

"Source: Ministère de la Justice Canada,

Documents rédigés pour le ministère de la Justice en réponse au livre blanc,

"Proposition de modification du Code criminel (Principes généraux)", mars 1994

Reproduit avec la permission du ministre des Travaux publics

et Services gouvernementaux Canada, 2008."

(Ce document est une traduction de la version originale.)

**L'harmonisation des moyens de défense : une réponse
au livre blanc**

Anne McGillivray

Faculté de droit, University of Manitoba

le 15 mars 1994

Le droit pénal a pour objet de protéger la société, de dénoncer certains actes et de modifier le comportement des contrevenants. Les règles de responsabilité pénale reflètent ces justifications du droit - utilitaristes (réductives), formalistes (rétributives) et utilitaristes (behavioristes) : il est inutile et inéquitable de punir l'individu qui commet une erreur de droit ou de fait ou qui, pour tout autre motif, est incapable de former une intention criminelle, qui commet un acte répréhensible dans le but d'éviter le mal ou dont la condamnation est obtenue au prix de l'équité procédurale. De ces trois catégories, les défenses exonératoires (les excuses contextuelles) sont les plus difficiles à harmoniser tant entre elles qu'avec les principes de la responsabilité. «Il faut que le droit tienne ses engagements», affirme le juge Holmes, mais dans le cadre des excuses contextuelles, les considérations d'ordre circonstanciel modifient la responsabilité. Un «moyen de défense» n'est pas un concept, c'est une réalité. Il ne suffit pas d'invoquer les «moyens de défense» pour que soit résolu le problème que soulève leur codification. Les propositions visant l'harmonisation des moyens de défense n'ont pas eu l'heur d'être convaincantes.

Les propositions de modification de la Commission canadienne de réforme du droit, de l'Association du Barreau canadien et du ministère de la Justice définissent en termes de plus en plus simples les conditions générales applicables en matière de responsabilité pénale et de mesures de redressement à deux fins : l'expression (et la résolution) de la *common law* et l'accessibilité de la règle de droit. Il n'est pas certain qu'il soit possible

d'atteindre ces deux objectifs. Le Code est une loi hybride qui exige l'apport de la *common law* pour régler chaque affaire; l'écart entre les spécialistes du droit et le public est donc moins grand qu'il ne le paraît. Il ne faut pas résister aux énoncés clairs et simples. La simplicité et la généralisation facilitent à la fois l'accessibilité et l'interprétation. Il est difficile d'énoncer tous les moyens de défense (une troisième condition de l'accessibilité) si la *common law* est susceptible d'en ajouter de nouveaux.

Malgré sa modification initiale et son remaniement subséquent, le Code reflète ses origines qui remontent au dix-neuvième siècle. Depuis un siècle, les lacunes que présente la Partie générale ont contribué à l'ingéniosité judiciaire alors que les lois n'ont fait rien de plus que de jouer avec ces notions. En plus de codifier et d'affirmer les règles de droit, il faut que le nouveau Code puisse s'adapter à toute modification éventuelle du cadre normatif et empirique de la société canadienne. Puisque les moyens de défense sont fondés sur ce cadre qui n'a rien de législatif, la souplesse du Code est particulièrement importante. Ainsi, par exemple, excuser l'homicide intentionnel commis dans la défense d'un bien pose problème dans un cadre normatif en vertu duquel la vie est plus précieuse que les biens matériels. L'analyse devrait-elle porter plutôt sur la défense de l'individu? Est-il préférable d'adopter une version modifiée du critère de la prépondérance du risque? La dualité cartésienne que l'on retrouve dans la définition de l'aliénation mentale est indéfendable du point de vue empirique et suspecte du point de vue normatif (McCraw).

