

Je voudrais remercier Scott A. Bomhof pour sa permission de reproduire ce document.

**François Lareau
15 août 2011**

LA PROVOCATION ET LA PARTIE GÉNÉRALE**Scott Bomhof**

La littérature révèle deux théories principales de la provocation. La première, qu'on appelle habituellement la théorie subjective, a sa place dans un système de culpabilité et de défenses comme la Partie générale. La deuxième, qu'on appelle la théorie objective, ne se fonde pas - logiquement - dans la Partie générale. En étudiant la raison d'être de chacune des deux théories, leur application dans les systèmes juridiques canadien et américains, et les méthodes alternatives de contrôle de la provocation, nous développerons un cadre général préféré pour une théorie de la codification.

Il est difficile de définir la provocation, étant donné que celle-ci est envisagée sous de nombreux points de vue différents dans des juridictions différentes. Le présent article insistera sur la nécessité de différencier les procédures policières acceptables et inacceptables en ce qui concerne la prévention de la criminalité. L'application de la loi devient la provocation quelque part au long du vecteur de la conduite policière, bien que le point exact de divergence soit difficile, sinon même impossible, à localiser. La Commission de réforme du droit de Grande-Bretagne définit avec imprécision la provocation comme «la participation d'informateurs ou d'agents de police à la commission d'une infraction, dans le but d'en appréhender les véritables auteurs criminels». ¹²³ Bien que cette définition soit très générale, elle aide à révéler l'aspect important que constitue la conduite policière dans la création d'une acte criminel.

La théorie subjective

Le développement de la défense de provocation a été dirigé par la Cour suprême des États-Unis. C'est dans la jurisprudence de ce tribunal que la théorie subjective est la plus remarquable. Ici, on

¹²³ Commission de réforme du droit de la Grande-Bretagne, Criminal Law : Report on Defences of General Application (Rapport n° 83), London, Her Majesty's Stationery Office, 1987.

met l'accent sur la culpabilité du prévenu, ce qui est compatible avec la Partie générale. Deux tendances jurisprudentielles portent sur la notion de provocation. Les deux arrêts anciens Sorrells v. United States¹²⁴ et Sherman v. United States¹²⁵ portaient tous les deux sur l'arrestation d'un individu qui avait participé à des crimes consensuels et, dans les deux décisions, les méthodes d'enquête policières ont été contestées. Dans les deux arrêts, le tribunal n'a rendu que des avis concordants et il semblait se concentrer sur la prédisposition du prévenu ainsi que sur le caractère approprié de la conduite de la police. Le tribunal a décidé que la défense découlait d'une interprétation d'une loi plutôt que de l'objectif général qui consiste à protéger l'administration de la justice.¹²⁶ Le fait de mettre l'accent principalement sur la culpabilité visait à jeter les fondements de l'adoption d'un test purement subjectif dans la jurisprudence ultérieure. Dans la deuxième tendance jurisprudentielle, qui est constituée de décisions américaines plus récentes, la division au sein de la Cour quant à la théorie correcte de la provocation est devenue très visible. Dans les arrêts Russell v. United States¹²⁷, Hampton v. United States¹²⁸ et Mathews v. United States¹²⁹, un tribunal plus conservateur a commencé à étayer la portée de la défense et a limité le critère à une analyse purement subjective de la prédisposition du prévenu. Les éléments fondamentaux de la défense de provocation qui sont reconnus par la Cour suprême des États-Unis ont été énoncés par la majorité dans l'arrêt Mathews :

«l'encouragement du crime par le gouvernement et l'absence de prédisposition de la part du défendeur à s'engager dans la conduite criminelle ... en général, [la] question de la provocation doit être laissée à l'appréciation du jury».¹³⁰

¹²⁴ (1932), 287 U.S. 435.

¹²⁵ (1958), 356 U.S. 369.

¹²⁶ *Supra*, note 124, à la p. 439.

