

Je voudrais remercier Orlando Da Silva pour sa permission de reproduire sa partie du mémoire.

François Lareau

LES PARTIES A UNE INFRACTION**Orlando V. Da Silva**

La responsabilité des complices est l'un des plus anciens éléments du droit criminel, mais demeure l'un des moins évolués. Les tribunaux ont médité la théorie de la common law pendant des siècles. Pourtant, les principes de celle-ci, ainsi que ses composantes et son applicabilité, rendent toujours perplexes les juges, les avocats, les étudiants en droit et les jurys. Malgré ces faiblesses, le droit a pu atteindre son objectif avec un effet suffisant et peu d'injustices. Cependant, il ne faut passer outre à l'occasion de réformer. Le droit de la complicité est rempli de questions litigieuses et de contradictions qui pourraient être résolues effectivement après une analyse prudente de certaines des influences qui provoquent l'incertitude de la théorie. La discussion qui suit porte sur ces questions et, notamment, a) le problème de la causalité; b) le problème de la *mens rea* et, c) la prétendue nécessité de faire des distinctions entre les diverses catégories de complices. Tout cela vise à développer une règle de droit simple et complète à l'égard des complices.

L'état actuel du droit**(i) L'aide et l'encouragement**

Les alinéas 21(1)b) et c) du Code criminel stipulent qu'un prévenu qui aide ou qui encourage la commission d'une infraction participe à cette infraction. Si l'infraction est commise, le prévenu est coupable de la même infraction que l'auteur réel. La simple présence sur la scène de l'infraction est insuffisante pour imputer la responsabilité criminelle. Pour imputer la responsabilité criminelle à titre d'aide ou de fauteur, il faut un encouragement actif ou un acte positif d'assistance, comme le fait de surveiller, le fait d'éloigner la victime, ou le fait d'empêcher les tiers d'arrêter la perpétration de l'infraction. ¹⁷⁰

¹⁷⁰ Supra, note 18, à la p. 121.

(ii) **L'intention commune**

Le paragraphe 21(2) du *Code criminel* qualifie de participant à une infraction celui qui forme avec autrui le projet de poursuivre une fin illégale (et de s'y entraider), si l'autre commet l'infraction en réalisant ce dessein. Sous réserve du meurtre et de la tentative de meurtre, le prévenu est responsable en qualité de participant s'il savait, ou devait savoir, que la réalisation de l'intention commune aurait pour conséquence probable la perpétration de l'infraction. Si l'auteur principal commet un meurtre ou une tentative de meurtre, le prévenu complice doit être en possession de la connaissance réelle ou subjective.¹⁷¹

(iii) **Le conseil**

Le *Code criminel* régit les conseils dans les articles 22 et 264. L'article 22 définit le conseil comme le fait d'amener ou d'inciter, et stipule que quiconque conseille à une autre personne de commettre une infraction participe à celle-ci et en est coupable si elle est commise, même si l'infraction a été commise d'une manière différente de celle qui avait été conseillée. Le prévenu participe également à n'importe quelle infraction différente de celle qui a été commise si le conseiller savait ou aurait dû savoir que l'autre infraction était susceptible d'être commise en conséquence du conseil.

L'article 464 prévoit que quiconque conseille à une autre personne de commettre une infraction est responsable pénalement, même si le crime conseillé n'est pas commis.¹⁷² Cependant, le conseiller n'est passible que de la même peine que celui qui tente de commettre l'infraction conseillée.

Les faiblesses, les propositions, les recommandations

Tous les réformateurs conviennent que le droit de la complicité doit continuer nécessairement à faire partie du droit pénal canadien, même s'ils disconviennent de la façon dont celui-ci

¹⁷¹ *Ibid.*, à la p. 124.

¹⁷² *Ibid.*, à la p. 127.