Peut-on rationaliser les moyens de défense? Les politiques,

approches, structures et organisation des moyens de défense proposés par le livre blanc sont-elles logiques? La réponse la plus simple est non. Il reste beaucoup de travail à faire et il faut examiner de nouveau le cadre fondamental. Il est impossible d'obtenir une description parfaite compte tenu des définitions extrêmement disparates que nous proposent la jurisprudence et les études spécialisées, mais, dans l'ensemble, les moyens de défense s'inscrivent dans trois catégories : les défenses fondées sur l'incapacité (l'aliénation mentale, l'intoxication, peut-être l'âge); les défenses contextuelles (la contrainte, la prévention du mal; la protection des personnes ou des biens; peut-être l'erreur); les défenses relatives à la procédure. Existe-t-il des omissions importantes? Cette fois, la réponse la plus simple est oui, avec certaines nuances. Doit-on conserver les catégories visant l'incapacité, la justification et l'excuse? Du point de vue théorique, la distinction entre la justification et l'excuse est défendable, mais en pratique, elle est incohérente. De nombreuses «justifications» ne sont plus perçues comme reflétant le plus grand bien. La distinction n'a aucune utilité, ni du point de vue normatif ni du point de vue organisationnel et il faudrait l'écartier.

Harmonisation des moyens de défense : la politique, l'approche, la structure et l'organisation

La Partie générale du Code porte sur 1] les conditions applicables en matière de responsabilité pénale (les limites de la responsabilité pénale, l'intention, l'actus reus, la juridiction, les parties, les personnes morales, les infractions inchoatives);

et 2] les moyens de défense (l'erreur, l'incapacité, l'excuse contextuelle, l'abus de procédure). Nous recommandons l'adoption du préambule suivant aux moyens de défense :

Chacun a droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne et tous ont droit à la même protection et à l'application régulière de la loi. Lorsqu'il s'avère raisonnablement nécessaire, compte tenu des circonstances telles que perçues par l'accusé, de porter atteinte aux droits d'une personne ou à cette personne elle-même par des moyens qui constitueraient une infraction criminelle, il n'y aura pas d'infraction. Il est permis de toucher la personne qui est incapable d'y consentir à des fins dont la preuve démontre le bien-fondé. Sauf disposition contraire ou modification de la présente loi ou de toute autre loi fédérale, chaque règle et chaque principe de la *common law* qui fait d'une circonstance un moyen de défense contre une inculpation demeurent en vigueur.

Un préambule sert de guide en matière d'interprétation et augmente l'accessibilité de la loi en précisant sa portée et son fondement. Le préambule qui fait partie intégrante d'une loi a la force d'une règle de fond et établit le cadre normatif de son interprétation [T.V.]. Les conditions relatives à la responsabilité sont des énoncés positifs sur les limites du droit, mais les moyens de défense constituent des «moyens techniques qui permettent aux coupables de s'en tirer» ou, inversement, des excuses visant l'exercice d'un sens exagéré de ses droits. Il faudrait donc un cadre simple et explicite applicable aux moyens de défense. L'incertitude qui entoure ces moyens a nui à l'étude des

changements profonds qui se sont produits en regard du sens de la responsabilité et de la répartition des pouvoirs. Il faut reconnaître explicitement l'élément normatif impératif des moyens de défense.

Le préambule devrait préciser le droit à l'intégrité de la personne. Lorsque le droit permet d'excuser un acte illégal, l'art. 7 de la Charte protège et la victime et l'auteur du fait. Il faut que les moyens de défense que peut invoquer l'individu qui a porté atteinte aux droits d'un autre tiennent compte des droits et des libertés de chacun dans un cadre limité, fondé sur des principes qui reflètent les valeurs de la société. Nul ne devrait subir une agression ou autre atteinte à sa personne en raison de son statut. La commission de l'*actus reus* d'une infraction peut être excusée dans certaines circonstances lorsque la personne croit, pour des motifs raisonnables, qu'elle doit poser ce geste. Le consentement est une excuse qui justifie la plupart des infractions sous réserve de certaines limites de principe (*Jobidon*, les actes sexuels avec des enfants). Les enfants et d'autres personnes qui n'ont ni le pouvoir ni la capacité de consentir, pourraient tout de même avoir besoin de limites quant à leur autonomie et de contact humain à des fins utiles. Le fait de toucher quelqu'un peut être essentiel à sa vie, l'agression peut sauver la vie. Une interprétation large de l'article 7 permet d'englober l'erreur, l'incapacité et l'abus de procédure. Dans l'ensemble, le préambule porte sur les excuses contextuelles.