¹²⁷ (1973), 411 U.S. 423.

¹²⁸ (1976), 425 U.S. 484.

¹²⁹ (1988), 485 U.S. 58.

¹³⁰ *Ibid.*, à la p. 63.

Clairement, l'attention est concentrée sur l'intention du prévenu, alors que la défense anéantit la *mens rea* à cause de l'encouragement offert par des acteurs du gouvernement.

Les problèmes soulevés par un critère purement subjectif ont été étudiés minutieusement par les opinions discordantes dans ces arrêts. Dans l'arrêt Sorrells, M. le juge Frankfurter a souligné qu'en mettant l'accent sur la prédisposition, qui est fréquemment liée à une activité criminelle antérieure, la police peut créer de nouveaux crimes dans la mesure où ceux-ci mettent en jeu des habitués du crime.¹³¹ Le prévenu est alors obligé de soulever lors du procès la question de sa réputation antérieure. La théorie subjective a également été critiquée parce qu'elle n'anéantit la *mens rea* que lorsque l'encouragement provient d'auteurs qui font partie du gouvernement, et que la défense n'est pas disponible lorsque ce sont des auteurs qui ne font pas partie du gouvernement qui offrent les encouragements.¹³² Ces défauts rendent la formulation subjective de la défense logiquement inacceptable.

La théorie objective

À mesure que l'insatisfaction croissait du fait de l'utilisation d'un critère subjectif, un certain nombre d'universitaires ont demandé l'introduction d'un élément objectif dans la provocation.¹³³ Aux États-Unis, l'American Law Institute

¹³¹ *Supra*, note 125, à la p. 383.

¹³² L.G. Webster, "Building A Better Mousetrap: Reconstructing Federal Entrapment Theory From Sorrells to Mathews" (1990), 32 Arizona L.R. 605, à la p. 627. Voir aussi Mack v. R. (1988), 44 C.C.C. (3d) 513, à la p. 546 (C.S.C.).

¹³³ Voir : Webster, *ibid.*, à la p. 607; M.F.J. Whelan, "Lead Us Not Into (Unwarranted) Temptation: A Proposal to Replace the Entrapment Defense with a Reasonable-Suspicion Requirement" (1985), 133 U. Pa. L.R. 1193; P.H. Robinson, "Criminal Law Defenses: A Systematic Analysis" (1982), 82 Col. L.R. 199, à la p. 236; D. Lanham, "Entrapment, Qualified Defences and Codification" (1984), 4 Oxford J. of Legal Studies 437.

et la Commission nationale américaine sur la réforme du droit fédéral [United States National Commission on Reform of the Federal Law (la Commission Brown)] ont proposé l'adoption de règles qui mettent l'accent sur la conduite de la police plutôt que sur la prédisposition du prévenu. ¹³⁴

Les éléments fondamentaux du critère objectif peuvent être généralisés sous quatre rubriques. La recherche se concentre sur la participation du gouvernement à la commission de l'infraction. Cette participation doit être évaluée au moyen d'un critère externe de raisonabilité. La recherche ne porte que sur les accusations criminelles actuelles, et non pas sur la conduite antérieure. ¹³⁵

L'interprétation canadienne de la provocation

Les tribunaux canadiens n'ont pas reconnu spontanément la légalité de la défense de provocation. Plutôt, ils y sont arrivés au moyen d'une interprétation fragmentaire des opinions savantes et des recommandations de réforme. La nécessité de la défense a été soulignée par implication dans des arrêts anciens comme Kirzner c. R. ¹³⁶, dans lequel la Cour suprême du Canada a noté l'importance de l'utilisation de l'infiltration policière dans la commission de crimes consensuels.