devrait être appliqué. Selon Gillies, les commentateurs et les analystes juridiques pensent que la théorie de la complicité fonctionne raisonnablement bien et fait convenablement justice.¹⁷³ Après une analyse plus poussée, il devient évident que le droit a besoin de quelques réformes. Joshua Dressler, professeur de droit à l'École de droit de Wayne State University, propose, pour imputer la responsabilité, l'imposition d'une norme qui permet de mesurer la contribution du complice à l'acte criminel. Le professeur Dressler insiste sur le fait qu'il devrait exister un seuil d'aide ou d'influence dont le franchissement justifie l'imposition de la responsabilité à la partie secondaire. Si ce seuil n'est pas franchi, les tribunaux feraient mieux d'ignorer la participation, parce que celle-ci serait trop légère pour justifier l'imposition de sanctions criminelles.¹⁷⁴ Peter Gillies réformerait le droit de manière à éliminer la distinction entre le commettant principal au deuxième degré et les complices avant le fait (ou, à cet égard, les aides et les fauteurs, d'une part, et les conseillers, entremetteurs ou incitateurs, d'autre part). Il réduirait la portée de la responsabilité imposée aux parties secondaires.¹⁷⁵ Glanville Williams souhaiterait que la *mens rea* soit définie soigneusement et précisément à l'égard de tous les éléments de la théorie de la complicité.¹⁷⁶ Cependant, c'est la Commission de réforme du droit du Canada qui propose les modifications les plus complètes, quoique davantage sur la forme que sur le fond. Il est compréhensible que la Commission propose de modifier les articles 21, 22 et 464 - entre autres - dans le cadre des objectifs de la réforme destinée à adopter une nouvelle

¹⁷³ Peter Gillies, The Law of Criminal Complicity, Sydney, The Law Book Company Limited, 1980.

¹⁷⁴ Joshua Dressler, "Reassessing the Theoretical Underpinnings of Accomplice Liability: New Solutions to an Old Problem" (1985), 37 *The Hastings Law Journal* 91.

¹⁷⁵ *Supra*, note 173.

¹⁷⁶ Glanville Williams, "Complicity, Purpose and the Draft Code-2", [1990] *Crim. L.R.* 98.

Partie générale du Code criminel canadien. La Commission recommande des modifications sémantiques qui rectifieraient les problèmes dont elle prétend l'existence, c'est-à-dire : a) le fait que les dispositions relatives à la complicité ne sont pas assez bien organisées pour éviter les répétitions; b) l'absence d'esprit de système et d'ordre dans les diverses dispositions, ce qui rend les articles assez difficiles à administrer; et c) la confusion en ce qui concerne l'orientation et le principe fondamental.¹⁷⁷ Le projet de code anglais¹⁷⁸ et le Code pénal modèle¹⁷⁹ se sont également penchés sur certains problèmes soulevés ci-dessus.

(i) L'actus reus du droit relatif à la complicité

Joshua Dressler prétend que l'un des problèmes les plus urgents du droit actuel relatif à la complicité est que le complice peut être responsable, si minimale que soit sa participation réelle à l'infraction. «Pourquoi», demande-t-il, «le droit traite-t-il de la même manière toutes les parties secondaires, nonobstant la diversité de leur participation à l'acte criminel? Pourquoi est-ce que le droit criminel mettrait sur le même pied la vilénie d'un Iago, d'une part, et la loyauté d'un conjoint qui donne un repas à son époux qui est en même temps l'auteur?»¹⁸⁰

Les inquiétudes de Dressler se fondent sur la manière d'appliquer la théorie de la causalité au droit de la complicité. En ce qui concerne l'auteur, la règle est simple et virtuellement immuable : la Couronne doit prouver sans aucun doute raisonnable que sans l'acte de l'auteur, le préjudice illicite ne se serait pas produit lorsque cela a été le cas.¹⁸¹ Cependant, le complice se trouve sur un terrain plus glissant : «l'aide apportée ... ne doit pas nécessairement contribuer au résultat

¹⁷⁷ *Supra*, note 20, à la p. 19.

¹⁷⁸ *Supra*, note 24.

¹⁷⁹ *Supra*, note 23.

¹⁸⁰ *Supra*, note 174, à la p. 92.

¹⁸¹ *Ibid.*, à la p. 99.

criminel en ce sens que sans celle-ci, le résultat se serait produit. Il suffit qu'elle ait facilité un résultat qui se serait produit sans elle.»¹⁸² Pour Dressler, la théorie de la causalité joue un rôle fondamental dans le droit de la complicité. Il s'agit de l'instrument que nous utilisons pour nous assurer que ceux qui sont également blâmables reçoivent comme châtement la punition qu'ils méritent. Elle établit une relation entre le niveau de culpabilité du complice-prévenu, d'une part, et la gravité du préjudice causé, d'autre part.¹⁸³ Dressler prétend que ce rôle fondamental à l'égard du droit relatif à la complicité doit être plus raffiné et plus soigné, afin de s'assurer que justice est faite.