Il faut que les moyens de défense soient inclusifs, fondés sur des principes et rédigés en termes simples, semblables et clairs. Il faut éviter toute référence à la notion de justification. Le

Code n'impose aucune obligation de secours sauf pour les obligations légales, mais il ne mentionne pas les situations d'urgence autres que médicales qui ne s'inscrivent pas dans ces limites. Les moyens de défense devraient être suffisamment larges pour assurer la non-responsabilité de la personne de bonne foi qui prête secours à autrui.

Il faut simplifier davantage les moyens de défense contextuels. À mon avis, ces moyens se résument à la protection d'une personne (n'importe laquelle), la protection d'un bien (n'importe lequel) et le fait d'éviter, pour soi ou pour les autres, des lésions corporelles, dans d'autres circonstances que celles mentionnées. Le critère applicable serait essentiellement celui de la crainte raisonnable, dans les circonstances perçues par l'accusé, assorti d'un examen du mal commis par rapport au mal évité dans un cadre assez large. Lorsque l'acte entraîne la mort, la crainte de la mort devrait compter parmi les circonstances prévues. Je n'ai pas tenté de reformuler en termes aussi simples les moyens de défense, mais je recommande fortement que ce soit fait.

Le livre blanc codifie les moyens de défense que sont la nécessité, la contrainte morale, l'automatisme, l'intoxication, la diligence raisonnable, l'erreur induite par un fonctionnaire et la provocation policière, soit la plupart des moyens de défense de la *common law* reconnus par les tribunaux canadiens. L'interprétation de ces moyens pourra également porter sur l'évolution des normes et de la société qui constitue un argument percutant pour la conservation des moyens de défense de la *common law*. Si les dispositions sont équitables et rédigées en termes

larges, si l'importance d'une interprétation téléologique est reconnue, si une interprétation constitutionnelle est disponible et si les moyens de rechange en matière de détermination de la peine continuent d'être adoptés, il ne sera peut-être plus nécessaire de conserver les moyens de défense prévus par la *common law*. En cas contraire, il faudrait un énoncé positif dans le préambule.

L'énoncé «sauf disposition contraire ou modification de la présente loi ou de toute autre loi fédérale» soulève une difficulté. Les tribunaux peuvent appliquer tous les moyens de défense de la *common law* en vigueur depuis 1892 pour définir les limites d'une défense à moins que le Code ne précise clairement que la *common law* a été remplacée [Kowbel; Jobidon]. La défense de contrainte prévue par la *common law* a été invoquée pour éviter une formulation législative étroite [Paquette]. La règle de *common law* qui exige que soit corroboré le témoignage d'un enfant a été conservée malgré son abolition législative [Projet de loi C-15, Kendall]. L'application des moyens de défense de la *common law* pose problème dans la mesure où certains pourraient s'appuyer sur des défenses anciennes pour justifier des valeurs dépassées. La disposition qui abolit ces moyens doit-elle nécessairement mentionner la *common law*?

I. Incapacité

Il faudrait regrouper toutes les défenses d'incapacité. La capacité est à la fois une question préalable et un moyen de défense. Depuis l'arrêt *Swain*, l'aliénation mentale constitue un moyen de défense (noter toutefois les décisions contraires dans *Chaulk*; négation de la *mens rea* ou de la capacité?), alors qu'à

l'heure actuelle, l'âge compte parmi les immunités. En regard de la taxinomie des moyens de défense, il faudrait regrouper l'âge, les troubles mentaux et l'intoxication.

[13] **Enfant de moins de douze ans**

Le régime variable en matière de présomption de capacité qui découle du droit romain n'est plus appliqué dans le cas des enfants. Les jeunes contrevenants bénéficient d'une sorte de protection procédurale depuis l'entrée en vigueur de la *Young Offender Act* du Haut Canada au milieu du dix-neuvième siècle. Il est peu probable que l'on adopte de nouveau la présomption réfutable compte tenu des exigences de la *Convention relative aux droits de l'enfant*. L'âge étant une défense d'incapacité, telle défense appartient peut-être à la présente catégorie. On pourrait également invoquer la *Loi sur les jeunes contrevenants*. (Les autres immunités conférées par le statut [aptitude à subir son procès, immunités diplomatique, judiciaire, de la poursuite ou testimoniale] sont définies ailleurs).