¹³⁴ La Commission Brown a défini la provocation comme [Traduction libre] «le fait qu'un fonctionnaire responsable de l'application de la loi induise la commission d'une infraction, en utilisant la persuasion ou d'autres moyens capables de faire commettre l'infraction par un individu qui respecte habituellement la loi». Voir : Commission nationale américaine sur la réforme du droit pénal fédéral (United States National Commission on Reform of Federal Criminal Law), Study Draft of a New Federal Criminal Code, Washington, U.S. Government Printing Office, 1970. Voir aussi, *supra*, note 23, art. 2.19.

¹³⁵ Webster, *supra*, note 132, à la p. 618. Voir aussi Stober, Entrapment in Canadian Criminal Law, Toronto, Carswell, 1985, à la p. 65.

¹³⁶ (1977), 38 C.C.C. (2d) 131, à la p. 136 (C.S.C.).

C'est dans l'arrêt Amato c. R. ¹³⁷ que la Cour suprême a reconnu pour la première fois la défense de provocation, mais dans la décision de la minorité. Dans une dissidence convaincante, M. le juge Estey a énoncé le cadre de la défense de provocation : la commission de l'infraction doit avoir été incitée par la police, le prévenu doit avoir été pris au piège de la conduite policière, et la réunion de ces éléments provoque une suspension de l'instance et non pas un acquittement. ¹³⁸ Ce n'est que cinq ans plus tard que la majorité de la Cour suprême du Canada a reconnu la défense pour la première fois. Dans l'arrêt Mack c. R. ¹³⁹, la théorie objective du juge Estey dans l'arrêt Amato a été réunie à un second critère subjectif, pour créer une approche hybride qui a maintenant force de loi au Canada. ¹⁴⁰ Plutôt que demander si le prévenu avait la prédisposition nécessaire pour commettre l'infraction, le premier critère de l'arrêt Mack demande si la police soupçonnait raisonnablement que le prévenu était déjà engagé dans une conduite criminelle, ou bien si la police était engagée dans une enquête sincère. ¹⁴¹ C'est dans la deuxième partie du critère qu'un élément objectif est utilisé pour modérer l'étude objective de la conduite policière. À cette étape, la police ne doit pas faire davantage qu'offrir la possibilité de commettre l'infraction, ni induire effectivement la commission de l'infraction, mais plutôt agir dans le cadre d'un soupçon raisonnable ou d'une enquête sincère. Pour décider si la police a franchi cette limite imprécise, la Cour suprême a décidé d'utiliser le critère de la personne raisonnable. Il faut décider «si cette conduite [de la police] aurait amené l'individu moyen, dans la position de

¹³⁷ (1983), 69 C.C.C. (2d), à la p. 31.

¹³⁸ *Ibid.*, aux pp. 61 et 75.

¹³⁹ *Ibid.*, à la p. 132.

¹⁴⁰ *Ibid.*, à la p. 513.

¹⁴¹ *Ibid.*, à la p. 522.

l'inculpé, ... à commettre le crime». ¹⁴² Cette ligne de démarcation entre la conduite acceptable et la conduite inacceptable se trouve là où l'administration de la justice serait discréditée.

La décision canadienne la plus récente sur la question de la provocation est l'arrêt de la Cour suprême du Canada dans l'affaire Barnes c. R. ¹⁴³, qui portait principalement sur la première partie du critère énoncée dans l'arrêt Mack. En l'instance, la Cour a rejeté la défense de provocation parce que la police effectuait une enquête sincère sur le trafic de stupéfiants dans six quartiers d'un mail piétonnier. ¹⁴⁴ Il est intéressant de noter que l'agent en civil qui avait demandé des stupéfiants au prévenu n'avait aucun soupçon raisonnable du fait que celui-ci était un trafiquant de stupéfiants. La grande latitude accordée à la police pour entreprendre une enquête sincère semble limiter sévèrement la portée du critère sous son libellé original.