Sans doute, le caractère négligeable de l'importance de l'influence ou de la participation peut provoquer des injustices importantes. Par exemple, on présumerait que l'organisateur d'un vol à main armée complexe qui se termine par la mort d'un innocent serait dans une certaine mesure plus coupable que l'individu qui, en connaissance du plan, fournirait sciemment un masque. Pourtant, selon le droit actuel, tous les deux seraient passibles de la même peine. Une analyse prudente du droit relatif à la complicité, dans un but de réforme, devrait au moins étudier cette question. Ce n'est pas ce que fait la Commission de réforme du droit.

Il est curieux de constater que, ni les dispositions du Projet de code anglais, ni les dispositions du Code pénal modèle, ni les dispositions proposées par la Commission de réforme du droit, ne contiennent un critère de causalité. Il se peut que celles-ci considèrent que la caractéristique inutile ou minuscule de la participation d'un complice à l'acte criminel doit être étudiée au moment de la détermination de la peine. Ou bien, peut-être, reconnaissent-elles que la théorie de la causalité de la common law ne peut être appliquée au complice qu'avec de grandes difficultés, dont la moindre n'est pas le fait que la commission de l'acte criminel dépend en fin de compte de la formation ou de la poursuite

¹⁸² State v. Tally (1894), 15 So. 722.

¹⁸³ *Supra*, note 174, à la p. 103.

de l'intention de l'auteur principal. Selon Peter Gillies, ce dernier facteur

«suffit habituellement pour rompre toute relation de causalité qui aurait autrement existé entre l'acte incriminant des complices, d'une part, et la commission de l'infraction, d'autre part. Il n'est pas nécessaire de réduire l'éventail des actes incriminants que les complices doivent avoir commis, si l'on exige que cet acte ait contribué «substantiellement» ou bien «effectivement» à la perpétration de l'infraction.»¹⁸⁴

Une telle restriction a déjà été introduite dans le projet de Code pénal modèle, mais abandonnée par la suite dans le Projet officiel de 1962 de l'American Law Institute, parce qu'il s'agissait présumément «d'un critère de responsabilité trop vague pour diriger le verdict d'un jury».¹⁸⁵ Dans son document de travail n° 45, la Commission de réforme du droit recommande un critère d'«acte important», mais cette recommandation ne se trouve dans aucun des projets de disposition du Rapport n° 31, qui est intitulé Pour une nouvelle codification du droit pénal.¹⁸⁶

Il existe également une raison tout à fait pratique de renoncer à cette approche de causalité de la participation. Fréquemment, la seule manière de décider dans quelle mesure l'auteur principal a été influencé ou aidé par le complice consiste à le contre-interroger, ce qui n'est pas indiqué pour des raisons évidentes. Les inquiétudes à l'égard de la portée trop vaste de la responsabilité du complice doivent être résolues d'une autre manière, comme par exemple en imposant une limites strictes à l'égard de la *mens rea*. Pour les motifs qui précèdent, les obligations relatives à l'*actus reus* ne devraient pas être modifiées.

¹⁸⁴ *Supra*, note 173, à la p. 301.

¹⁸⁵ *Ibid.*

¹⁸⁶ *Supra*, note 20.

(ii) La *mens rea* du droit de la complicité

La *mens rea* nécessaire constitue peut-être la question irrésolue la plus importante dans le droit de la complicité. Les problèmes posés par l'*actus reus* de la complicité devraient éclairer la théorie de la *mens rea*. Plus précisément, le fait qu'une causalité négative soit nécessaire pour déclarer la culpabilité de l'auteur principal n'a pas pour conséquence nécessaire que l'acte de complicité du complice doive avoir la moindre importance en matière de causalité; la *mens rea* devrait être le mécanisme au moyen duquel la responsabilité secondaire est limitée. L'obligation habituelle de la Couronne de prouver à la fois la causalité et le dessein pour que l'auteur principal soit déclaré coupable ¹⁸⁷ renforce l'argument selon lequel celle-ci devrait prouver au moins le dessein pour que le complice soit déclaré coupable. Le paragraphe 21(1) du Code limite suffisamment la responsabilité des complices en exigeant la preuve de ce niveau plus élevé de *mens rea*. De cette manière, le Code harmonise mieux la *mens rea* imposée aux complices avec celle que l'on exige de l'auteur principal, ce qui limite la portée de la responsabilité pour complicité qui découle de la défaillance de la théorie de la causalité. Mais ce ne sont pas là les seules raisons d'exiger un dessein.

