>323</sup> Andrew ASHWORTH, *Sentencing and Criminal Justice*, 5<sup>e</sup> éd., Cambridge, Cambridge University Press, 2010, p. 89.

<sup>324</sup> A. HONORÉ, *loc.cit.*, note 155, 491.

<sup>325</sup> *R. c. Cheddesingh*, [2004] 1 R.C.S. 433, 2004 CSC 16, para. 1 et *R. c. L.M.*, [2008] 2 R.C.S. 163, 2008 CSC 31, para. 2 et 22.

<sup>326</sup> Comme en témoignent d'une part, la restriction de la peine maximale à des cas rares, et d'autre part, l'habitude des tribunaux de rappeler, lorsqu'ils désirent évoquer la gravité objective d'un crime, la durée maximale d'emprisonnement que prévoit le législateur.

<sup>327</sup> Art. 12 C.c.D.L.; *R. c. Smith*, [1987] 1 R.C.S. 1045; *R. c. Goltz*, [1991] 3 R.C.S. 485.

sera pas plus *coupable* (au sens moral du terme) si un décès résulte de sa conduite. Seule la gravité du crime est augmentée. De même, qu'un même coup de poing identique puisse ne causer aucun dommage ou des lésions corporelles graves<sup>328</sup>, la culpabilité personnelle à l'égard du crime ne s'en trouve pas modifiée. Seule la gravité l'est. Enfin, le sadisme ou la cruauté que démontre un agresseur relève au contraire des deux volets : il rend le crime plus difficile à vivre pour la victime, et reflétant des valeurs immorales, la culpabilité du délinquant s'en trouve décuplée.

[405] En résumé, donc, la gravité du crime détermine en partie la sévérité de la peine puisque c'est ce crime qui doit être puni. La culpabilité, quant à elle, influence la peine car c'est à la lumière du rapport moral que l'agent entretient avec son acte qu'il est possible de savoir s'il faut punir avec toute la sévérité nécessaire.

[406] La mesure de la culpabilité, quant à elle, est la lecture de l'événement que constitue le crime à la lumière du sens moral de l'agent. Tout ce qui tend à établir un sens moral adéquat chez le délinquant doit être pris en compte pour l'évaluation de sa culpabilité. La présence de bonnes valeurs chez le délinquant ne le rend pas moins imputable du crime, seulement, l'« écart de conduite » qu'il constitue ne mérite pas toute la sévérité dans la punition que chez un criminel d'habitude.

[407] Pour que la défense de provocation se justifie dans ce cadre, il est nécessaire qu'elle puisse être analysée comme une articulation de ces deux principes ou de l'un des deux. Elle doit donc couvrir des actes soit moins graves, soit moins coupables, soit les deux.

[408] Rappelons qu'elle s'applique lorsqu'il y a conjonction de trois critères : 1) la présence d'une provocation 2) causant une colère intense chez l'agent 3) qui commet un meurtre avant d'avoir repris son sang froid.

[409] Aucun de ces critères ne peut soutenir l'argument selon lequel un meurtre provoqué serait moins grave. Une part importante des critiques faites à la défense de provocation consiste au contraire à dire que le moyen de défense équivaut à juger moins graves un meurtre commis suite à une provocation qu'un meurtre commis sans provocation. Rien, pourtant, n'indique que ce soit le cas, et nous ne connaissons pas d'auteur qui défende cette position.

[410] La présence d'une provocation, tel que nous l'avons mentionné au premier chapitre, ne peut être retenu comme rendant l'acte moins grave, puisque la criminalisation d'un acte consiste

---

<sup>328</sup> En application, par exemple, de la doctrine du crâne fragile.

précisément à ne pas reconnaître de valeur aux raisons pour commettre l'acte, incluant une provocation.

[411] La colère, quant à elle, n'a guère d'influence sur la gravité de l'acte. Le caractère passionnel ou réfléchi de l'acte ne se répercute pas *ipso facto* dans sa gravité.

[412] La mesure de la culpabilité, quant à elle, est promise à un plus bel avenir. Il semble qu'en théorie, du moins, elle puisse être affectée tant par la raison pour agir de l'agent – la provocation – que par l'état émotionnel dans lequel il se trouve – la colère.

[413] Il apparaît juste de dire que lorsqu'un acte est commis sous l'impulsion d'une colère intense, le rapport moral que l'agent entretient avec son acte est, de manière relative, plus incertain. En raison de la colère, il ne tend pas à avoir ce caractère *représentatif* du caractère moral de l'agent d'un acte commis de manière posée, délibérée, ou préméditée.

[414] Certains états de conscience, *causes* de l'acte, sont parfois étrangers aux états de conscience *ordinaires* de l'agent. C'est d'ailleurs l'objectif poursuivi lors d'une intoxication volontaire. Mais certains états émotionnels ont le même effet, et les témoignages de cette réalité sont nombreux. Par exemple, le philosophe Henri Bergson comparait ainsi certains épisodes de colère à des épisodes d'hypnotisme :

« Ainsi une suggestion reçue dans l'état d'hypnotisme ne s'incorpore pas à la masse des faits de conscience; mais douée d'une vitalité propre, elle se substituera à la personne même quand son heure aura sonné. Une colère violente soulevée par quelque circonstance accidentelle, un vice héréditaire émergeant tout à coup des profondeurs obscures de l'organisme à la surface de la conscience, agiront à peu près comme une suggestion hypnotique. »<sup>329</sup>

[415] Ce qui évoque l'hypnotisme, ce n'est pas la raison pour laquelle l'individu est entré en colère. Il n'y a pas de raison, en effet, d'écarter le motif de la colère de la masse des faits de conscience de l'individu. Les gens entrent en colère pour des raisons qui leur sont propres, de la colère de Jésus au temple<sup>330</sup> à celle de l'enfant à qui l'on retire un bonbon, en passant par l'homme jaloux trouvant son épouse au lit avec un autre homme. Ce qui évoque plutôt l'hypnotisme, c'est la colère elle-même, et l'acte posé sous sa gouverne.

---

<sup>329</sup> Henri BERGSON, *Essai sur les données immédiates de la conscience*, Paris, Presses Universitaires de France, 2007, p. 125. On comprendra – ce qui intéresserait sans doute ceux pour qui les défenses du droit criminel visent des actes posés "hors caractère" – que l'acte posé dans un tel état de colère n'est pas "libre" pour m. Bergson, selon lequel l'acte libre est celui qui « exprime le moi tout entier », dont « le moi seul [est] l'auteur » : p. 125. Sa définition de la liberté évoque d'une certaine manière la difficulté de mesurer la culpabilité morale d'un acte : « On appelle liberté le rapport du moi concret à l'acte qu'il accomplit. Ce rapport est indéfinissable, précisément parce que nous sommes libres. On analyse, en effet, une chose, mais non pas un progrès; [...] » : p. 165.

<sup>330</sup> ÉVANGILE SELON SAINT-JEAN, ch. 2, versets 13-22.

[416] Les symptômes de la grande colère sont visibles, et les modifications physiologiques sont aussi connues que la violence de l'expérience. M. Charles Darwin décrivait ainsi les symptômes de la colère, dans son ouvrage *Expression of Emotions* :

« Rage exhibits itself in the most diversified manner. The heart and circulation are always affected; the face reddens or becomes purple, with the veins on the forehead and neck distended. The reddening of the skin has been observed with the copper-coloured Indians of South America, and even, as it is said, on the white cicatrices left by old wounds on negroes. [...]

The excited brain gives strength to the muscles, and at the same time energy to the will. The body is commonly held erect ready for instant action, but sometimes it is bent forward towards the offending person, with the limbs more or less rigid. The mouth is generally closed with firmness, showing fixed determination, and the teeth are clenched or ground together. Such gestures as the raising of the arms, with the fists clenched, as if to strike the offender, are common. Few men in a great passion, and telling some one to begone, can resist acting as if they intended to strike or push the man violently away. The desire, indeed, to strike often becomes so intolerably strong, that inanimate objects are struck or dashed to the ground; but the gestures frequently become altogether purposeless or frantic. Young children, when in a violent rage roll on the ground on their backs or bellies, screaming, kicking, scratching, or biting everything within reach. So it is, as I hear from Mr. Scott, with Hindoo children; and, as we have seen, with the young of the anthropomorphous apes. But the muscular system is often affected in a wholly different way; for trembling is a frequent consequence of extreme rage. »<sup>331</sup>

[417] Si les états de conscience connaissent des singularités, il est certain que la morale, qui dicte les actes à poser et ceux à proscrire et dont un volet important est conscient, connaît également de ces singularités. Mais malgré la violence de la réaction colérique, nous avons utilisé, pour parler de son influence sur le rapport moral entre l'agent et son acte le verbe *tendre* : l'acte commis sous la colère ne *tend* pas à être aussi représentatif du caractère moral de l'agent. Car il arrive bien entendu qu'il le soit. Les actes enflammés de certains individus pugnaces et irascibles, connus pour leurs emportements, sont considérés comme de parfaits exemples de leur caractère. L'homicide d'Ivan Ivanovich par son père Ivan IV de Russie dit « Le Terrible », par exemple, pourrait difficilement se qualifier d'étonnant.<sup>332</sup>

[418] Seulement voici : pour savoir de quoi il en retourne, il faudrait connaître la personnalité du défendeur. Ce genre d'information est disponible lorsqu'un rapport

---

<sup>331</sup> Charles DARWIN, *The Expressions of the Emotions in Man and Animals*, reproduit dans *From So Simple A Beginning*, New York, W.W. Norton & Company, 2006, p. 1401.

<sup>332</sup> Le Tsar était en effet connu pour certaines décisions funestes prises sous l'emprise de la colère, dont le meurtre de son fils.

présententiel<sup>333</sup> ou prédécisionnel<sup>334</sup> est ordonné pour la détermination de la peine. Or, en raison du choix du législateur de faire de la provocation un moyen de défense, et non un simple élément à prendre en considération lors de la détermination de la peine, cette information demeure inaccessible pour l'application du moyen de défense. Nous verrons dans un instant que le législateur a tenté de contourner cette difficulté.

[419] L'effet de la présence de la provocation, quant à elle, est également ambigu : une raison pour agir qui par ailleurs serait valide, même lorsque c'est une mauvaise raison pour agir, constitue-t-elle un facteur atténuant? Notons d'une part que c'est la position de certains auteurs. Pour le professeur Stephen Cough, par exemple,

« The mitigatory effect of anger, it should now be clear, is to explain why the defendant gave priority to reasons for action that should properly have remained peripheral. As such, the anger model for provocation cannot ignore – indeed is *grounded upon* – underlying questions about the proportionality of the killing. The more reasons in favour of the defendant's retaliation, the less emotional disturbance he need invoke to explain his decision to act. »<sup>335</sup>

[420] Il faut également remarquer qu'un tel usage des raisons pour agir n'est pas exceptionnel en matière de détermination de la peine. En matière de trafic de stupéfiants, par exemple, lorsque ce trafic est commis pour assouvir un problème de dépendance au stupéfiant, ou lorsqu'il est commis pour subvenir aux besoins de sa famille, ce qui a mené à l'acte est considéré comme un facteur atténuant. Remarquons qu'entre ces deux types de mobile, la provocation ressemble plus au premier, en ce que comme le premier, elle est prise en compte comme un assouplissement des règles devant, comme le veut l'expression, la « faiblesse humaine ».

[421] L'affirmation selon laquelle la raison pour laquelle le meurtre a été commis peut être considéré comme un facteur atténuant n'en demeure pas moins sujette à de sérieuses critiques. Comment affirmer, en effet, que la raison pour laquelle l'agent a agi est un facteur atténuant sans lui reconnaître de valeur? Peut-on dire qu'elle est une raison valide pour agir, mais que l'acte lui-même demeure injustifié?

[422] Remarquons qu'entre la raison pour agir que constitue la provocation et l'acte commis – le meurtre, il y a un espace. De même, entre la dépendance à une drogue et l'acte commis pour

---

<sup>333</sup> Art. 721(3)a C.cr. Ce rapport a véritablement pour nature d'éclairer le tribunal sur le *caractère* de l'agent : *R. c. Urbanovich*, (1985) 19 C.C.C. (3d) 43 (C.A. MB).