Le changement d'orientation de la majorité en faveur d'une interprétation plus restrictive de la défense de provocation est souligné par l'opinion dissidente de Mme le juge McLachlin, qui a mis l'accent sur les circonstances entourant l'accusation. Étant donné le caractère mineur de l'infraction, l'étendue très vaste de la zone dans laquelle la police effectuait son enquête, et le nombre élevé d'innocents dans les droits seraient probablement violés par une telle enquête, Mme le juge McLachlin a conclu que la conduite de la police avait outrepassé les limites des méthodes acceptables. ¹⁴⁵ La largeur des vues énoncées dans cette dissidence semble peu compatible avec la justification de la défense de provocation énoncée dans l'arrêt Mack.

¹⁴² *Ibid.*, à la p. 555.

¹⁴³ (1991), 63 C.C.C. (3d) 1.

¹⁴⁴ *Ibid.*, à la p. 6.

¹⁴⁵ *Ibid.*, à la p. 29.

Quelle est la place de la provocation dans le régime général du droit criminel canadien? La défense n'a pas été développée dans le cadre actuel de la Partie générale du *Code criminel*, qui permet de continuer à invoquer les défenses de common law.¹⁴⁶ Plutôt, la Cour suprême a choisi de traiter cette défense comme étant autonome des défenses de common law, étant donné qu'elle se fonde sur les pouvoirs généraux des juges d'empêcher l'abus du processus judiciaire.¹⁴⁷

On peut aussi distinguer clairement la défense de provocation des défenses qui excusent ou qui justifient les actes du prévenu. La justification peut être définie comme le choix entre deux maux, lorsque le choix d'un moindre mal – même interdit par la loi – peut être pardonné parce qu'on a évité le pire. Une excuse s'appuie sur l'existence de circonstances qui indiquent qu'un auteur n'est pas responsable de ses actes.¹⁴⁸ La provocation peut être rapprochée de ces deux catégories de défenses, mais elle possède de son propre chef de nombreuses qualités qui l'en différencient.

C'est parmi les défenses d'ordre public qu'il est le plus intéressant de ranger la provocation. La justification de la provocation correspond le mieux à celle des défenses comme la double incrimination et la prescription. Ici, l'accent n'est pas mis sur la culpabilité du prévenu, mais plutôt sur les valeurs qui contrebalancent le contrôle de la criminalité.¹⁴⁹ Cette qualification va de pair avec l'argument selon lequel la Partie générale du *Code criminel* n'est pas l'endroit qui convient pour une défense de provocation étant donné que, pour que ce soit le cas, la défense devrait porter sur les éléments de l'acte criminel.

Les théories alternatives

Certains universitaires plaident contre toute reconnaissance de la défense de provocation, étant donné que celle-ci permet à un prévenu qui est coupable selon les faits, d'échapper à une

¹⁴⁶ L.R.C. (1985), chap. 46, par. 8(3).

¹⁴⁷ Voir *Mack*, *supra*, note 132, à la p. 525.

¹⁴⁸ *Robinson*, *supra*, note 133, aux pp. 213 et 221.

¹⁴⁹ *Ibid.*, à la p. 230.

déclaration de culpabilité. Dans le modèle subjectif, ce fait est exaspéré par l'acquiescement réel du prévenu. Toutefois, dans le modèle objectif, la déclaration de provocation ne donne pas lieu à un acquiescement mais plutôt à une suspension de l'instance. Bien que cela mette effectivement fin aux poursuites, cela ne donne pas lieu à une conclusion que l'infraction n'a jamais été commise. Dans cet ordre d'idées, il serait possible d'étudier la création d'une déclaration de «culpabilité sous réserve de provocation», grâce à laquelle la culpabilité serait reconnue mais aucune condamnation ne serait imposée.

Il y a plusieurs alternatives à la reconnaissance d'une défense de provocation. Au Royaume-Uni, le rejet de la défense de provocation a donné lieu à une théorie alternative qui consiste à utiliser la preuve de la provocation comme facteur d'atténuation dont le juge doit tenir compte au moment de la détermination de la peine. Bien que cette option soit attrayante comme solution moyenne tenant compte de la provocation, elle ne protège pas l'intégrité du système judiciaire. Le prévenu provoqué est quand même déclaré coupable et la conduite de la police n'est pas censurée.