Si le droit n'exigeait que la connaissance, plutôt qu'un dessein, une activité qui serait autrement entièrement légale et dans laquelle le prévenu aurait le droit se s'engager, deviendrait illégale. Le vendeur d'un pistolet qui a simplement l'intention de gagner sa vie et qui vend un pistolet à quelqu'un en sachant qu'il a ainsi aidé son client à tuer; ou bien l'écrivain qui décrit un crime «parfait» en sachant que, statistiquement, quelqu'un tentera de commettre ce crime, agissent avec indifférence à l'égard de l'infraction qui sera finalement commise. Ils n'ont aucun intérêt à l'égard de celle-ci. Dans la mesure où leur intention est

¹⁸⁷ L'auteur principal doit agir avec le plus haut niveau de culpabilité. Même s'il ne souhaite pas précisément les faits constitutifs du crime, il doit quand même agir en prévoyant que l'infraction découlera avec une quasi-certitude de son comportement.

différente de celle de l'auteur principal à cet égard, ils sont moins blâmables. Il se peut qu'ils ne soient pas totalement innocents de la commission d'un acte préjudiciable mais ils sont, à tout le moins, moins coupables que l'auteur principal et ne devraient donc pas être passibles de la même peine.

Le fait d'exiger le dessein d'aider, ou d'exercer une influence, pour déclarer le complice coupable sur les mêmes bases que l'auteur principal, peut causer des injustices lorsque, par exemple, un complice est très coupable sans l'être autant que l'auteur.¹⁸⁸ Par exemple, si le complice fournit un pistolet à l'auteur principal sur la scène du crime, tout en sachant très bien que l'auteur principal a prévu de tuer la victime. Il est possible que le dessein du complice ne coïncide pas avec celui de l'auteur principal, mais son état psychologique n'en demeure pas moins hautement répréhensible.

Pour résoudre ce problème sans réduire l'intensité du dessein nécessaire, Peter Gillies propose la création d'une infraction d'assistance à la perpétration d'un acte criminel, qui serait similaire à la complicité après le fait et dont la peine serait inférieure à celle dont est passible l'infraction maximale.¹⁸⁹ Par conséquent, le jury devrait décider si le prévenu possédait l'intention nécessaire pour être déclaré coupable à titre de complice ou d'assistant dans la perpétration d'un acte criminel. Dans un cas comme dans l'autre, le prévenu devrait toujours avoir la *mens rea* appropriée à l'infraction.¹⁹⁰ Cette notion devrait être introduite dans une nouvelle disposition du Code.

¹⁸⁸ *Supra*, note 173, à la p. 304.

¹⁸⁹ On peut noter que ce projet est appuyé par Grace E. Mueller, dans son article intitulé : "The Mens Rea of Accomplice Liability" (1988), 61 Southern Cal. L. Rev. 2169, à la p. 2186.

¹⁹⁰ *Supra*, note 173, à la p. 305.

(iii) **La mens rea de l'auteur de l'intention commune**

Le Projet de code anglais et la Commission de réforme du droit révèlent un souhait général de protéger la théorie de l'auteur de l'intention commune qui se trouve au paragraphe 21(2). On peut comprendre que cela représente le point de vue selon lequel la société doit se sentir justifiée d'imposer aux participants la responsabilité du fait des préjudices connexes, mais probables, qui découlent de leurs desseins illicites. Le dessein habituellement nécessaire n'est pas imposé, à cause du caractère préalable de l'état psychologique blâmable du prévenu complice. Cette intention coupable est transportée justement à chaque conséquence probable du dessein illégal auquel le complice a participé. La société devrait créer des encouragements destinés à faire cesser les préjudices qui tombent dans le cadre des desseins communs illicites, en accroissant la responsabilité possible d'un complice du fait de tous les actes criminels probables qui sont commis par ses associés. Cette approche ne souffre pas de la sur-criminalisation qui découle de l'utilisation d'états psychologiques moindres que le dessein (ou la connaissance, à cet égard), étant donné que le complice n'est pas innocent, autrement. Pour empêcher la sur-criminalisation, la seule condition de responsabilité qui devrait être ajoutée consisterait à exiger non seulement que l'acte criminel connexe soit probable, mais aussi que le complice sache subjectivement que cet acte résulterait. Selon cette théorie, le nouveau Code serait conforme à la tendance établie par l'arrêt R. c. Vaillancourt¹⁹¹; et l'expression «devait savoir» devrait être radiée au paragraphe 21(2) en ce qui concerne tous les actes criminels et non pas simplement le meurtre et la tentative de meurtre. La Commission de réforme du droit a adopté cette approche au paragraphe 4(6), mais le Projet de code anglais a totalement failli à cet égard.