<sup>334</sup> Art. 40(2)d de la *Loi sur le système de justice pénale pour les adolescents*, L.C. 2002, c. 1.

<sup>335</sup> Stephen COUGH, « Taking the Heat out of Provocation », (1999) 19 *Oxford Journal of Legal Studies* 481, 488.

assouvir cette dépendance – le trafic de stupéfiant, il existe un espace, occupé par une tension qui pousse l'agent à agir d'une certaine manière.

[423] Cette tension n'a pas à être véritablement analysée à la lumière du caractère moral de l'agent pour être reconnue. La définition même d'une dépendance est d'induire chez l'individu une envie répétée et irrépessible, en dépit de motivation adverse. De la même manière, la colère a certainement pour effet d'induire chez l'agent une forte inclination à l'action violente<sup>336</sup>.

[424] Remarquons maintenant que ce filtre (la colère) entre l'acte posé (le meurtre) et la raison pour agir (la provocation) a une importance *capitale* pour le législateur dans la définition de la provocation : ne constitue une provocation, aux fins de l'article 232 C.cr. que lorsqu'elle est un acte ou une insulte de telle nature « qu'elle suffise à priver un homme ordinaire du pouvoir de se maîtriser. »<sup>337</sup>

[425] Le législateur ne demande donc pas, à proprement parler, de déterminer la valeur morale de la raison pour agir. Il demande plutôt d'en évaluer la propension à rendre les citoyens ordinaires en *colère*. Il apparaît donc pertinent, à première vue, de ne pas considérer la provocation comme une raison pour agir, qui mériterait par conséquent d'être évaluée selon sa valeur de raison pour agir, mais comme la cause de la colère, dont les critères nécessaires à l'évaluation resteraient à établir.

[426] Mais si le critère de la provocation sert non pas à justifier l'acte, mais à justifier la colère, nous voilà renvoyés au même problème auquel nous étions confrontés il y a quelques instants : la colère est-elle un facteur atténuant?

[427] Comme nous venions de le dire, il faudrait pour cela connaître le caractère moral de l'agent. Or, à notre avis, en utilisant un critère objectif pour déterminer quelle provocation doit être suffisante pour permettre l'ouverture du moyen de défense, le législateur a utilisé un critère de *substitution*.

[428] Pour saisir dans quel sens le critère objectif est un critère de substitution à la connaissance du caractère de l'agent, voyons d'abord l'utilité que lui accorde la Cour suprême. Il est ainsi discuté par le juge Dickson, dans l'arrêt *Hill* :

« Si aucun critère objectif ne s'appliquait à la défense de provocation, il pourrait en découler des résultats anormaux. Une personne raisonnable de caractère égal ne serait pas susceptible de profiter de la défense de provocation et serait coupable d'homicide coupable équivalant à meurtre, tandis que la culpabilité

<sup>336</sup> C. DARWIN, *op. cit.*, note 331, p. 1400 et ss.

<sup>337</sup> Art. 232 C. cr.

d'une personne querelleuse ou exceptionnellement excitable serait réduite par la provocation et elle ne serait coupable que d'homicide involontaire coupable. C'est la préoccupation qu'a la société d'encourager le comportement raisonnable et non violent qui incite le droit à adopter le critère objectif. Le droit criminel se soucie, entre autres choses, de fixer des normes au comportement humain. Nous cherchons à encourager une conduite qui se conforme à certaines normes de la société en matière de responsabilité et d'actes raisonnables. Pour le faire, le droit emploie très logiquement la norme objective de la personne raisonnable. »<sup>338</sup>

[429] Regardons attentivement le raisonnement du juge Dickson. Il affirme que si aucun critère objectif ne s'appliquait à la défense de provocation, une personne raisonnable de caractère égal ne serait pas susceptible de profiter de la défense de provocation.

[430] Il est difficile de voir comment le critère objectif permet à une personne de caractère égal de bénéficier du moyen de défense. Le critère objectif, au contraire, *exclut* des gens en colère de l'application du moyen de défense. Il n'en inclut pas.

[431] Il n'exclut pas non plus *automatiquement* l'application du moyen de défense à une personne « querelleuse ou exceptionnellement excitable ». Une personne particulièrement querelleuse, si elle commet un meurtre sous une provocation considérée suffisante, aura accès au moyen de défense.

[432] Il est par contre révélateur que le juge Dickson discute du *caractère* des individus visés par le moyen de défense. Et si l'analyse qu'offre le juge Dickson sur qui est inclus et qui est exclus de l'application du moyen de défense n'est pas exacte, elle décrit de manière tout à fait juste un *objectif* poursuivi par le moyen de défense.

[433] Il est logique de croire qu'en règle générale, les individus « de caractère égal » ne « perdront le pouvoir de se maîtriser » que lorsque la provocation sera de telle nature « qu'elle suffise à priver une personne ordinaire du pouvoir de se maîtriser ». À l'inverse, il est logique de conclure qu'une personne qui commet un meurtre en l'absence de ce type de provocation est « particulièrement querelleuse ou excitable ».

[434] En ce qui concerne le raisonnement du juge Dickson, avec égards pour l'opinion contraire, il ne s'agit toutefois pas, tel qu'il le dit, de « fixer une norme de comportement », bien au contraire. L'homicide, comme le meurtre, constitue une violation d'une norme de comportement, et il n'est pas possible de présenter le critère objectif, en matière de provocation, comme dictant aux individus comment agir (ce qui constitue la nature d'une norme).

---

<sup>338</sup> R. c. Hill, [1986] 1 R.C.S. 313, para. 18.

[435] Vu de cette manière, le critère objectif constitue un critère de substitution à la connaissance du caractère du défendeur, et fonctionne de la même manière qu'une présomption légale. Remarquons que le législateur a fréquemment recours aux présomptions. Certaines servent à tirer une conclusion logique qui pourrait déjà se déduire des faits : par exemple, la présomption que la personne assise à la place du conducteur dans un véhicule automobile en a la garde et le contrôle.<sup>339</sup>

[436] D'autres présomptions ont une nature tout à fait fictive. Par exemple, la présomption d'identité entre le taux d'alcoolémie mis en preuve par le résultat d'un alcootest et le taux qu'avait le conducteur du véhicule au moment de la conduite ou de la garde et contrôle.<sup>340</sup>

[437] En matière de provocation, il est établi qu'une personne ordinaire n'est ni particulièrement « excitable » ni particulièrement « belliqueuse ». On peut ainsi comprendre le critère objectif comme une présomption que l'agent agissant sous une provocation suffisante n'est pas plus excitable ou belliqueux qu'une personne ordinaire.

[438] Ce genre de présomption n'est pas sans rappeler l'époque où le meurtre se différenciait de l'homicide involontaire coupable par la présence de *malice aforethought*, et où cette *mens rea* était présumée régner lorsque le critère objectif de la provocation n'était pas rencontré :

« From the cases which have been stated in the former part of this section, it appears that malice will be presumed, even though the act be perpetrated recently after the provocation received, if the instrument or manner of retaliation be greatly inadequate to the offence given, and cruel and dangerous in its nature; for the law supposes that a party capable of acting in so outrageous a manner upon a slight provocation must have entertained a general, if not a particular malice, and have previously determined to inflict such vengeance upon any pretence that offered. »<sup>341</sup>

[439] De la même manière qu'il le faisait à cette époque en associant la question de la *mens rea* du meurtrier agissant sous le coup d'une provocation insuffisante à celle de son caractère moral, le critère objectif sert aujourd'hui à s'assurer d'une culpabilité réduite chez l'agent visé par le moyen de défense. Le principe de proportionnalité, tel que compris par les principes de détermination de la peine, est par conséquent influencé par la présence d'une défense de provocation. La colère, en effet, sert à réduire le caractère moralement *représentatif* de l'acte, et le critère objectif sert à s'assurer de cette non-représentativité. En conséquence, le meurtrier qui

---

<sup>339</sup> Art. 258(1)a) C.cr.

<sup>340</sup> Art. 258(1)c) C.cr. Le premier prélèvement doit avoir été fait à l'intérieur d'un délai de deux heures. Puisque le taux d'alcoolémie d'un individu change constamment, il s'agit d'une pure fiction de la loi.

<sup>341</sup> Sir W. RUSSELL, *op. cit.*, note 25, p. 727.

agit sous le coup d'une provocation suffisante est moins *coupable* que celui agissant de manière réfléchie ou celui agissant sous le coup d'une provocation bénigne.

### ***Section 3.3 – La provocation en tant qu'articulation des principes conséquentialistes***

[440] Nous venons de montrer comment il est possible d'articuler la défense de provocation en fonction du principe de proportionnalité. Voyons maintenant s'il est possible de l'articuler parmi les principes conséquentialistes.

[441] L'effet de la défense de provocation est de réduire une condamnation de meurtre à homicide involontaire coupable. La peine imposable est donc réduite<sup>342</sup> d'une peine mandataire d'emprisonnement à vie<sup>343</sup> avec une période d'inéligibilité à la libération conditionnelle d'une période d'au moins 10 ans<sup>344</sup> à une peine d'emprisonnement maximale de la perpétuité sans peine minimale<sup>345</sup>. Il y a donc lieu de vérifier si la défense de provocation permet d'identifier, en application des principes conséquentialistes de détermination de la peine, des situations où la peine prévue pour l'homicide involontaire coupable apparaît plus opportune.

[442] Notons d'abord qu'en application des principes conséquentialistes, la peine imposée doit être celle la moins sévère qui permette d'atteindre les objectifs fixés.

[443] La réduction du crime, principe conséquentialiste de détermination de la peine, peut être poursuivie essentiellement de trois manières différentes. Deux concernent le délinquant lui-même et une troisième concerne le public en général.

[444] De manière générale et en ce qui concerne strictement le délinquant visé par la mesure punitive, l'objectif de réduction du crime peut être poursuivi par deux méthodes : la neutralisation du délinquant ou sa réhabilitation.

[445] La neutralisation du délinquant est ce que les Anglais appellent « incapacitation ». Elle vise à induire des restrictions à la liberté du délinquant (ce qui se traduit généralement par son emprisonnement), ces restrictions visant à « neutraliser » son potentiel criminogène.

[446] La réhabilitation, pour sa part, s'intéresse au sens moral de l'agent, plutôt qu'au risque objectif qu'il pose, et tente d'influencer ce sens moral de telle manière qu'il ne récidive pas, plutôt que de tenter de physiquement l'en empêcher.

---

<sup>342</sup> Art. 232(1) C.cr.

<sup>343</sup> Art. 235(1) C.cr.

<sup>344</sup> Art. 235(2) et 745(1)c) C.cr.

<sup>345</sup> Art. 236b) C.cr.

[447] L'entreprise est en partie hasardeuse. D'une part, certains délinquants sont à toutes fins pratiques presque impossibles à réhabiliter; d'autre part, l'effet véritable qu'aura une peine sur un délinquant est très difficile à prévoir. En conséquence, la poursuite de l'objectif de réhabilitation peut se matérialiser en une grande variété de peines, permettant parfois une absolution – l'infliction d'une peine ne paraissant pas nécessaire à l'atteinte de l'objectif –, que commandant d'autres fois une longue peine d'incarcération – lorsque la réintégration immédiate du délinquant paraît illusoire, et que la dissuasion individuelle apparaît comme le seul langage susceptible d'être compris par le sens moral du délinquant.

[448] Mais l'emprisonnement prolongé n'est généralement pas conçu comme une mesure favorisant la réhabilitation. L'emprisonnement dans un centre de détention n'a pas toujours l'effet sur le sens moral du délinquant qui eût été souhaitable. Il arrive en effet parfois que le confinement de plusieurs personnes criminalisées, par la pression et l'influence des pairs, d'une part, et par le développement de réseaux de contact, d'autre part, fasse d'un criminel d'occasion un criminel de vocation.