Dans le contexte canadien, cette méthode de traitement de la provocation pose aussi beaucoup de problèmes, car de nombreuses infractions font toujours l'objet de sentences minimales. Pour que cette approche soit appliquée, il serait nécessaire d'abroger les sentences minimales obligatoires. Bien que cela ait été suggéré dans de nombreuses recommandations de réforme, cela n'a pas encore été fait.¹⁵⁰ Cependant, l'adoucissement de la condamnation pourrait être utile, de pair avec une défense procédurale de provocation, lorsque la preuve était insuffisante pour démontrer un niveau de provocation qui justifie la suspension de l'instance, mais suffisante pour que le juge sente le besoin d'adoucir la sentence.

¹⁵⁰ Société canadienne de criminologie, Toward a New Criminal Law : A Brief to the Law Reform Commission of Canada, Ottawa, la Société, 1973, à la p. 27.

L'ère de la Charte a ouvert la voie à des approches créatives pour régir l'activité policière, notamment en matière d'exclusion de la preuve obtenue en contravention avec les droits garantis par la Charte. Cette voie devrait être explorée davantage pour exclure la preuve obtenue au moyen de la provocation, mais il semble qu'actuellement elle soit peu utile pour protéger la réputation de l'administration de la justice. Bien que la preuve puisse être exclue en application de l'article 24 de la Charte, il est nécessaire que la conduite de la police ait préalablement contrevenu à un droit ou à une liberté garanti par la Charte. Étant donné qu'il n'existe pas de droit de ne pas être encouragé à commettre un acte criminel, l'application de l'article 24 est limitée. Cela pose également le problème de l'absence de création de preuve par la provocation, qui ne fait que découvrir une preuve réelle. Par conséquent, il y a bien peu de preuve que le tribunal puisse exclure, ce qui rend cette approche peu utile pour l'individu provoqué ou pour la protection de la réputation du système judiciaire.¹⁵¹ Par conséquent, l'exclusion de preuves obtenues par provocation ne constitue pas une alternative suffisante, ni utilisable, à la codification de la défense de provocation.

Un autre moyen indirect de contrôler la provocation est le contrôle de l'activité policière. Au moyen de directives destinées à la police et d'accusations civiles et pénales contre l'auteur de la provocation, on peut essayer de faire ce qui pourrait être mieux fait directement au moyen de la codification de la défense de provocation. La Commission de réforme du droit de la Grande-Bretagne a indiqué que l'utilisation de la responsabilité pénale constitue le meilleur moyen de contrôler la conduite policière.¹⁵² Cependant, aucune preuve empirique ne démontre que ces moyens

¹⁵¹ M.L. Friedland, "Controlling Entrapment" (1982). 32 U.T.L.J. 1, à la p. 22.

¹⁵² *Supra*, note 123, à la p. 68. Ces directives tentent de contrôler l'activité policière en définissant d'une manière générale des limites de la conduite autorisée et en imposant des méthodes raisonnables pour l'utilisation d'agents secrets.

de contrôle sont efficaces, et encore moins s'ils sont jamais utilisés. ¹⁵³ Étant donné les limites importantes de cette méthode de contrôle de la provocation par rapport aux avantages d'une défense codifiée, les avantages de s'appuyer sur une défense codifiée - grâce à laquelle le résultat de l'abus de procédure est facilement apparent pour la police et le tribunal peut contrôler la portée de son propre système - l'emportent sur tous les avantages possibles de moyens de contrôle indirects.

Un projet de législation

Voici un projet de législation qui s'appuie sur la protection de l'intégrité de la justice comme fondement d'une défense codifiée de provocation.