Les propositions de la Commission de réforme du droit

La Commission de réforme du droit a rédigé ses projets d'articles dans le but d'améliorer leur organisation, leur clarté

¹⁹¹ (1987), 39 C.C.C. (3d) 118.

et leur cohérence, ainsi que pour accroître leur généralité et leur caractère subjectif et complet. Dans une certaine mesure, ces objectifs ont été atteints, mais au détriment de la cohérence et de l'exactitude théorique.¹⁹²

Les dispositions sur l'instigation ont éliminé les distinctions entre le fait de conseiller et le fait d'amener, d'une part, et le fait d'aider et le fait d'encourager, d'autre part. D'une manière générale, tous les moyens d'aider ou d'influencer la commission d'un acte criminel sont dénotés par les verbes «aide, encourage, pousse ou incite, conseille ou se sert». En introduisant tous ces termes dans un seul article, le projet de la CRDC garantit que le crime d'instigation n'est plus dérivé. Autrement dit, il n'exige plus que l'auteur principal ait perpétré une infraction complète, comme condition préalable pour imputer la responsabilité au complice. L'instigation serait traitée de la même manière que le fait de conseiller a toujours été traité. Un aide ou un fauteur serait responsable d'avoir tenté d'instiguer un crime, même si l'auteur principal n'avait pas commis l'acte criminel avec une aide ou un encouragement. Dans la mesure où les aides et les fauteurs se sont engagés dans une conduite également répréhensible avec des intentions également coupables, les résultats des propositions de la CRDC sont à la fois rationnels et justes.

Les propositions de la Commission garantiraient également que la même *mens rea* s'appliquerait à tous les actes d'instigation, ce qui éliminerait l'incertitude subie par les tribunaux en ce qui concerne l'acte de conseiller. Mais pour gagner cette amélioration de la certitude, le projet de la CRDC a sacrifié une approche de bon sens de la *mens rea* qui fait nécessairement la distinction entre l'acte de conseiller, d'une part, et les actes d'aider et d'encourager, d'autre part. La *mens rea* nécessaire à l'aide et à l'encouragement exige que le complice connaisse l'intention criminelle de l'auteur principal, ce qui n'est pas le cas du fait

¹⁹² Commission de réforme du droit du Canada, La responsabilité secondaire : Complicité et infractions inchoatives, document de travail 45, Ottawa, Commission de réforme du droit du Canada, 1985.

de conseiller. Compte tenu de cette application différente de la *mens rea*, le fait de regrouper l'aide avec le conseil empêcherait effectivement de déclarer coupable celui qui conseille de commettre une infraction, lorsque celui qui a été conseillé n'avait pas d'intention criminelle préalable.

Les faiblesses de la proposition de la CRDC découlent du fait que celle-ci ne traite pas correctement la *mens rea* connexe. Malgré les modifications apportées par la CRDC, les difficultés relatives à l'application de la *mens rea* au moyen des dispositions actuelles continueraient à prévaloir. Sous réserve de la disposition générale de l'alinéa 2(4)d) du Rapport n° 31, qui anéantirait la *mens rea* au niveau du «dessein», les propositions de la Commission ne fournissent aucune directive sur l'élément psychologique que les complices devraient avoir. Le concept de dessein que la CRDC a introduit dans le sous-alinéa 2(4)a)(i) ne vise pas les parties secondaires, bien que cela ait sans doute été son intention. Par conséquent, qu'un complice doive posséder un dessein, la connaissance ou la témérité à l'égard de l'acte d'assistance, l'intention de l'auteur principal et les circonstances qui constituent l'infraction, ou bien les résultats de la conduite, demeurent obscures. En présumant que la disposition générale de l'alinéa 2(4)d) s'applique au complice, celui-ci devrait agir à dessein en ce qui concerne les conséquences de sa conduite, et sciemment ou témérairement en ce qui concerne les circonstances. La conduite, les conséquences et les circonstances doivent être précisées par la définition du crime, mais les actes criminels sont habituellement définis selon la conduite et la culpabilité de l'auteur principal, et non pas selon la conduite et la culpabilité du complice (seul ou en relation avec son auteur principal).