[449] C'est dans cette perspective que l'emprisonnement dans la collectivité apparaît comme une mesure de réhabilitation, favorisant celle-ci par l'éloignement de pairs criminalisés dans un contexte où la dissuasion et la dénonciation semblent nécessaires.

[450] La dissuasion spécifique, quant à elle, vise par la punition du défendeur à le dissuader de persévérer dans son agir délictuel. La dissuasion spécifique vise donc à convaincre le délinquant d'agir différemment à l'avenir, et en ce sens, elle peut être perçue comme une mesure de réhabilitation.

[451] Mais le message ne s'adresse jamais exclusivement au délinquant, puisque la communauté visée par la norme est également visée par les conséquences de sa violation. Les aspects publics de la peine sont appelés la dénonciation et la dissuasion générale. Pour Sir James Stephen, la dénonciation servait à l'éducation morale de la communauté, et était par conséquent garante de l'efficacité de la dissuasion générale :

« If in all cases criminal law were regarded only as direct appeal to the fears of persons likely to commit crimes, it would be deprived of a large part of its efficacy, for it operates, not only on the fears of criminals, but upon the habitual sentiments of those who are not criminals. A great part of the general detestation of crime which happily prevails among the decent part of the community in all civilised countries arises from the fact that the commission of

offences is associated in all such communities with the solemn and deliberate infliction of punishment wherever crime is proved. »<sup>346</sup>

[452] Aujourd'hui encore, la peine est considérée comme le véhicule de la réprobation qu'inspire le crime, et elle est supposée aider à réduire la criminalité :

« It is justification of punishment on the ground that it helps to maintain people's standards. The fact that people are punished for crime is believed to build up an abhorrence of it over the years and thus to reduce the number of those who would event remotely contemplate it. It is difficult to see how penological assumptions of this nature can ever be proved to be either right or wrong. »<sup>347</sup>

[453] L'effet dissuasif varie toutefois d'un crime à l'autre.<sup>348</sup>

[454] La même peine d'emprisonnement a donc un triple effet : elle isole le défendeur, prévenant la commission de nouvelles infractions, elle le punit et tente de cette manière de le dissuader de recommencer, et cette dissuasion, enfin, est réputée agir sur l'ensemble des délinquants potentiels<sup>349</sup>.

[455] Comme nous l'avons dit plus haut, la poursuite de ces objectifs sera limitée par le principe de proportionnalité. La peine ne doit pas être plus sévère que ce que mérite objectivement le crime.<sup>350</sup> En application de ce principe, même lorsque la réhabilitation semble entièrement illusoire, et qu'il existe, à toute fin pratique, une certitude que le délinquant récidivera, et qu'en conséquence l'isolement apparaît comme la seule mesure permettant

<sup>346</sup> Sir James Fitzjames STEPHEN, *A History of the Criminal Law of England*, vol. II, London, Macmillan and Co., 1883, p. 79.

<sup>347</sup> R. CROSS et A. ASHWORTH, *op. cit.*, note 306, p. 139

<sup>348</sup> *Id.*, p. 137; Certaines circonstances sont bien sûr plus favorables à la poursuite réaliste de l'objectif de dénonciation et dissuasion générale, par exemple lorsque le crime est de ceux que commettent les citoyens ordinaires, tel que la conduite en état d'ébriété (voir par exemple *R. c. Johnson*, (1996) 112 C.C.C. (3d) 225 (C.A. C.-B.) para. 30 ou *R. c. J.A.W.* 2006 BCCA 228, 209 C.C.C. (3d) 539, para. 19 à 22). Les propos du juge Levine de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique sont à ce sujet éclairants : « [The trial judge] emphasized the principles of deterrence and denunciation because of the nature of the offences and the offender : the offences resulted from the deliberate, conscious, and highly dangerous acts of a member of the community with whom many ordinary citizens can identify. It is when such citizens step outside the bounds of acceptable into criminal behaviour, harming others in the process, that general deterrence through the imposition of a jail sentence may have a deterrent effect. Such an offender and others like him are capable and more likely to contemplate the consequences of such offences, as compared to some of the other offender seen in the justice system. » *R. c. Dawydiuk*, 2010 BCCA 411, 263 C.C.C. (3d) 90, para. 18.

<sup>349</sup> C'était, par ailleurs, les trois manières de prévenir le crime, selon Blackstone : W. BLACKSTONE, *op. cit.*, note 167, p. 11-12.

<sup>350</sup> Ainsi : « Ainsi, indépendamment du poids que le juge souhaite accorder à l'un des objectifs susmentionnés [prévus à l'article 718 C.cr.], la peine *doit* respecter le principe fondamental de proportionnalité. » : *R. c. Nasogaluak, précité*, note 60, para. 40.

d'espérer réduire la criminalité dans le futur, cet isolement ne pourra pas durer plus longtemps que ce qu'exige la gravité objective du crime.

[456] Il y a lieu, maintenant, d'approfondir un peu plus ce principe de proportionnalité, car il connaît une exception : l'emprisonnement à durée indéterminée.

[457] Pour saisir en quoi l'emprisonnement à durée indéterminée constitue une exception au principe de proportionnalité, il faut d'abord identifier quelles sont les variables de son équation. Contrairement à ce que l'on pourrait penser, la proportionnalité entre le crime et la peine n'a pas directement pour variables le crime, d'une part, et la peine, de l'autre. Si tel était le cas, l'exercice serait impossible à réaliser, puisqu'il consisterait à tenter d'extraire une durée quantitative d'emprisonnement d'une réalité par nature qualitative.

[458] La proportionnalité est plutôt un exercice de comparaisons parallèles : le crime est comparé, d'une part, aux autres crimes, puis il en est de même des peines respectives. Ce parallélisme se retrouve dans le principe général des « fourchettes », favorisant, selon la Cour suprême la « parité » des sentences, en respect duquel les objectifs conséquentialistes doivent être poursuivis :

« Le vaste pouvoir discrétionnaire conféré aux juges chargés de la détermination de la peine comporte toutefois des limites. Il est en partie circonscrit par les décisions qui ont établi, dans certaines circonstances, des fourchettes générales de peines applicables à certaines infractions, en vue de favoriser, conformément au principe de parité consacré par le *Code*, la cohérence de peines infligées aux délinquants. »<sup>351</sup>

[459] En raison de cet exercice de comparaison, le principe de proportionnalité est tributaire de la *possibilité* de comparer les peines entre elles. Or, une peine de prison indéterminée ne *peut* pas, strictement parlant, être comparée à la durée d'une peine de prison déterminée. Premièrement, le saut quantitatif que le délinquant est passible de purger connaît un saut radical. Les peines de prison déterminées, par exemple, ne dépassent qu'exceptionnellement 25 ans. Or, si la libération conditionnelle n'est pas accordée, l'emprisonnement peut en théorie se perpétuer jusqu'à la mort d'un individu, même si celle-ci intervient 62 ans après le crime<sup>352</sup>.

[460] Deuxièmement, la seule comparaison possible se réfère au crime de la manière la plus générale qui soit. À une époque où la peine la plus sévère disponible était la peine de mort, Sir William Blackstone analysait déjà l'imposition de celle-ci pour les cas de meurtre ainsi :

---

<sup>351</sup> *R. c. Nasogaluak*, précité, note 60, para. 44.

<sup>352</sup> Ce qui est possible en prenant pour hypothèse la commission d'un meurtre à 18 ans par le délinquant, celui-ci vivant ensuite jusqu'au terme de son espérance de vie, actuellement d'environ 80 ans au Canada.

« Death is ordered to be punished by death; not because one is equivalent to the other, for that would be expiation, and not punishment. Nor is death always an equivalent for death : the execution of a needy decrepit assassin is a poor satisfaction for the murder of a nobleman in the bloom of his youth, and full enjoyment of his friends, his honors, and his fortune. But the reason upon which this sentence is grounded seems to be, that this is the highest penalty that man can inflict, and tends most to the security of the world; by removing one murderer from the earth, and setting a dreadful example to deter others : so that even this grand instance proceeds upon other principles than those of retaliation. »<sup>353</sup>

[461] Cette comparaison entre le crime le plus grave et la peine la plus grave est de l'ordre le plus général qui soit. Il n'est pas possible, en présence d'un écart quantitatif potentiel si grand entre les deux types de peine, d'utiliser le critère de proportionnalité comme critère orientant la sentence. Si l'emprisonnement à durée indéterminée est imposé, il n'est pas possible d'utiliser le principe de proportionnalité pour établir une fourchette de peines justes.

[462] L'objet du principe de proportionnalité est d'imposer une fourchette de peines disponibles pour la poursuite des objectifs de réduction du crime. Ainsi, dans l'arrêt *Nasogaluak*, le j. Lebel indiquait :

« D'une part, ce principe requiert que la sanction n'*excède* pas ce qui est juste et approprié compte tenu de la culpabilité morale du délinquant et de la gravité de l'infraction. En ce sens, le principe de proportionnalité joue un rôle restrictif. D'autre part, à l'optique axée sur l'existence de droits et leur protection correspond également une approche relative à la philosophie du châtement fondée sur le « juste dû ». Cette dernière approche vise à garantir que les délinquants soient tenus responsables de leurs actes et que les peines infligées reflètent et sanctionnent adéquatement le rôle joué dans la perpétration de l'infraction ainsi que le tort qu'ils ont causé. [...] Sous cet angle, la détermination de la peine représente une forme de censure judiciaire et sociale. [...] Toutefois, sans égard au raisonnement servant d'assise au principe de proportionnalité, le degré de censure requis pour exprimer la réprobation de la société à l'égard de l'infraction demeure dans tous les cas contrôlé par le principe selon lequel la peine infligée à un délinquant doit correspondre à sa culpabilité morale et non être supérieure à celle-ci. »<sup>354</sup>

[463] Troisièmement, tout se passe comme si cette fonction du principe de proportionnalité (d'établir des fourchettes de peine) subissait une translation d'objet : plutôt que de dicter la durée totale de la peine d'emprisonnement, il sert à mesurer la période d'inéligibilité à la libération conditionnelle.

<sup>353</sup> W. BLACKSTONE, *op. cit.*, note 167, p. 13-14

<sup>354</sup> R. c. *Nasogaluak*, *précité*, note 60, para. 42.

[464] Or, si le calcul de la proportionnalité subit une translation de l'évaluation de la durée totale de la peine à celle de la durée d'inéligibilité à la libération conditionnelle, la peine d'emprisonnement à perpétuité semble alors surajoutée au principe de proportionnalité, comme si elle relevait d'un autre principe déterminant de la détermination de la peine. Ce principe étant, bien sûr, la protection de la société par le maintien du contrôle sur le délinquant.

[465] Enfin, le caractère incomparable d'une peine à durée déterminée avec une peine à durée indéterminée devient d'autant plus convaincant que les circonstances où ces dernières sont imposées sont examinées plus attentivement.

[466] Dans notre système juridique, les peines de prison à durée indéterminée ne peuvent être imposées que dans trois cas d'espèce : après une déclaration de délinquant dangereux<sup>355</sup>, en tant que peine maximale pour certaines infractions graves<sup>356</sup> et enfin lors d'une condamnation pour meurtre<sup>357</sup>.

[467] En matière de délinquants dangereux, l'objectif des dispositions a été affirmé de la manière la plus claire par la Cour suprême. Rappelons d'abord les dispositions législatives pertinentes :

« **753.** (1) Sur demande faite, en vertu de la présente partie, postérieurement au dépôt du rapport d'évaluation visé au paragraphe 752.1(2), le tribunal doit déclarer qu'un délinquant est un délinquant dangereux s'il est convaincu que, selon le cas :

a) l'infraction commise constitue des sévices graves à la personne, aux termes de l'alinéa a) de la définition de cette expression à l'article 752, et que le délinquant qui l'a commise constitue un danger pour la vie, la sécurité ou le bien-être physique ou mental de qui que ce soit, en vertu de preuves établissant, selon le cas :

---

<sup>355</sup> Art. 753(4)a) C.cr.