1. Une suspension d'instance peut [doit] être ordonnée si le prévenu démontre, par la prépondérance de la preuve, que la police ou un agent de police :
 - (1) a donné au prévenu l'occasion de commettre l'infraction dont il est accusé :
 - (a) sans avoir de motif raisonnable de suspecter que le prévenu était déjà engagé dans une activité criminelle ou
 - (b) sans être engagé dans une enquête policière sincère, ou
 - (2) tout en agissant sur la base d'un soupçon raisonnable, a fait davantage que fournir simplement une occasion, et induit effectivement la commission de l'infraction qui fait l'objet de l'accusation, d'une manière qui discrédite l'administration de justice.
2. Pour décider si la conduite de la police discréditait l'administration de la justice, le juge tient compte de toutes les circonstances pertinentes [y compris la prédisposition de l'accusé].
- [3. Si l'accusé soulève la défense de provocation mais la preuve ne satisfait pas les exigences du paragraphe 1, le juge peut quand même étudier la preuve de provocation pour adoucir la peine du prévenu qui a été trouvé coupable.]

¹⁵³ Voir, *supra*, note 150, à la p. 28; et M.L. Friedland, "Controlling the Administrators of Criminal Justice" (1989), 31 Crim. L.Q. 280, à la p. 281.

Commentaires du projet de législation

Le projet de législation est clairement formulé selon la théorie objective proposée dans le présent article. Le libellé fournit une interprétation alternative possible qui tente de réorienter la recherche. Cependant, le texte principal tente de codifier l'interprétation actuelle de la défense au Canada. Les éléments de procédure seraient conformes à ceux qui ont été expliqués plus tôt à l'égard d'une approche objective, et comprennent l'obligation que le juge se penche sur la possibilité de provocation. Cela permettrait que la norme de conduite raisonnable soit une question de droit, et permettrait au juge de décider si la conduite étudiée était suffisante pour jeter le discrédit sur l'administration de la justice. Le fardeau de la preuve repose sur le prévenu, selon la prépondérance de la preuve, et la défense ne pourrait être invoquée qu'après la preuve des éléments de l'acte criminel au-delà de tout doute raisonnable.

Un problème important en ce qui concerne la codification d'une défense de provocation consiste à indiquer les catégories d'infractions relativement auxquelles la défense sera permise. Le Code pénal modèle et le rapport du comité Ouimet contiennent des recommandations selon lesquelles il devrait être impossible d'invoquer la défense lorsque le fait de causer ou de menacer de causer des blessures corporelles fait partie de l'infraction qui fait l'objet de l'accusation.¹⁵⁴ Toutefois, étant donné la large mesure d'autonomie que le projet de législation laisse au juge, il ne devrait pas être nécessaire d'imposer de telles limites à l'application de la défense. Lorsqu'il étudie les circonstances pertinentes, le juge peut étudier l'existence de blessures corporelles, ou la menace de telles blessures, et tenir compte de celles-ci dans son analyse de la défense.

Conformément au Code pénal modèle, le fardeau de preuve imposé au prévenu est la prépondérance de la preuve. Ce fardeau n'est pas injuste et ne contreviendrait donc pas à la Charte, étant donné que la Couronne doit déjà prouver tous les éléments de l'infraction avant que la défense puisse être invoquée.

¹⁵⁴ Voir, *supra*, note 23. Voir aussi, *supra*, note 150.

Conclusion

La provocation peut être étudiée sous de nombreux angles différents, mais une seule analyse est compatible avec la priorité canadienne à l'égard de la prévention de l'abus du processus judiciaire. À l'époque actuelle de la *Charte*, qui met l'accent sur la protection de la réputation de l'administration de la justice et des droits individuels, la théorie objective de la provocation représente le mieux les valeurs fondamentales de notre système. Cependant, ce libellé ne tombe pas dans le cadre des «défenses» selon la partie générale du *Code criminel*. Cette défense cadre bien dans le régime de procédure qui constitue l'armature de notre droit criminel.