Les problèmes d'application de la *mens rea* qui sont créés par le projet de la CRDC ne sont pas insurmontables. Un tribunal compétent pourrait donner un sens à ces dispositions quelle qu'en soit la difficulté, mais si l'on permettait à une telle situation de se produire, on aurait manqué une occasion importante de clarifier un domaine embrouillé du droit. Un nouveau libellé du droit de la complicité devrait définir d'une manière soignée et

précise la *mens rea* du complice à l'égard de la conduite de celui-ci, de la conduite de l'auteur et des circonstances et conséquences de chacune.

De plus, et plus notablement, la définition du dessein que la CRDC donne au sous-alinéa 2(4)a)(ii) du Rapport n° 31 introduit le «dessein» et la «témérité» à l'égard des circonstances dans ce qui devient par la suite une définition par trop étendue. La portée de la responsabilité du complice va bien au-delà de l'état actuel de la législation, dans la mesure où le «dessein ou la témérité» à l'égard des circonstances comprennent le dessein ou la témérité à l'égard du désir réel de l'auteur principal de commettre un acte criminel. Tous les problèmes soulevés ci-dessus en ce qui concerne l'excès de la portée de la responsabilité connexe apparaissent en premier plan dans le projet de la CRDC. Un complice ne devrait pas être déclaré coupable d'une infraction commise par l'auteur principal et passible de la peine entière, à moins que ce complice ait agi à dessein (c.-à-d. dans le but d'aider l'auteur principal à accomplir un acte dont le complice sait qu'il s'agit d'une infraction et que l'auteur principal a l'intention de le commettre).

Un projet de législation

1. (1) Instigation d'un acte criminel. Est coupable d'instiguer un crime perpétré par autrui, et passible de la peine imposée pour ce crime, celui qui
 - (a) dans le dessein d'encourager ou de faciliter la commission de l'infraction¹⁹³

Commentaire

Le libellé utile adopté par la Commission de réforme du droit du Canada en ce qui concerne l'utilisation de l'«instigation» est utilisé ici afin de dénoter le plus haut niveau de culpabilité d'un complice. Comme il appert de façon évidente à l'alinéa 1(1)a),

¹⁹³ Le libellé de cet al. est tiré de l'al. 2.06(3)a) du Code pénal modèle, *supra*, note 23.

l'individu coupable d'instiguer un crime doit avoir agi dans un dessein plutôt qu'avec la simple connaissance ou la témérité.

(i) conseille à autrui de commettre l'acte criminel (ou d'accomplir les actes équivalant, en droit, à cet acte criminel dans les circonstances, ou bien si un résultat spécifique en découle), et le tiers commet l'acte criminel ou l'acte; ou

Commentaire

Le sous-alinéa 1(1)a)(i) adopte la distinction nécessaire entre le fait de conseiller, d'une part, et le fait d'aider et d'encourager, d'autre part. Le passage placé entre parenthèses permet à la disposition de s'appliquer à la complicité dans le cadre des infractions de témérité et de négligence. ¹⁹⁴

(ii) ne fait aucun effort convenable pour prévenir la commission d'une infraction qu'il a l'obligation légale d'empêcher; ¹⁹⁵ ou

Commentaire

Ce sous-alinéa fait des témoins qui ont l'obligation légale d'empêcher l'acte criminel, des complices qui sont passibles de la peine complète pour l'infraction achevée. Cette disposition vise à tenir compte de situations semblables à celle de l'affaire Dunlop and Sylvester c. R. ¹⁹⁶, dans laquelle deux membres d'une bande de motards livraient de la bière dans une décharge où d'autres membres de la bande violaient collectivement une femme. Les deux prévenus ont regardé l'activité sexuelle pendant quelques minutes, puis sont partis. Au nom de la majorité de la Cour suprême, M. le juge Dickson a décidé que les prévenus - qui faisaient partie de la bande - ne participaient pas au viol, étant donné que la simple

¹⁹⁴ Le libellé de ce sous-al. provient du passage de l'article du professeur Glanville Williams qui énonce la *mens rea* qui convient à la responsabilité du complice; voir, *supra*, note 176, à la p. 102.

¹⁹⁵ Le libellé de ce sous-al. provient du sous-al. 2.06(3)a)(iii), du Code pénal modèle de l'American Law Institute, *supra*, note 23.

¹⁹⁶ [1979] 2 R.C.S. 880, à la p. 891.

présence ne suffit pas pour fonder la culpabilité en application du paragraphe 21(1) du *Code criminel*, à moins qu'elle soit associée à un encouragement actif ou à la connaissance préalable du fait que l'infraction se produira. Selon la disposition proposée ci-dessus, les membres de la bande participeraient au viol si les réformes apportées au *Code criminel* comprenaient des omissions qui englobent le comportement des deux membres de la bande. Il est contradictoire de tenir les membres de la bande responsables du viol simplement parce qu'ils ne l'ont pas empêché, à moins que le *Code* qualifie clairement cette inaction comme étant répréhensible et passible de sanction pénale.