<sup>356</sup> Seules quelques infractions graves sont passibles d'emprisonnement à vie, et concernent généralement des actions ayant pour conséquence la mort, le risque de mort ou une grande dangerosité : négligence criminelle causant la mort (art. 220 C.cr.), homicide involontaire coupable (art. 234 et 236 C.cr.), tentative de meurtre (art. 239 C.cr.), conduite avec les capacités affaiblies causant la mort (art. 255(3) C.cr.), certaines infractions portant atteintes à la sécurité aérienne ou maritimes (art. 74(1), 76 à 78.1 C.cr.), certaines infractions impliquant des substances dangereuses (art. 80 et 81 C.cr.) ou des armes à feu (art. 98 et 98.1, 273(2), 279(1.1) C.cr., etc.), certaines infractions de terrorisme (Partie II.1 du C.cr.), etc. Certaines infractions graves, mais objectivement moins dangereuses, sont également passibles d'emprisonnement à perpétuité (par exemple, le vol qualifié (art. 344b) C.cr.). Mais les infractions très graves, tout en étant moins dangereuses, ne sont généralement pas passibles d'une peine d'emprisonnement à perpétuité. Des infractions aussi graves qu'inceste (art. 155 C.cr.), proxénétisme d'une personne mineure (art. 212(2) C.cr.), décharger une arme à feu dans l'intention de blesser (art. 244 C.cr.), conduite dangereuse causant la mort (art. 249 C.cr.), voies de fait graves (268 C.cr.), torture (269.1 C.cr.), agression sexuelle grave sans usage d'une arme à feu (art. 273(2)b) C.cr.) ne sont pas passibles de cette peine.

<sup>357</sup> Art. 235(1) C.cr.

(i) que, par la répétition de ses actes, notamment celui qui est à l'origine de l'infraction dont il a été déclaré coupable, le délinquant démontre qu'il est incapable de contrôler ses actes et permet de croire qu'il causera vraisemblablement la mort de quelque autre personne ou causera des sévices ou des dommages psychologiques graves à d'autres personnes,

(ii) que, par la répétition continuelle de ses actes d'agression, notamment celui qui est à l'origine de l'infraction dont il a été déclaré coupable, le délinquant démontre une indifférence marquée quant aux conséquences raisonnablement prévisibles que ses actes peuvent avoir sur autrui,

(iii) un comportement, chez ce délinquant, associé à la perpétration de l'infraction dont il a été déclaré coupable, d'une nature si brutale que l'on ne peut s'empêcher de conclure qu'il y a peu de chance pour qu'à l'avenir ce comportement soit inhibé par les normes ordinaires de restriction du comportement;

b) l'infraction commise constitue des sévices graves à la personne, aux termes de l'alinéa b) de la définition de cette expression à l'article 752, et que la conduite antérieure du délinquant dans le domaine sexuel, y compris lors de la perpétration de l'infraction dont il a été déclaré coupable, démontre son incapacité à contrôler ses impulsions sexuelles et laisse prévoir que vraisemblablement il causera à l'avenir de ce fait des sévices ou autres maux à d'autres personnes.

[...]

(4) S'il déclare que le délinquant est un délinquant dangereux, le tribunal :

a) soit lui inflige une peine de détention dans un pénitencier pour une période indéterminée;<sup>358</sup>

[468] L'arrêt de principe en la matière est l'arrêt *R. c. Lyons*, dans lequel le juge La Forest, pour la majorité, énonce l'opinion selon laquelle les dispositions concernant les délinquants dangereux sont une application des principes de détermination de la peine à des faits tels que le principe de proportionnalité doit céder le pas à l'objectif de protection de la société. Il souligne ainsi la profonde connivence entre les mesures prévues pour les délinquants dangereux et les principes de détermination de la peine :

« Je ne vois rien qui s'oppose à ce que la décision de qualifier le délinquant de dangereux ou de lui infliger une peine d'emprisonnement pour une durée indéterminée repose en partie sur la conclusion que son comportement violent et antisocial du passé continuera vraisemblablement. De tels facteurs jouent dans un très grand nombre de sentences. Je souscris donc au point de vue de l'intimée selon lequel on ne saurait considérer comme un manquement à la justice fondamentale le fait que le Parlement identifie les délinquants dont la peine devrait, dans l'intérêt de la protection du public, être établie en fonction de facteurs qui ne sont pas entièrement réactifs ou fondés sur le principe du "châtiment mérité". L'imposition d'une sentence qui [TRADUCTION] "est punitive en partie, mais qui vise surtout à protéger le public" (Re Moore and the

<sup>358</sup> Art. 753(1) et (4) C.cr.

*Queen* (1984), 10 C.C.C. (3d) 306 (H.C. Ont.)) me semble concorder avec l'objet fondamental du droit criminel en général, et de l'imposition des peines en particulier, savoir la protection de la société. Dans un système rationnel de détermination des peines, l'importance respective de la prévention, de la dissuasion, du châtement et de la réinsertion sociale variera selon la nature du crime et la situation du délinquant. Personne n'a prétendu que l'une quelconque de ces considérations pratiques ne devrait pas entrer en ligne de compte dans les décisions législatives ou judiciaires concernant les peines à imposer.

D'où l'importance de reconnaître la nature précise des objectifs pénologiques de la partie XXI. Il est clair que la détention pour une période indéterminée répond à des fins à la fois punitives et préventives. L'une et l'autre constituent des buts légitimes de la sanction pénale. De fait, lorsque la société incarcère un voleur pendant dix ans, par exemple, il est évident que le but visé est double: punir l'auteur du crime et empêcher la récidive pendant cette période. Toutefois, la détention préventive dans le contexte de la partie XXI représente simplement un jugement que l'importance relative des objectifs de réinsertion sociale, de dissuasion et de châtement peut diminuer sensiblement dans un cas particulier et celle de la prévention s'accroître proportionnellement. La partie XXI ne fait que permettre à la cour d'adapter la peine à la réalité bien évidente que la situation actuelle du délinquant est telle que sa conduite n'est pas soumise aux contraintes normales, de sorte qu'on peut s'attendre avec un grand degré de certitude à ce que cette personne commette des actes de violence dans l'avenir. Il serait donc insensé que de ne pas fixer la peine en conséquence. »<sup>359</sup>

[469] Le régime des délinquants dangereux est une application tout à fait extraordinaire des principes de détermination de la peine. D'ailleurs, la peine de détention indéterminée qui en découle a fait l'objet de plusieurs contestations constitutionnelles et les mesures de ce régime, pourtant exigeant en matière de preuve<sup>360</sup>, ont souvent été jugées à la limite de la constitutionnalité. Ainsi, le pouvoir discrétionnaire du juge d'imposer ou non une peine d'emprisonnement indéterminée est une exigence constitutionnelle<sup>361</sup>, tout comme la nécessité de faire cesser l'emprisonnement si elle n'apparaît plus nécessaire à la protection de la société<sup>362</sup>.

[470] La jurisprudence n'a pas appliqué les mêmes principes d'interprétation aux dispositions concernant les délinquants à contrôler. Dans *R. c. L.M.*, par exemple, la Cour suprême a voulu exclure la période de surveillance dans la communauté que doit subir un délinquant à contrôler de la fourchette qu'imposait le principe de proportionnalité. Elle s'est appuyée sur le caractère « punitif » de l'emprisonnement :

<sup>359</sup> *R. c. Lyons*, [1987] 2 R.C.S. 309, para. 26-27 (j. La Forest).

<sup>360</sup> Rappelons qu'entre 1978 et avril 2007, seuls 427 criminels ont été déclarés délinquants dangereux : Dominique VALIQUET, *Le régime des délinquants dangereux et des délinquants à contrôler*, Ottawa, Bibliothèque du Parlement, Service d'information et de recherche parlementaires, 4 novembre 2008, p. 8, disponible en ligne à <<http://www.parl.gc.ca/content/LOP/ResearchPublications/prb0613-f.pdf>> [consulté le 2 janvier 2012].

<sup>361</sup> *R. c. Johnson*, [2003] 2 R.C.S. 357, 2003 CSC 46, para. 20.

<sup>362</sup> *R. c. Jones*, [1994] 2 R.C.S. 229, p. 76-77/86, j. Gonthier.

« En effet, l'examen des objectifs, méthodes et techniques propres à la détermination de la peine permet de distinguer ces deux types de décisions. L'objectif premier d'une peine de prison demeure le châtement, bien qu'il doive être déterminé conformément aux principes prévus par le *Code criminel*. Par contre, la prévention contre la récidive et la protection du public au cours d'une période de réinsertion sociale contrôlée constituent l'objectif et représentent la raison d'être de la mesure de surveillance d'un contrevenant alors qu'il se trouve dans la collectivité. »<sup>363</sup>

[471] Il existe bien sûr une différence fondamentale entre la poursuite de l'objectif de protection de la société par l'isolement du délinquant et par sa surveillance dans la communauté. C'est ce que reconnaît la Cour suprême dans *L.M.* en indiquant que « l'objectif premier » d'une peine de prison demeure le châtement ». La vérité que recèle cette affirmation est que l'emprisonnement est une mesure si importante que sa dimension « punitive » est impossible à ignorer.

[472] La différence entre l'emprisonnement à durée déterminée des délinquants à contrôler et l'emprisonnement à durée indéterminée des délinquants dangereux demeure toutefois manifeste à la lumière du raisonnement utilisé par la Cour suprême pour identifier les objectifs visés par l'emprisonnement du délinquant à contrôler :

« Ensuite, le juge déterminant la peine n'adoptera pas la même méthode de calcul pour déterminer la durée de chacune des étapes. En effet, la durée d'une peine de prison est tempérée par plusieurs facteurs dont la gravité de l'infraction, le niveau de responsabilité du délinquant, le principe de parité, la possibilité d'une sanction moins contraignante, pour ne nommer que ceux-là. À l'opposé, celle de la surveillance dans la collectivité se base sur le passé criminel et les risques de récidive du délinquant, qu'apprécie le rapport d'évaluation. »<sup>364</sup>

[473] Ce passage compare la *durée* de l'emprisonnement à la durée de la surveillance. Or, en matière de délinquant dangereux, la durée est indéterminée (et ne peut donc pas être « tempérée » par les principes tout juste dictés), mais encore la méthode de calcul s'appuie sur le même type de critère que ceux pour déterminer la durée de la *surveillance* dans la collectivité.

[474] Il n'est donc pas surprenant que la jurisprudence insiste sur la similarité entre le régime des délinquants dangereux et la peine d'emprisonnement à perpétuité :

Les critères qui, d'après la jurisprudence, doivent être remplis pour qu'une peine d'emprisonnement à perpétuité soit imposée ressemblent beaucoup à ceux énoncés à la partie XXI. En fait, les peines d'emprisonnement à perpétuité et les

<sup>363</sup> *R. c. L.M., précité*, note 325, para. 46.

<sup>364</sup> *Id.*, para. 47.

peines prévues à la partie XXI visent essentiellement les mêmes objectifs et le même type de délinquant.<sup>365</sup>

[475] Ces critères sont la gravité du crime et la dangerosité du délinquant. Le juge Jessup de la Cour d'appel de l'Ontario exprimait ainsi l'application de ces critères :

« When an accused has been convicted of a serious crime in itself calling for a substantial sentence and when he suffers from some mental or personality disorder rendering him a danger to the community but not subjecting him to confinement in a mental institution and when it is uncertain when, if ever, the accused will be cured of his affliction, in my opinion the appropriate sentence is one of life. Such a sentence, in such circumstances, amounts to an indefinite sentence under which the parole board can release him to the community when it is satisfied, upon adequate psychiatric examination, it is in the interest of the accused and of the community for him to return to society. »<sup>366</sup>

[476] Ces principes ont été maintes fois appliqués.<sup>367</sup> Malgré la grande déférence due à l'application des principes de détermination de la peine par le juge de première instance, la Cour d'appel du Québec a ainsi remplacé une peine d'emprisonnement à perpétuité par une peine de 15 ans<sup>368</sup> en émettant les propos suivants, très représentatifs des critères à appliquer :

« Ici, l'absence de violence antérieure permet de croire que le geste reproché ne correspond pas à la personnalité de l'appelant, et qu'il s'agit donc d'un geste isolé. Ce qui peut également permettre de démontrer qu'il n'a pas une personnalité délinquante.