[16] **Troubles mentaux : l'automatisme**

L'aliénation mentale est à la fois une négation de la *mens rea* (le juge Dickson dans *Chaulk*) et une négation de la capacité (le jugement dissident dans *Chaulk*). Il s'agit clairement, à l'heure actuelle, d'un moyen de défense [Swain] qui appartient à la présente catégorie.

Le syndrome dit prémenstruel constitue un moyen de défense limité en vertu de la *common law* dans certains pays mais il n'est pas clair s'il s'agit d'une diminution de la capacité de former une intention qui empêche la personne d'agir volontairement (les rechutes soulèvent une difficulté, *Rabey*) ou d'un trouble mental.

Le syndrome entraîne rarement la commission d'un acte criminel, il est traitable et constitue un événement physiologique ordinaire que vit plus de la moitié de la population; il n'est donc pas nécessaire de codifier le syndrome sauf en ce qui a trait à la détermination de la peine (comme au R.-U.). La question démontre l'incohérence relative de ces définitions.

L'Association du Barreau canadien recommande que la provocation par suite d'une insulte constitue un moyen de défense partiel contre toute infraction (punissable telle que la tentative). Si ce moyen est retenu à titre de moyen de défense partiel dans le cas d'une accusation de meurtre, il devrait figurer parmi les dispositions applicables en matière d'homicide. Le moyen s'inscrit-il dans le cadre de la défense de contrainte? Fondé sur l'importance qu'avait autrefois la défense de l'honneur (p. ex. : le duel, la défense du gardien; le meurtre d'un partenaire infidèle ou d'un amant), le moyen paraît archaïque et fortement axé sur l'un des deux sexes. Le critère étroit applicable (passion débridée; personne raisonnable) exclut la victime d'agressions répétées qui réagit à une insulte qui, pour toute autre personne, serait tout à fait minime. Lorsqu'une telle insulte contient une menace de violence physique, il s'agirait, aux termes de l'arrêt *Lavallee*, d'un cas de légitime défense. Lorsque la question qui se pose en est une de diminution de la capacité de former une intention, il faudrait invoquer les troubles mentaux comme dans les affaires *Bobbit* et *Rabey*. Dans les affaires où la violence exercée par une femme contre une autre s'est avérée aussi forte que la violence exercée par les hommes entre eux (armes, insultes, jalousie sexuelle) il semble que la défense de provocation ne soit pas

invoquée. Cette situation laisse à penser que non seulement le moyen de défense, mais aussi son application, sont limités à un seul sexe. Il faudrait l'abolir.

[35] **Intoxication volontaire**

L'intoxication volontaire est une défense d'incapacité qui relève de la compétence des tribunaux et, à ce titre, la disposition devrait figurer parmi les troubles mentaux. Le stigmatisme social qui l'entoure se reflète dans son application limitée.

II Ignorance ou erreur

[34] **Ignorance de la loi et erreur de droit**

--- **l'erreur de fait**

Il faudrait adopter une disposition générale sur l'erreur de fait inspirée de l'arrêt *Pappajohn* pour clarifier d'une part le sens du terme et assurer d'autre part que le Code contient tous les moyens de défense (au lieu de la norme de négligence que propose le livre blanc). Il s'agit essentiellement d'une négation de la *mens rea* (comme dans les troubles mentaux mentionnés plus haut), mais, à l'instar des troubles mentaux, l'erreur constitue un moyen de défense. La jurisprudence offre diverses opinions sur la question de savoir si l'erreur de fait doit exonérer la personne de tout acte illégal ou si telle erreur aurait pour effet de transférer l'acte reproché à une infraction de la même catégorie; cette question n'est toujours pas résolue. Nous préférons la position du juge Laskin dans l'affaire *Kundeus*. On trouve en *common law* un moyen de défense qui s'apparente à celui-ci. Il s'agit de l'impossibilité légale : lorsque l'accusé fait quelque chose qui n'est pas interdit par la loi alors qu'il est convaincu du

contraire, il n'est pas coupable d'une tentative de commettre une infraction qu'il n'était pas possible de commettre. L'erreur a une application particulière dans les moyens de défense qui exigent une norme objective modifiée.