À titre d'exception à ce principe, les membres de la bande pourraient être tenus responsables en application de l'alinéa 1(1)b) ou du paragraphe (2), ci-dessous, s'ils étaient arrivés sur la scène du crime, avaient assisté au viol et étaient restés sur place dans le but d'encourager le viol, ou bien en sachant que le viol était encouragé par leur présence.

- (b) (i) sait qu'un tiers veut commettre l'acte criminel ou des actes qui, en droit, équivalent à un acte criminel dans les circonstances, ou bien si un résultat particulier en découle; et
(ii) sait que ses actes aident ou aideront le délinquant à commettre l'acte criminel,¹⁹⁷ et
(iii) agit dans le dessein d'aider un délinquant à exercer son intention criminelle.

¹⁹⁷ Le libellé des sous-al. 1(1)b)(ii) et (iii) provient du passage de l'article du professeur Glanville Williams qui énonce la *mens rea* convenable en ce qui concerne la responsabilité des complices; voir, *supra*, note 176, à la p. 103.

Commentaire

Ces sous-alinéas précisent la *mens rea* nécessaire à un complice qui favorise la commission d'un acte criminel en conseillant autrui. Ils conservent la différence importante entre le fait de conseiller et celui d'aider activement. L'élément psychologique de la conduite du complice est précisé dans les détails, individuellement et en rapport avec la conduite et la culpabilité de l'auteur principal. De plus, comme l'alinéa (1)a)(i) ci-dessus, elles comprennent la responsabilité du fait de la complicité dans des infractions de témérité ou de négligence.

1. (2) Assistance. Est coupable d'assistance au crime d'autrui, et passible de la moitié de la peine applicable à cet acte criminel, celui qui, tout en agissant sans dessein, aide, conseille, encourage ou influence autrement et sciemment le délinquant à commettre l'acte criminel et qui remplit les conditions énoncées aux alinéas 1(1)a) ou b), selon le cas.

Commentaire

Cette disposition fait le lien entre, d'une part, les complices qui sont moralement aussi coupables que l'auteur parce qu'ils ont agi dans un dessein et, par conséquent, méritent une punition complète; et, d'autre part, ceux qui ont agi en toute connaissance de leur assistance mais dans un autre dessein et qui, par conséquent, sont quand même coupables moralement mais pas autant que l'auteur. L'utilisation du terme «dessein» permet de réduire la portée de la responsabilité du complice. La disposition relative à la connaissance du fait que l'on a assisté permet de reconnaître que certains individus qui ont agi sciemment, mais sans un dessein, se sont quand même engagés dans une conduite qui est très répréhensible. Cette disposition fait un compromis entre ces deux objectifs, en reconnaissant la distinction entre les deux situations et en imposant une peine réduite.

(3) Cas où un autre crime est commis.

(a) Règle générale. Nul n'est coupable d'instiguer ou d'avoir tenté d'instiguer un crime qui diffère de celui qu'il avait en vue ou qu'il croyait qu'il assistait.

(b) Exception. L'alinéa 1(3)a) ne s'applique pas lorsque le crime ne diffère que quant à l'identité de la victime ou à la gravité du préjudice corporel ou matériel causé.

(c) Réserve. Quiconque s'entend avec autrui pour commettre un crime et accomplit également un autre acte pour favoriser sa commission est responsable, non seulement du crime sur lequel porte l'entente et qu'il a l'intention d'instiguer, mais également de tout crime qui est, à sa connaissance, une conséquence probable de cette entente ou de l'acte en cause. ¹⁹⁸

Commentaire

Bien qu'il soit libellé comme une réserve, l'alinéa b) codifie pour une large part les exigences de la common law en ce qui concerne les caractéristiques appropriées de l'acte criminel visé, par rapport à celles du crime commis effectivement. Il doit s'agir du même genre d'acte criminel que celui qui était prévu, et il ne doit se distinguer de celui-là qu'en ce qui concerne l'identité de la victime ou la gravité du préjudice causé. L'alinéa c) comprend la disposition du paragraphe 21(2) du *Code criminel* relative à l'auteur de l'intention commune, mais il limite la responsabilité aux actes criminels dont le complice sait subjectivement qu'ils sont les conséquences probables de l'entreprise illicite.