Bref, la situation personnelle de l'appelant permettait d'envisager sa réhabilitation et ne justifiait pas de lui infliger la peine maximale [...] »<sup>369</sup>

[477] Dans cette affaire, le crime de tentative de meurtre auquel avait été condamné le défendeur était sordide : l'accusé avait poignardé au visage, au cou et au thorax son épouse qui voulait le quitter. Elle avait subi de graves blessures aux mains et aux avant-bras en tentant de se protéger, et le crime avait été commis devant son fils de 11 ans, à jamais marqué par le drame. Si une peine sévère s'imposait, l'emprisonnement à perpétuité apparaissait comme une application erronée des principes de détermination de la peine.

<sup>365</sup> *R. c. Lyons, précité*, note 359, para. 29 (j. La Forest).

<sup>366</sup> *R. c. Hill*, (1974) 15 C.C.C. (2d) 145 (C.A. Ont.), 147-148 (j. Jessup).

<sup>367</sup> Dans *Mesgun c. La Reine*, [1997] O.J. No 5158 (C.A. Ont.), par exemple, la Cour d'appel de l'Ontario a confirmé une peine d'emprisonnement à perpétuité en insistant sur les épisodes de violence survenus auparavant démontrant que l'accusé n'était pas hors de lui au moment du crime et qu'il pouvait donc récidiver : para. 15; de même, dans *R. c. Lieug*, [1995] O.J. No 2424 (C.A. Ont.), il y avait encore un sérieux risque de récidive, voir aussi *R. c. Nippard*, (1993) 83 C.C.C. (3d) 410 (C.A. N.&L.).

<sup>368</sup> Auquel fut soustrait 2 ans d'emprisonnement provisoire pour une peine finale de 13 ans.

<sup>369</sup> *R. c. Roy*, 2010 QCCA 16, para. 61-62.

[478] À l'inverse, la Cour d'appel d'Ontario dans *R. v. Hill*, avait renversé la peine de 12 ans d'emprisonnement pour une agression sexuelle causant des lésions et avait imposé une peine d'emprisonnement à vie. Les faits étaient également particulièrement sordides<sup>370</sup>. Le défendeur était également sans antécédents; toutefois, sa dangerosité était considérée élevée par le psychiatre l'ayant évalué.

« When an accused has been convicted of a serious crime in itself calling for a substantial sentence and when he suffers from some mental or personality disorder rendering him a danger to the community but not subjecting him to confinement in a mental institution and when it is uncertain when, if ever, the accused will be cured of his affliction, in my opinion the appropriate sentence is one of life. Such a sentence, in such circumstances, amounts to an indefinite sentence under which the parole board can release him to the community when it is satisfied, upon adequate psychiatric examination, it is in the interest of the accused and of the community for him to return to society. »<sup>371</sup>

[479] Tout en étant une application des principes de détermination de la peine, l'emprisonnement à perpétuité, tout comme l'emprisonnement indéterminé du régime des délinquants dangereux, demeure donc une application exceptionnelle de ces principes en ce que le principe de proportionnalité ne joue pas son rôle de fourchette habituel. Selon les auteurs Sir Rupert Cross et Andrew Ashworth, le pouvoir limitatif habituel du principe de proportionnalité est même manifeste de la rareté même d'application des peines d'emprisonnement à perpétuité :

« It has already been noted that the sentence of life imprisonment breaches the principle of proportionality, but the rarity of such sentences suggests that the Courts recognise that any preventive sentence should generally be limited by considerations of proportionality. »<sup>372</sup>

[480] En accord avec ce caractère exceptionnel, la jurisprudence canadienne établit le principe selon lequel lorsque le juge est tenté d'imposer une peine d'emprisonnement à perpétuité, il devrait privilégier la procédure de délinquant dangereux, qui offre plus de garanties à l'accusé. Ainsi, le j. Martin disait :

---

<sup>370</sup> « Under circumstances indicating planning and deliberation, the appellant went at night to a home where the fourteen-year-old, virginal complainant was baby-sitting. After assaulting her with his fists he forcibly stripped her of all her clothes and, although she was menstruating, then raped her. He then forced the complainant, unclothed except for a jacket she threw on, to go outside with the evident intention of taking her somewhere in his car. When the complainant attempted to run away he overtook her and forced her back into the house. When the complainant then attempted to use the telephone, the appellant knocked her to the floor and with a paring knife stabbed her repeatedly in the face and eyes and about the throat until the knife broke. As a result the complainant may lose the sight of one eye. The appellant then fled the house abandoning the wounded complainant. While the appellant had considerable to drink the evening of the crimes, there is no suggestion that he lacked the requisite intent to commit them. » *R. v. Hill*, (1974) 15 C.C.C. (2d) 145, para. 2 (j. Jessup)

<sup>371</sup> *R. v. Hill*, précité, note 366, para. 8 (j. Jessup)

<sup>372</sup> Sir R. CROSS et A. ASHWORTH, *op. cit.*, note 306, p. 135.

« This Court has said on more than one occasion that rather than sentence a person who has been convicted of a serious offence and who is in continuing danger to life imprisonment, the prosecution should proceed under the dangerous offender provisions, where the offender has greater protection. »<sup>373</sup>

[481] En conséquence, la peine d'emprisonnement à perpétuité n'est en pratique<sup>374</sup> presque jamais imposée, sauf à l'égard d'un meurtre.

[482] Par ailleurs, la peine imposée pour le meurtre apparaît exceptionnelle à deux autres égards : d'une part l'emprisonnement à durée indéterminée est mandatoire (alors que son application est discrétionnaire tant à l'égard des autres peines d'emprisonnement à perpétuité qu'en matière de délinquants dangereux), d'autre part – et ceci est en quelque sorte une conséquence de cela – la dangerosité du délinquant n'est pas un critère à prendre en compte dans son imposition.

[483] Il y a maintenant lieu de remarquer que la peine mandatoire prévue pour le meurtre a donné lieu à d'importantes conséquences constitutionnelles : dans les arrêts *Vaillancourt*<sup>375</sup> et *Martineau*<sup>376</sup>, la majorité de la Cour suprême, sous la plume du j. Lamer, a indiqué qu'en raison de cette peine tout à fait exceptionnelle, ainsi que du stigmate associé à une condamnation pour meurtre, l'infraction de meurtre devait – et c'est là une exigence constitutionnelle – être restreinte à des actes qui causent la mort et qui, de surcroît, s'accompagnent d'un « élément mental spécial ».

[484] Ainsi s'exprime le j. Lamer pour la majorité dans l'arrêt *Vaillancourt* :

« Cependant, quelle que soit la *mens rea* minimale requise pour l'acte ou le résultat, il existe, quoiqu'ils soient très peu nombreux, des crimes pour lesquels, en raison de la nature spéciale des stigmates qui se rattachent à une déclaration de culpabilité de ceux-ci ou des peines qui peuvent être imposées le cas échéant, les principes de justice fondamentale commandent une *mens rea* qui reflète la nature particulière du crime en question. Tel est le cas du vol dont, selon moi, on ne peut être déclaré coupable que s'il y a preuve d'une certaine malhonnêteté. Le meurtre en est un autre exemple. La peine imposée pour le meurtre est la plus sévère que l'on trouve dans notre société et les stigmates qui se rattachent à une déclaration de culpabilité de meurtre sont tout aussi extrêmes. En outre, le meurtre ne se distingue de l'homicide involontaire coupable que par l'élément moral concernant la mort. Il est ainsi évident qu'il doit exister quelque élément moral spécial concernant la mort pour qu'un homicide coupable puisse être considéré comme un meurtre. Cet élément moral spécial engendre la réprobation

<sup>373</sup> *R. c. Crosby*, (1982) 1 C.C.C. (3d) 233 (C.A. Ont.), para. 29, cité avec approbation par le j. Laforest : *R. c. Lyons*, *précité*, note 359, para. 30.

<sup>374</sup> Comme à toute pratique, il existe des exceptions: par exemple, *R. c. Demontigny*, [1993] J.Q. no. 2057 (C.A. QC).

<sup>375</sup> *R. c. Vaillancourt*, [1987] 2 R.C.S. 636.

<sup>376</sup> *R. c. Martineau*, *précité*, note 14.

morale qui justifie les stigmates et la sentence liés à une déclaration de culpabilité de meurtre. Je suis présentement d'avis qu'en vertu d'un principe de justice fondamentale la déclaration de culpabilité de meurtre ne saurait reposer sur quelque chose de moins que la preuve hors de tout doute raisonnable de la prévision subjective. »<sup>377</sup>

[485] Deux choses justifient donc cette exigence de cet « élément moral spécial » selon le juge Lamer : le stigmate associé au meurtre et sa peine. Le critère du stigmate a été sévèrement critiqué pour son caractère flou, ambiguë, et difficile d'application<sup>378</sup>. D'une part, le stigmate associé au meurtre n'est pas intangible : le meurtre étant une construction juridique, son stigmate est susceptible de varier selon son contenu. D'autre part, il est pour le moins surprenant que la différence entre les stigmates associés au meurtre et ceux associés à l'homicide involontaire coupable soit si grande qu'elle impose une exigence constitutionnelle aussi précise qu'une intention *subjective* (en cause dans l'affaire *Martineau* était la constitutionnalité d'une *mens rea* objective quant à la conséquence de mort). Dans un passage d'une rare véhémence, la juge L'Heureux-Dubé, dissidente en l'espèce, s'exclamait ainsi :

« Je trouve cette insistance sur les "stigmates" sociaux exagérée et, dans la plupart des cas, complètement inapplicable. Les faits des présents pourvois révèlent la nature vraiment odieuse des actes criminels en cause. Le souci que ces contrevenants ne soient pas marqués de l'opprobre du condamné constitue, à mon avis, un exemple parfait de compassion mal placée. Si l'on craint que ces délinquants souffrent de leur qualification de "meurtrier", je ne crois pas que leur sort sera plus enviable si on les qualifie d'"auteurs d'homicide involontaire coupable". »<sup>379</sup>

[486] Le critère de la peine la plus sévère n'a quant à lui pas été analysé en profondeur ni par les majorités du j. Lamer, ni par les minorités, ni par les dissidents dans les arrêts *Vaillancourt* et *Martineau*. Il offre pourtant aux conclusions du j. Lamer de plus solides assises.

[487] Car même si la Cour suprême a procédé à l'envers pour justifier la peine d'emprisonnement à perpétuité (c'est-à-dire, au lieu de modifier la peine applicable à un crime parce que celle-ci ne serait pas conforme aux principes de justice fondamentale, elle a modifié les composantes du crime lui-même), le sens du message n'en demeure pas moins qu'en matière de meurtre, la peine d'emprisonnement à perpétuité mandatoire n'est justifiable que si l'agent avait subjectivement prévue le risque de mort.

<sup>377</sup> R. c. *Vaillancourt*, précité, note 375, para. 28.

<sup>378</sup> Voir par exemple Peter LINDSAY, « The Implications of *R. v. Vaillancourt* : Much Ado About Nothing? » (1989), 47 *U. of T. Fac. Law Rev.* 465.

<sup>379</sup> R. c. *Martineau*, précité, note 14, p. 54/63. Voir aussi la dissidence du juge McIntyre dans l'arrêt *Vaillancourt*, selon lequel on ne saurait donner un tel effet constitutionnel à l'utilisation par le législateur du libellé « meurtre » plutôt qu'« homicide » : R. c. *Vaillancourt*, précité, note 375, para. 51.

[488] Le régime de délinquants dangereux s'articule quant à lui autour de la *dangerosité* du délinquant. Cette preuve de dangerosité peut être faite de diverses manières. Les alinéas 753(1)a)(i) et (2) C.cr., par exemple, fait preuve de la dangerosité du délinquant son *incapacité* à maîtriser ses pulsions.<sup>380</sup> Mais pour nos fins, ce sont les alinéas 753(1)a)(ii) et (iii) qui sont remarquables. En vertu de l'alinéa (ii), le délinquant doit « démontre[r] une indifférence marquée quant aux conséquences [...] que ses actes peuvent avoir sur autrui ». En vertu de l'alinéa (iii), le comportement du délinquant doit être « [...] d'une nature si brutale [...] » que son inhibition future « [...] par les normes ordinaires de restriction du comportement » paraît peu probable.