-----**La renonciation**

Il existe, en *common law*, un moyen de défense qui n'est pas reconnu au Canada. L'intention claire de renoncer à l'acte illégal, tel qu'établi par la preuve d'un geste positif pour tenter de modifier le cours des événements (appeler la police, prévenir la victime), devrait constituer un moyen de défense contre une accusation de tentative de commettre une infraction et de participation à l'infraction. Si l'accusé a clairement renoncé à son projet, la tentative de commettre l'acte criminel n'est pas suffisamment avancée; un des participants s'est retiré à temps et son retrait a été efficace. La codification pourrait constituer un élément positif qui encouragerait le contrevenant à renoncer dès le départ à son projet. Comme l'erreur de fait et l'erreur induite par un fonctionnaire, le moyen de défense en est un qui découle davantage de la *mens rea* que des circonstances contextuelles de l'infraction.

III. Les moyens de défense contextuels

[26] La force excessive

L'usage de la force excessive entraîne la responsabilité de l'auteur et restreint ses moyens de défense. Il s'agit d'une affirmation importante des limites des moyens de défense. Si cette question était abordée dans le préambule, l'article serait inutile.

[36] Contrainte et menace; les circonstances

Le moyen de défense limité en *common law* que constitue

l'obéissance aux ordres militaires devrait être amplement couvert par ces dispositions. La contrainte des circonstances recoupe les moyens de défense suivants :

[27] Recours à la force pour empêcher la perpétration d'une infraction

Malheureusement, cette défense en recoupe d'autres : la contrainte morale, la personne en position d'autorité, la défense d'une personne ou d'un bien. Elle pourrait être utile comme disposition générale applicable aux moyens de défense explicites de même que dans certaines circonstances où il s'agit de la défense ou de la protection d'une autre personne (la défense du «bon Samaritain»). Si ce moyen est retenu, il doit être fondé sur des motifs raisonnables. Il faudrait également lui donner une nouvelle définition et un nouveau nom qui 1) accentuent le fait d'éviter qu'une autre personne subisse des lésions corporelles graves ou que les biens de celle-ci soient endommagés et 2) reflètent une condition générale qui deviendrait particulière quant aux moyens de défense applicables. Il faut omettre le terme «infraction» : les personnes qui n'ont pas la capacité pénale (les enfants; les personnes atteintes de maladie mentale) ne peuvent commettre une infraction; le moyen de défense pourrait toutefois s'avérer utile pour exonérer les personnes qui font usage d'une certaine force à leur égard dans le but de leur éviter un dommage sérieux.

[25] La protection des personnes autorisées

Ce moyen de défense permet au simple citoyen «obligé ou autorisé..par la loi» d'«employer la force nécessaire» pour accomplir ce qui lui est enjoint ou permis de faire [*Eccles v. Bourque*]. L'article n'est pas assez précis et pourrait amener

certaines personnes à invoquer des moyens de défense qui ne répondent plus aux normes actuelles visant la protection des individus ou la possibilité pour chacun de se protéger des autres. D'autres moyens de défense s'appliquent parfaitement à ces situations. Il faudrait que l'article vise uniquement les policiers formés et soumis à des normes professionnelles rigoureuses, que les limites en matière d'utilisation de la force respectent les normes actuelles applicables à la police et les normes sociales et que soient éliminés les termes de justification. Il conviendrait d'inclure dans cette disposition les autres moyens de défense prévus au Code qui portent sur l'exercice précis des pouvoirs de la police.

[37] Défense de la personne

Il faut examiner de nouveau le moyen de défense proposé par le livre blanc quant aux limites imposées sur la crainte de lésions corporelles et la réaction à celles-ci.

[38] Défense des biens

Tel que susmentionné, lorsqu'un meurtre survient au cours de la défense d'un bien, il est préférable que soit appliquée la légitime défense au sens de l'arrêt *Lavallée*.