(4) Celui qui a instigué ou tenté d'instiguer un acte criminel qui n'est pas entièrement accompli est passible de la moitié de la peine dont il aurait été passible si l'acte criminel avait été entièrement accompli. ¹⁹⁹

¹⁹⁸ Les al. 1(3)a), b) et c) proviennent des al. 4(6)a), b) et c) des recommandations de la Commission de la réforme du droit du Canada, *supra*, note 20, à la p. 47. [N. du T.: le libellé utilise le verbe «instiguer» au lieu de la locution verbale «favoriser la commission»; ce verbe est dérivé du substantif «instigation», qui est utilisé dans le document de la CRDC intitulé Le document d'inculpation, Commission de réforme du droit du Canada, 1987.]

¹⁹⁹ Le par. 1(4) est une adaptation du par. 4(4) recommandé par la Commission de réforme du droit du Canada sous le titre «Tentative pour favoriser la commission d'un crime», *ibid.*, à la p. 46.

Commentaire

Cette disposition proroge la responsabilité de celui qui aide ou qui conseille la commission d'une infraction par autrui, même si ce tiers ne commet pas l'infraction qui a fait l'objet de l'aide ou du conseil. Elle comble la carence du droit actuel, qui n'impose pas de responsabilité criminelle à ceux qui aident ou qui encouragent la commission d'une infraction qui, pour une raison ou pour une autre, n'est jamais entièrement exécutée par l'auteur principal.

Le paragraphe 1(4), qui se fonde généralement sur la disposition de la CRDC intitulé «Tentative pour favoriser la commission d'un crime», n'utilise pas le même intitulé afin de différencier les situations dans lesquelles l'acte du complice ne peut assister, ou le complice ne donne pas de conseil d'une part, et les situations dans lesquelles l'auteur principal a choisi de son propre chef de ne pas commettre l'acte criminel, d'autre part. La première situation est plus convenablement dénommée tentative, mais elle ne peut justifier l'imposition de la responsabilité, à cause de l'absence totale de l'*actus reus* et du préjudice qui en découle. Autrement dit, un acte qui n'aide ni conseille, qui n'atteint pas l'esprit de l'auteur (le cas échéant) et qui ne donne pas lieu ultimement à un acte criminel (ou à un préjudice, à cet égard) est totalement insuffisant pour fonder une responsabilité criminelle. Punir pour ces motifs équivaldrait à punir pour de simples pensées mauvaises.

Cependant, cette disposition préserve la distinction entre les actes qui favorisent la commission d'un crime ou l'assistance qui «donne lieu»²⁰⁰ à une infraction, d'une part, et ceux qui ne le font pas, d'autre part. La réduction de la peine à l'égard des actes qui ne donnent pas lieu à un acte criminel est justifiée, parce qu'aucun préjudice n'a eu lieu. De plus, elle encourage également les parties à l'acte criminel à abandonner leurs intentions illicites avant que celles-ci ne se manifestent sous la forme d'une infraction punissable et préjudiciable.

²⁰⁰ À cause des problèmes de causalité qui sont associés au droit de la complicité, il est impossible de dire si un acte d'instigation ou un acte d'assistance donne effectivement lieu à l'acte criminel qui est finalement commis.

Conclusion

Le 100^{ème} anniversaire du *Code criminel* canadien offre une merveilleuse occasion d'améliorer un domaine du droit qui gêne les magistrats, les avocats, les étudiants en droit et les jurys depuis sa création. Malheureusement, les propositions de la CRDC sont insuffisantes parce qu'elles ne comprennent pas de nombreux principes qui résoudraient certaines contradictions et ambiguïtés qui gênent depuis si longtemps. Le projet de la CRDC à l'égard de l'«instigation» constitue une amélioration importante par rapport au droit actuel, sous l'angle de la simplicité. Cependant, dans ce domaine complexe du droit criminel, la simplicité n'est pas appropriée, notamment si elle sacrifie la cohérence et l'exactitude théorique.

Dans ce domaine, la réforme du droit devrait, à tout le moins, révéler une théorie plus complète, cohérente et juste, de la *mens rea* des complices, en tant que complices, tout en réduisant soigneusement la portée de la responsabilité du fait de complicité, qui a été élargie incorrectement à cause de l'inapplicabilité de la théorie de la causalité. Il ne faut pas moins faire pour ne pas manquer une importante occasion de réforme.