[489] Les dispositions sont claires : le critère déterminant de ces dispositions est la dangerosité du délinquant à la lumière du caractère moral que ses actes reflètent. Que ce soit « l'indifférence marquée » à l'égard des autres, ou l'absence d'inhibition « par les normes ordinaires de restriction du comportement », le législateur fait référence aux valeurs morales et à leur application concrète par l'agent.

[490] Or, cela n'est pas sans rappeler cet « élément moral spécial » qui caractérise la constitutionnalité de l'infraction de meurtre. Lorsqu'un agent a posé un acte qui a causé la mort d'un autre individu, alors même qu'il avait subjectivement prévu le risque que la mort s'ensuive, l'acte ne manifeste-t-il pas une « indifférence marquée quant aux conséquences que ses actes peuvent avoir sur autrui », ou une absence d'inhibition « par les normes ordinaires de restriction du comportement »?

[491] Il n'est pas nécessaire, pour que la peine prévue pour le meurtre soit justifiée, que le meurtre démontre véritablement la dangerosité future du meurtrier. La décision du législateur à justifier est plutôt la suivante : la protection du public *par la neutralisation* du délinquant doit être mise de l'avant de manière systématique dès qu'il y a eu meurtre, et ce jusqu'à ce que le risque que représente le délinquant soit considéré socialement acceptable, même si cela signifie d'imposer une peine qui excède le plafond qu'exigerait les strictes considérations de proportionnalité.

[492] Rappelons que la neutralisation, comme mesure de protection de la société, offre le flan à plusieurs critiques. L'objection morale kantienne célèbre selon laquelle les êtres humains ne doivent jamais être utilisés comme des moyens mais comme des fins trouve ici son

---

<sup>380</sup> Il est intéressant de noter que c'est la même incapacité à contrôler sa conduite dont nous discutons au chapitre 2 qui conduit ici non pas à l'absolution des fautes, mais à la punition la plus sévère de notre système.

application, puisque la neutralisation du délinquant utilise leur isolement pour la protection d'autres membres de la société. Le professeur Ashworth formulait la même critique à l'égard de du principe de dénonciation :

« Apart from the empirical objections, there is also a principled objection to incapacitative sentencing, which parallels the objection to general deterrent sentencing: individuals are being punished, over and above what they deserve, in the hope of protecting future victims from harm. In both cases it is essentially a moral objection to sacrificing one offender's liberty in the hope of increasing the future safety of others. The force of such an objection is particularly strong where the successful prediction rate is low, and yet its high moral content is often submerged by seductive references to increased public protection and public safety. »<sup>381</sup>

[493] Comme le mentionne le professeur Ashworth, cette critique est particulière forte lorsque l'évaluation de la dangerosité est approximative. Pour cette raison, l'évaluation de la dangerosité repose généralement sur l'analyse de la commission de plusieurs actes. D'ailleurs, la jurisprudence reconnaît que bien qu'une déclaration de délinquant dangereux soit imposée suite à la commission d'un acte précis, les dispositions ne visent pas à répondre à ce seul acte, mais bien à la dangerosité réelle du délinquant.<sup>382</sup>

[494] La peine pour meurtre, à l'inverse, ne repose que sur la commission d'un seul acte. L'opportunité d'autant privilégier la neutralisation du délinquant est par conséquent plus incertaine.

[495] Il n'est dès lors pas surprenant que la Cour suprême, dans les arrêts *Vaillancourt* et *Martineau*, ait été si exigeante à l'égard des composantes de l'infraction de meurtre. En constitutionnalisant l'exigence d'une *mens rea* subjective à l'égard de l'infraction de meurtre, la Cour suprême s'assurait que la peine pour meurtre soit réservée aux actes les plus significatifs sur le plan moral.

[496] Dans ce contexte, l'utilité de la défense de provocation apparaît manifeste. Les observations faites dans la section précédente à l'égard de la capacité de la colère de brouiller la signification morale de l'acte s'appliquent. Conjointement avec le critère objectif, la grande colère qu'exige la défense de provocation permet de brouiller le lien entre l'acte et le caractère moral du délinquant.

---

<sup>381</sup> Andrew ASHWORTH, *précité*, note 323, p. 85.

<sup>382</sup> Ainsi, dans *R. c. Langevin*, (1984) 11 C.C.C. (3d) 336 (C.A. Ont.), la Cour d'appel de l'Ontario avait refusé d'appliquer les protections prévues à l'article 11c) de la C.c.D.L. au motif que la peine imposée ne l'était pas spécifique « en punition du crime commis » : « The dangerous offender proceedings against the offender are not "in respect of the offence" but in respect of his future dangerousness. » (para. 58)

[497] En conséquence, la défense de provocation semble propice à identifier des situations où il y a lieu de suspendre l'application du régime exceptionnel des peines que constitue l'emprisonnement à perpétuité mandatoire pour appliquer le régime commun des peines qui doivent être plafonnées par les considérations habituelles de proportionnalité.

### ***Conclusion du troisième chapitre***

[498] Les analyses contenues à ce chapitre se sont attardées à démontrer comment il est possible de conceptualiser la défense de provocation comme une application particulière des principes gouvernant la détermination de la peine. Elles ont montré, ainsi, comment la colère, nécessaire à l'application de la défense de provocation, peut brouiller la mesure de la culpabilité de l'agent. De même, en suivant un long chemin intellectuel, elles ont montré comment la défense de provocation poursuivait d'une certaine manière les objectifs conséquentialistes de la détermination de la peine.

[499] Ces analyses se sont appuyées essentiellement sur celles de la jurisprudence canadienne en matière de détermination de la peine. Elles ont consisté, ainsi, à s'appuyer sur celle-ci pour construire un édifice théorique d'une certaine ampleur (en ce qui concerne la poursuite des objectifs conséquentialistes), jetant un éclairage nouveau constitué de parallèles rarement mis en lumière. Par ce processus, ni le droit positif en matière de détermination de la peine, ni les principes jurisprudentiels le gouvernant n'ont été critiqués ou remis en question. L'analyse consistait plutôt à s'appuyer sur ceux-ci pour justifier la défense de provocation, ou plutôt pour montrer qu'il est possible de la justifier.

[500] Tel qu'il a été mentionné lors de l'introduction, l'analyse est demeurée en quelque sorte extérieure à la défense de provocation, en ce qu'elle n'a pas eu pour objet de critiquer son application concrète tel qu'il se fait au Canada. Toutefois, en ce qui concerne la théorie au nom de laquelle une telle critique devrait se faire, les grands principes ont été mis en place.

## Conclusion

[501] Quel est donc le fondement moral de la défense de provocation? Cette étude a analysé trois possibilités : 1) la provocation est une justification partielle de l'acte commis, 2) la provocation est une excuse partielle de l'acte commis ou 3) la provocation, en vertu des principes applicables à la détermination de la peine, impose pour l'acte commis une peine différente en nature et en durée à ce que l'acte eût autrement exigé.

[502] Dans le premier chapitre, nous avons analysé la nature d'une justification. Nous avons établi que la véritable nature d'une justification consistait à nier le caractère mauvais d'un acte. Cette négation forme l'essentiel du sceau moral que colportent les justifications – en opposition, par exemple, à la simple « explication » d'un acte.

[503] Nous avons également établi que la justification devait être à la fois subjective – c'est-à-dire être la raison pour laquelle l'agent qui la revendique a agi – et objective.

[504] Ces deux analyses ont permis d'exclure la justification comme fondement possible d'une défense de provocation. La défense de provocation ne justifie pas objectivement l'acte commis; en effet, aucune personne ne soutient qu'une provocation, quelle qu'en soit la nature, permet de justifier la commission d'un meurtre. La présence d'une provocation n'offre aucun « sceau d'acceptabilité sociale » à la commission d'un meurtre.

[505] Cela est d'autant plus vrai que correctement comprise, une justification ne peut pas être partielle. Soit elle est complète, et l'acte est justifié, soit l'acte n'est pas justifié, et il n'existe aucune justification qui vaille.

[506] Dans le second chapitre, nous avons analysé la nature d'une excuse. Les contours de ce concept se sont avérés plus imprécis. D'abord, nous avons dû diviser les excuses en deux catégories, soit les excuses « véritables », qui consistent à nier la culpabilité d'un acte, et les excuses de la famille du pardon, qui, sans nier la culpabilité de l'acte, impose une réduction des conséquences normatives de l'acte coupable.

[507] Puisque les excuses qui nous intéressaient étaient de la nature de négation de culpabilité, nous avons dû préciser la différence entre l'absence de responsabilité et l'absence de culpabilité. Nous avons ainsi pu clarifier ce qu'était que la responsabilité élémentaire et les concepts juridiques s'y rattachant (les troubles mentaux, l'incapacité à subir son procès et l'incapacité à apprécier les risques liés à sa conduite). Nous avons ainsi eu l'occasion d'écartier l'irresponsabilité criminelle comme fondement possible à la défense de provocation.

[508] Ensuite, avant de comparer le concept d'excuse à la défense de provocation, nous avons dû nous attarder à une tendance doctrinale qui consiste à appuyer le concept d'excuse sur le caractère de l'agent qui commet l'infraction. Cette tendance, à notre avis, n'est pas compatible avec l'objet véritable du droit criminel (les actes) et ne permet pas de rendre compte de l'exercice que constitue la condamnation en droit criminel. Cette partie de notre étude a donc eu pour objet de démontrer cette incompatibilité. Cela a été particulièrement pertinent pour notre objet d'étude, puisque comme nous l'avons vu, ce sont sur de telles tendances que les auteurs qui défendent le caractère excusatoire de la défense de provocation s'appuient.

[509] Une fois le concept d'excuse débarrassé d'impuretés, il nous a été facile de démontrer son caractère étranger à la défense de provocation. Alors que l'excuse consiste à *nier* l'existence d'un élément caractéristique de la culpabilité, la provocation consiste à *admettre* cette culpabilité tout en plaidant la présence de circonstances atténuantes. Il apparaissait donc clair que le concept d'excuse ne pouvait fournir de substrat théorique et moral à l'analyse de la défense de provocation.

[510] Le troisième chapitre s'est donc attardé aux principes de détermination de la peine. Son objectif consistait à vérifier s'il était possible d'analyser et d'articuler la défense de provocation à l'intérieur de ces principes.

[511] Les principes de détermination de la peine se divisent en deux familles de principes : d'une part, le principe de proportionnalité prévoit que la peine doit être proportionnelle à la gravité de l'infraction et à la culpabilité du délinquant. D'autre part, les principes conséquentialistes visent à déterminer la peine la plus susceptible de réduire la criminalité, soit par la neutralisation du délinquant, sa dissuasion, sa réhabilitation ou la dissuasion collective.

[512] Il s'est avéré possible d'analyser et d'articuler la défense de provocation à l'intérieur de ces principes. D'une part, la défense de provocation, par ses critères d'application, identifie des situations factuelles où la culpabilité du délinquant est moindre – ou probablement moindre – que lors d'un meurtre « ordinaire ». En effet, la présence d'une colère extrême brouille le lien moral que le délinquant entretient normalement avec son acte. Dans le contexte où cette colère doit être provoquée par une insulte ou une injure de telle nature qu'elle suffise à priver une personne ordinaire du pouvoir de se maîtriser (critère objectif de la défense de provocation), la défense de provocation permet d'identifier certaines situations factuelles où le meurtre semble être véritablement une « erreur de parcours » du délinquant, et celui-ci mérite en conséquence une peine moins sévère.

[513] D'autre part, la défense de provocation identifie également des situations factuelles où la *dangerosité* du délinquant est moindre. En effet, pour les mêmes motifs tout juste cités (la colère et le critère objectif), la défense de provocation identifie des situations où il est possible de poursuivre les objectifs de protection de la société sans insister sur la neutralisation permanente du délinquant. La neutralisation du délinquant est pourtant la méthode caractéristique de réponse au crime de l'infraction de meurtre. En identifiant des situations factuelles où une telle réponse semble moins appropriée, la défense de provocation trouve une justification morale dans les principes de détermination de la peine.

[514] Cette étude n'avait pour objectif ni d'offrir une théorie exhaustive des fondements de la défense de provocation, ni de s'attarder aux conséquences de ces fondements sur l'analyse et la critique de ses critères d'application. Elle visait d'abord à exclure de l'analyse de ces fondements les concepts de justification et d'excuse, et ensuite à démontrer la possibilité d'utiliser plutôt les principes de détermination de la peine.

[515] L'analyse est donc demeurée, en quelque sorte, « à l'extérieur » du moyen de défense. Aucun des nœuds interprétatifs abordés en introduction (*comment* analyser le critère objectif, *qu'est-ce qui* constitue une provocation suffisante, *quelle intensité* de colère est nécessaire au succès du moyen de défense, *quels critères* attribuer à la personne raisonnable, etc.) n'a été dénoué.

[516] Par exemple, qu'est-ce qu'une provocation « de telle nature qu'elle suffise à faire perdre à une personne ordinaire le pouvoir de se contrôler »? L'analyse de ce critère comme étant non pas une justification de l'acte commis mais comme une cause intelligible de la colère permet de lui enlever une certaine lourdeur, puisque la provocation n'a plus à résonner à l'esprit comme une possible « candidate » à une justification d'un meurtre (ce qu'aucune provocation ne pouvait de toute façon revendiquer).

[517] Également, si le critère objectif permet de distinguer entre les individus particulièrement belliqueux et ceux de caractère ordinaire, peut-être que les directives au jury devraient refléter cette réalité. Peut-être serait-il pertinent d'indiquer au jury que la « personne ordinaire » est une personne qui partage les mêmes caractéristiques que l'accusé, tout en n'étant ni belliqueuse, ni agressive.

[518] Également, en ce qui concerne la question des « attributs culturels » de la personne ordinaire – c'est-à-dire la question de savoir si certains actes devraient être perçus comme une provocation lorsqu'ils ne constituent une telle provocation qu'en raison de l'origine culturelle du

défendeur –, il est possible que l'importance pour la défense de provocation d'identifier des situations factuelles où la dangerosité (caractérisée en matière de meurtre par le mépris de la vie humaine) est moindre que lors d'un meurtre « ordinaire » apporte certaines réponses. L'élément culturel que la défense souhaite attribuer à la personne ordinaire relève-t-il, en effet, d'un mépris de la vie humaine (auquel cas il ne devrait pas être attribué à la personne ordinaire)? Il serait intéressant, à notre avis, d'analyser le crime d'honneur dans cette perspective.

[519] Quoiqu'il en soit, ces questions sont trop vastes pour être tranchées ici. Cette étude n'aura été, en définitive, que prolégomènes à l'analyse et à la critique de la défense de provocation en droit canadien. Si nous devons terminer cette étude sur une question, il s'agit donc évidemment de celle-ci: comment devraient être encadrés les critères d'application de la défense de provocation à lumière de ses fondements moraux?

# Tables bibliographiques

## *Table de la législation*

*Charte canadienne des droits et libertés*, partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982* [annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (1982) R.-U., c. 11)].

*Code criminel*, L.R.C. (1985), c. C-46, mod. par L.R.C. (1985), c.2 (1<sup>er</sup> supp.).

*Code de procédure pénale*, L.R.Q., c. C-25.1.

*Loi sur le système de justice pénale pour les adolescents*, L.C. 2002, c. 1.

## ***Table des jugements***

### **Jurisprudence canadienne**

*Canadian Foundation for Children, Youth and the Law c. Canada (Procureur général)*, [2004] 1

R.C.S. 76, 2004 CSC 4.

*Mesgun c. La Reine*, [1997] O.J. No 5158 (C.A. Ont.).

*Perka c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 232.

*Pappajohn c. La Reine*, [1980] 2 C.S.R. 120.

*R. c. Bergeron*, [1995] A.Q no 1806 (C.S.).

*R. c. Bouchard-Lebrun*, [2011] 3 R.C.S. 575, 2011 CSC 58.

*R. c. Cameron*, (1992) 71 C.C.C. (3d) 272 (Ont. C.A.).

*R. c. Chaulk*, [1990] 3 R.C.S. 1303.

*R. c. Cheddesingh*, [2004] 1 R.C.S. 433, 2004 CSC 16.

*R. c. Cinous*, [2002] 2 R.C.S. 3.

*R. c. Creighton*, [1993] 3 R.C.S. 3.

*R. c. Crosby*, (1982) 1 C.C.C. (3d) 233 (C.A. Ont.).

*R. c. Daviault*, [1994] 3 R.C.S. 63.

*R. c. Dawydiuk*, 2010 BCCA 411, 263 C.C.C. (3d) 90.

*R. c. Demontigny*, [1993] J.Q. no. 2057 (C.A. QC).

*R. c. Godin*, [1994] 2 R.C.S. 484.

*R. c. Goltz*, [1991] 3 R.C.S. 485.

*R. c. Hill*, (1974) 15 C.C.C. (2d) 145 (C.A. Ont.).

*R. c. Hill*, [1986] 1 R.C.S. 313.

*R. c. J.A.W.* 2006 BCCA 228, 209 C.C.C. (3d) 539.

*R. c. Johnson*, (1996) 112 C.C.C. (3d) 225 (C.A. C.-B.).

*R. c. Johnson*, [2003] 2 R.C.S. 357, 2003 CSC 46.

- R. c. Jones*, [1994] 2 R.C.S. 229.
- R. c. L.M.*, [2008] 2 R.C.S. 163, 2008 CSC 31.
- R. c. Ladouceur*, [1990] 1 R.C.S. 1257.
- R. c. Langevin*, (1984) 11 C.C.C. (3d) 336 (C.A. Ont.).
- R. c. Laverdure*, J.E. 87-872 (C.S.P.).
- R. c. Lieug*, [1995] O.J. No 2424 (C.A. Ont.).
- R. c. Lyons*, [1987] 2 R.C.S. 309.
- R. c. M. (C.A.)*, [1996] 1 R.C.S. 500.
- R. c. Macryllos*, 2007 QCCS 4541.
- R. c. Mann*, [2004] 3 R.C.S. 59.
- R. c. Martineau*, [1990] 2 R.C.S. 633.
- R. c. Morris*, [1979] 1 R.C.S. 405.
- R. c. Nasogaluak*, [2010] 1 R.C.S. 206, 2010 CSC 6.
- R. c. Nippard*, (1993) 83 C.C.C. (3d) 410 (C.A. N.&L.).
- R. c. Oommen*, [1994] 2 R.C.S. 507.
- R. c. Parent*, (1999) 142 C.C.C. (3d) 82 (QCCA).
- R. c. Parent*, [2001] 1 R.C.S. 76, 2001 CSC 30.
- R. c. Parks*, [1992] 2 R.C.S. 871.
- R. c. Roy*, 2010 QCCA 16.
- R. c. Ruzic*, [2001] 1 R.C.S. 687, 2001 CSC 24.
- R. c. Siu*, (1992) 12 C.R. (4th) 356, 71 C.C.C. (3d) 197 (C.A.C.-B.).
- R. c. Smith*, [1987] 1 R.C.S. 1045.
- R. c. Stone*, [1999] 2 R.C.S. 290.
- R. c. Tran*, [2010] 3 R.C.S. 350, 2010 CSC 58.
- R. v. Ubhi*, (1994) 27 C.R. (4th) 332 (C.A. C.-B.).
- R. c. Urbanovich*, (1985) 19 C.C.C. (3d) 43 (C.A. MB).

*R. c. Vaillancourt*, [1987] 2 R.C.S. 636.

*R. c. Welch*, (1995) 43 C.R. (4th) 225, 101 C.C.C. (3d) 216 (C.A. Ont.).

*R. c. Wilson*, [1990] 1 R.C.S. 1291.

*R. c. Windle*, [1952] 2 Q.B. 826.

*Sansregret c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 570.

*Scharwtz c. La Reine*, [1977] 1 R.C.S. 673.

### **Jurisprudence américaine**

*People c. Decima*, (1956) 2 N.Y. (2d) 133, 147 N.Y.S. (2d) 558.

### **Jurisprudence anglaise**

*M'Naghten's Case*, (1843) 8 Eng. Rep. 718, 721 (H.L.).

*R. c. Dadson*, (1850) 4 Cox CC 358.

*R. c. Jarman*, [1946] K.B. 74.

*R. c. Smith*, [2000] 4 All. ER. 289, 299 (Lord Hoffmann).

## ***Bibliographie***

### **Monographies et recueils**

- AMERICAN LAW INSTITUTE, *Model Penal Code*, Philadelphia, The American Law Institute, 1962.
- ASHWORTH, A., *Principles of Criminal Law*, 5<sup>e</sup> éd., New York, Oxford University Press, 2006.
- ASHWORTH, A., *Sentencing and Criminal Justice*, 5<sup>e</sup> éd., Cambridge, Cambridge University Press, 2010.
- AUSTIN, J., *Lectures on Jurisprudence*, vol. 1, 5<sup>e</sup> éd., London, Robert Campbell editions, 1885.
- BÉLIVEAU, P. et M. VAUCLAIR, *Traité général de preuve et de procédure pénales*, 13<sup>e</sup> éd., Montréal, Les Éditions Thémis, 2006.
- BENTHAM, J., *Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, New York, Buffalo Press, 1988.
- BERGSON, H., *Essai sur les données immédiates de la conscience*, Paris, Presses Universitaires de France, 2007.
- BLACKSTONE, W., *Commentaries on the Laws of England, Volume IV : Of Public Wrongs, A Facsimile of the First Edition of 1765-1769*, Chicago, The University of Chicago Press, 1979.
- BRAND, M., *Intending and Acting*, Cambridge, MIT Press, 1984.
- CAMPBELL, K., « Offence and Defence » dans I.H. Dennis (ed) *Criminal Law and Justice*, London, Sweet and Maxwell, 1987.
- CHAUVEAU, A. et FAUSTIN, H. *Théorie du Code Pénal*, 2<sup>e</sup> ed., Tome 1<sup>er</sup>, Paris, Édouard Legrand, 1845.
- CROSS, R. et ASHWORTH, A., *The English Sentencing System*, 3<sup>e</sup> éd., London, Butterworth & Co., 1981.
- DARWIN, C., *The Expressions of the Emotions in Man and Animals*, reproduit dans *From So Simple A Beginning*, New York, W.W. Norton & Company, 2006.
- DRESSLER, J., *Understanding Criminal Law*, 3<sup>e</sup> éd., Portland, Lexis Law Publishing, 2001.

- DUFF, R.A., *Intention, Agency and Criminal Liability: Philosophy of Action and the Criminal Law*, Oxford, Basil Blackwell, 1990.
- DUFF, R.A., *Trials and Punishments*, Cambridge, Cambridge University Press, 1986.
- FITZGERALD, P.J., « Voluntary and Involuntary Acts », dans *Oxford Essays in Jurisprudence*, éd. A.G. GUEST (dir.), London, Oxford University Press, 1961.
- FLETCHER, G.P., *Rethinking Criminal Law*, New York, Oxford University Press, 2000.
- GARDNER, J., *Offences and Defences*, New York, Oxford University Press, 2007.
- HART, H.L.A. et T. HONORÉ, *Causation in the Law*, 2<sup>e</sup> éd., Oxford, Clarendon Press, 1985.
- HART, H.L.A., *Punishment and Responsibility, Essays in the philosophy of law*, 2<sup>e</sup> éd., New York, Oxford University Press, 2008.
- HORDER, J., *Excusing Crime*, New York, Oxford University Press, 2004.
- HORDER, J., « On the Irrelevance of Motive in the Criminal Law », dans Jeremy Horder (dir.), *Oxford Essays in Jurisprudence*, 4<sup>th</sup> Series, Oxford, Oxford University Press, 2000.
- HORDER, J., *Provocation and Responsibility*, New York, Oxford University Press, 1992.
- KANT, I., *Métaphysique des mœurs I, Fondation et Introduction*, Paris, Flammarion, 1994.
- LAW COMMISSION (ENGLAND AND WALES), *Legislating the Criminal Code : Offences Against the Person and General Principles*, Law Commission Consultation Paper No 218, Cm 2370, London, Law Commission, 1993.
- LAW COMMISSION (ENGLAND AND WALES), *Partial Defences to Murder*, London, Law Commission, 2004.
- MOORE, M.S., *Act and Crime : The Philosophy of Action and its Implications for Criminal Law*, Oxford, Oxford University Press, 1993.
- MOORE, M.S., « Causation and the Excuses », in A. ESER and G. FLETCHER (dir.), *Justifications and Excuse : Comparative Perspectives*, Vol. II., Freiburg, Max Planck Institute, 1987.
- NORRIE, A., *Punishment, Responsibility and Justice : A Relational Critique*, Oxford, Oxford University Press, 2000.
- O'SHAUGHNESSY, B., *The Will*, 2 tomes, 2<sup>e</sup> éd., New York, Cambridge University Press, 2008.

- PARENT, H., *Traité de droit criminel*, tome 1, 2<sup>e</sup> éd., Montréal, Les Éditions Thémis, 2005.
- PROUST, M., *À la recherche du temps perdu*, Paris, Éditions Gallimard (Quarto), 1999.
- RAZ, J., *Practical Reason and Norms*, Princeton, Princeton University Press, 1975.
- RAZ, J., *The Authority of Law*, 2<sup>e</sup> éd., New York, Oxford University Press, 1999.
- REY, A. et J. REY-DEBOVE, *Le Petit Robert*, Paris, Le Robert, 2007.
- RUSSELL, Sir W. *A Treatise on Crimes and Misdemeanors, In Six Volumes*, Vol. II, New York and London, Garland Publishing Inc., 1979.
- SELLARS, W., « Metaphysics and the Concept of a Person », dans K. LAMBERT (dir.), *The Logical Way of Doing Things*, New Haven, Yale University Press, 1969.
- SHER, G., *Desert*, Princeton, Princeton University Press, 1987.
- SIMESTER, A.P., « Can Negligence be Culpable? », dans J. HORDER (dir.), *Oxford Essays in Jurisprudence*, 4<sup>e</sup> Série, Oxford, Oxford University Press, 2000.
- STEPHEN, J.F., *A History of the Criminal Law of England*, vol. II, London, Macmillan and Co., 1883.
- VAN DE KERCHOVE, M., *Quand dire, c'est punir, Essai sur le jugement pénal*, Bruxelles, Publications des Facultés Universitaires Saint-Louis, 2005.
- VON HIRSCH, A., *Doing Justice*, New York, Northeastern University Press, 1976.
- WILLIAMS, G., *Textbook of Criminal Law*, 2<sup>e</sup> éd., Portland, Stevens & Sons Ltd, 1983.

### Articles de revue

- ALEXANDER, L., « Insufficient Concern : A Unified Conception of Criminal Culpability », (2000) 88 *California Law Review* 931.
- ALEXANDER, L., « Lesser Evils: A Closer Look at the Paradigmatic Justification », (2005) 24 *Law and Philosophy* 611.
- AMERICAN PSYCHIATRIC ASSOCIATION,, INSANITY DEFENCE WORK GROUP, *APA Statement on the Insanity Defense*, (1983) 140 *Am. Journal of Psychiatry* 681.
- ANSCOMBE, G.E.M., « Modern Moral Philosophy », (1958) 33 *Philosophy* 1.

- ARENELLA, P., « Character, Choice and Moral Agency : The Relevance of Character to Our Moral Culpability Judgments », (1990) 7 *Social Philosophy and Policy* 59.
- ASHWORTH, A., « The Doctrine of Provocation », (1976) 35 *Cambridge Law Journal* 292.
- AUSTIN, J.L., « A Plea for Excuses : The Presidential Address », (1956-1957) 57 *Proceedings of the Aristotelian Society* 1.
- BARON, M., « Justifications and Excuses », (2004-2005) 2 *Ohio St. J. Crim. Law* 387-406.
- BARON, M., « The Provocation Defense and the Nature of Justification », (2009-2010) 43 (Fall) *University of Michigan Journal of Law Reform*, 117.
- BAYLES, M.D., « Character, Purpose and Criminal Responsibility », (1982) 1 *Law and Philosophy* 5.
- BEHRENS, B. (dir.) *Third Annual Criminal Law Symposium: Excuses and the Criminal Law*, (2009-2010) 42 (Winter) *Texas Tech Law Review* 247.
- BERGELSON, V., « Justification or Excuse? Exploring the Meaning of Provocation. », (2009-2010) 42 *Texas Tech Law Review* 307.
- BERMAN, M.N., « Justification and Excuse, Law and Morality », (2003) 53 *Duke Law journal* 1.
- CHIN, G.J., « Unjustified : The Practical Irrelevance of the Justification/Excuse Distinction », (2009-2010) 43 (Fall) *University of Michigan Journal of Law Reform*, 79.
- CORRADO, M., « The Case for a Purely Volitional Insanity Defense », (2009-2010) 42 *Texas Tech Law Review* 481
- COUGH, S., « Taking the Heat out of Provocation », (1999) 19 *Oxford Journal of Legal Studies* 481.
- CROSS, Sir R., « The Mental Element in Crime », (1967) 83 *The Law Quarterly Review* 215.
- DEMPSEY, M.M. et J. HERRING, « Why Sexual Penetration Requires Justification », (2007) 27 *Oxford Journal of Legal Studies* 467.
- DILLOF, A.M. « Unraveling Unknowing Justification », (2002) 77 *Notre Dame Law Review* 1547.
- DRESSLER, J., « Provocation: Partial Justification or Partial Excuse? » (1988) 51-4 *Modern Law Review* 467.

- DRIPPS, D.A. « Rehabilitating Bentham's Theory of Excuses », (2009-2010) 42 *Texas Tech Law Review* 383.
- DUFF, R.A., « Choice, character, and Criminal Liability », (1993) 12 *Law and Philosophy* 345.
- ENKER, A.N., « In Support of the Distinction Between Justification and Excuse », (2009-2010) 42 *Texas Tech Law Review* 273.
- FLETCHER, G.P., « The Right Deed for the Wrong Reason: A Reply to Mr. Robinson », (1975) 23 *UCLA Law Review* 293.
- FONTAINE, R.G., « Adequate (Non) Provocation and Heat of Passion as Excuse Not Justification », (2009-2010) 43 (Fall) *University of Michigan Journal of Law Reform*, 27.
- GREENAWALT, K., « Distinguishing Justifications from Excuses », (1986) 49 *Law & Contemporary Problems* 89.
- GREENAWALT, K., « The Perplexing Borders of Justification and Excuse », (1984) 84 *Columbia Law Review* 1897.
- HONORÉ, A., « The Necessary Connection between Law and Morality », (2002) 22 *Oxford Journal of Legal Studies* 489.
- HUSAK, D.N., « Justifications and the Criminal Liability of Accessories », (1989) 80 *Journal of Criminal Law and Criminology* 494.
- HUSAK, D.N., « On the Supposed Priority of Justification to Excuse », (2005) 24 *Law and Philosophy* 557.
- HUSAK, D.N., « Partial Defences », (1998) 11 *Canadian Journal of Law and Jurisprudence* 167.
- KAHAN, D. M. et M. C. NUSSBAUM, « Two Conceptions of Emotion in Criminal Law », (1996) 96 (vol. 2) *Columbia Law Review* 269.
- LINDSAY, P., « The Implications of *R. v. Vaillancourt* : Much Ado About Nothing? » (1989), 47 *U. of T. Fac. Law Rev.* 465.
- MCAULEY, F., « Anticipating the Past : The Defence of Provocation in Irish Law », (1987) 50 *Modern Law Review* 133.
- MILHIZER, E.R., « Justification and Excuse: What They Were, What They Are, and What They Ought to Be », (2004) 78 *St. John's Law Review* 725.

- MOORE, M.S., « Choice, Character, and Excuse », (1990) 7 *Social Philosophy and Policy* 219.
- MORSE, S.J., « The Irreducibly Normative Nature of Provocation/Passion », (2009-2010) 43 (Fall) *University of Michigan Journal of Law Reform*, 193.
- PILLSBURY, S.H., « Misunderstanding Provocation », (2009-2010) 43 (Fall) *University of Michigan Journal of Law Reform*, 143.
- RADBRUCH, G., « Fünf Minuten Rechtsphilosophie », traduit à « Five Minutes of Legal Philosophy », (2006) 26 *Oxford Journal of Legal Studies* 13.
- RAZ, J., « Responsibility and the Negligence Standard », (2010) 30 *Oxford Journal of Legal Studies* 1.
- ROBINSON, P.H., « A System of Excuses : How Criminal Law's Excuse Defenses Do, And Don't, Work Together to Exculpate Blameless (and Only Blameless) Offenders », (2009-2010) 42 *Texas Tech Law Review* 259.
- ROBINSON, P.H., « A Theory of Justification: Societal Harm as a Prerequisite for Criminal Liability », (1975) 23 *UCLA Law Review* 266.
- SEGEV, R., « Justification, Rationality and Mistake: Mistake of Law Is No Excuse? It Might Be a Justification! », (2006) 25 *Law and Philosophy* 31.
- SLOBOGIN, C., « An End to Insanity: Recasting the Role of Mental Disability in Criminal Cases », (2000) 86 *Va. L. Rev.* 1199.
- TADROS, V., « The Characters of Excuse », (2001) 21 *Oxford Journal of Legal Studies* 495.
- TASLITZ, A.E. « Why Did Tinkerbell Get Off So Easy?: The Roles of Imagination and Social Norms In Excusing Human Weakness », (2009-2010) 42 *Texas Tech Law Review* 419.
- WASIK, M., « Partial Excuses in the Criminal Law », (1982) 45 *The Modern Law Review* 516-533.
- WECHSLER, H. et J. MICHAEL, « A Rationale of the Law of Homicide », (1937) 37 *Columbia Law Review* 701.
- WESTEN, P., « An Attitudinal Theory of Excuse », (2006) 25 *Law and Philosophy* 289-375.
- WESTEN, P., « How Not to Argue That Reasonable Provocation is an Excuse », *id.*, 175.
- WILLIAMS, G., « Offences and Defences », (1982) 2 *Legal Studies* 233.

## Pages internet

- DUFF, A. « Legal Punishment », *The Stanford Encyclopedia of Philosophy (Fall 2008 Edition)*, Edward N. Zalta (ed.), URL = <<http://plato.stanford.edu/archives/fall2008/entries/legal-punishment/>>.
- GRECO, J. et J. TURRI, « Virtue Epistemology », *The Stanford Encyclopedia of Philosophy (Winter 2011 Edition)*, Edward N. Zalta (ed.), URL = <<http://plato.stanford.edu/archives/win2011/entries/epistemology-virtue/>>.
- HONORÉ, A., « Causation in the Law », *The Stanford Encyclopedia of Philosophy (Summer 2011 Edition)*, Edward N. Zalta (ed.), URL = <<http://plato.stanford.edu/archives/sum2011/entries/causation-law/>>.
- HURSTHOUSE, R., « Virtue Ethics », *The Stanford Encyclopedia of Philosophy (Spring 2011 Edition)*, Edward N. Zalta (ed.), URL = <<http://plato.stanford.edu/archives/spr2011/entries/ethics-virtue/>>.
- VALIQUET, D., *Le régime des délinquants dangereux et des délinquants à contrôler*, Ottawa, Bibliothèque du Parlement, Service d'information et de recherche parlementaires, 4 novembre 2008, p. 8, disponible en ligne à <<http://www.parl.gc.ca/content/LOP/ResearchPublications/prb0613-f.pdf>>.