[43] [44]

Les articles 43 et 44 (ci-dessous) constituent des anomalies. Ils accordent à une personne définie par son statut un pouvoir juridique à l'égard d'une autre personne également définie par son statut sans préciser les limites circonstancielle et sans offrir une protection d'ordre procédural qui, dans tout autre contexte, constituerait une condition principale en matière de responsabilité et de peine. Ces articles contiennent une présomption en faveur de

l'autorité qui entrave l'appréciation judiciaire des circonstances disciplinaires et du degré de force employé. Les arguments visant son application sont fondés sur la commodité administrative, principe rejeté pour justifier une atténuation des normes [*Sault Ste-Marie; Renvoi relatif au Motor Vehicles Act*]. Un Code moderne valable pour l'avenir ne devrait pas conférer de tels pouvoirs. Battre sa femme, un moyen de défense du même genre issu de la *common law* qui repose sur les pouvoirs juridiques semblables dont bénéficiaient les chefs de famille, était toujours admis dans certains pays bien après le début du siècle. Le moyen de défense n'était pas prévu au code de 1892. La défense de l'autorité du pénitencier, si elle existait en *common law*, semble avoir été rejetée au Canada [*Ogg-Moss; Nixon*] et ne devrait pas être inscrite dans le Code. D'autres moyens de défense s'appliquent amplement à ces circonstances.

[43] **Discipline des enfants**

Aucun groupe défini par une caractéristique immuable - le sexe, l'ethnie, la capacité, l'âge - ne devrait devenir la cible d'une agression autorisée par la loi. Ce moyen de défense est un anachronisme historique. Il avait pour objet à l'origine la protection de l'enfant (limiter les pouvoirs juridiques de vie et de mort conférés, en vertu du droit romain, au *pater familias*) mais cet objet est outrepassé par l'approbation qu'il donne à la violence exercée par le gardien. Il s'agit d'un argument souvent invoqué dans les cas d'agressions et de meurtres des enfants. Contrairement aux autres moyens de défense applicables en matière d'agression, la défense de discipline ne précise aucune limite circonstancielle. Il n'est plus acceptable d'user de la punition

corporelle pour faire obéir un enfant ou comme moyen d'apprentissage. On pourra invoquer d'autres moyens de défense lorsqu'il est légitime d'exercer un contrôle sur une personne, que ce besoin de contrôle découle de l'intention ou de l'incapacité de former une intention. Il convient d'abolir ce moyen de défense.

[44] **Discipline à bord d'un navire**

L'article 44 diffère de l'art. 43 en ce sens que, de nos jours, chacun est libre de monter à bord d'un navire (soit pour son travail soit pour voyager); il ne s'agit plus d'un statut immuable. Comme l'art. 43, la défense est un anachronisme, dérivé du droit maritime élaboré lorsque les voyages duraient des mois voire des années plutôt que des jours et des semaines, que les matelots étaient forcés de travailler à bord et qu'il n'y avait aucun moyen de communiquer entre le navire et la terre ferme. Le moyen permettait au capitaine de juger les contrevenants, de leur imposer une peine d'emprisonnement, de les faire fouetter ou de les mettre à mort. On dispose d'autres moyens de défense qui s'appliquent davantage à des cas particuliers. Il faudrait abolir ce moyen.

IV. L'abus de procédure

Ce moyen qui découle en grande partie du pouvoir du tribunal d'appliquer sa propre procédure (protection d'un témoin vulnérable; exclusion d'un accusé tapageur; outrage; et dans un moindre degré le processus préliminaire), l'abus de procédure a une portée plus large. L'équité procédurale est protégée par la Charte et l'abus de procédure a été largement défini par la *common law*. Les défenses d'ordre procédural diffèrent des défenses exonératoires en ce que la déclaration de culpabilité est empêchée pour des motifs d'erreur ou d'abus commis au cours du processus d'étude du cas

plutôt que pour une circonstance disculpatoire liée à l'accusé. L'abus de procédure est une véritable défense en ce sens que la reconnaissance du moyen entraîne inévitablement l'acquittement. Il faudrait un énoncé de principe simple ou encore, le moyen pourrait figurer dans le préambule. S'il est répété ici, la provocation policière et la règle «la loi n'a cure des pécadilles» seraient compris dans la défense d'abus de procédure et constitueraient un exemple de tel abus.

[39] **Provocation policière**

---- **Infraction dont le droit n'a cure [règle de minimis]**

Apparentée à l'abus de procédure, cette règle sert de guide pour l'exercice du pouvoir discrétionnaire de la poursuite. Elle a été appliquée dans des affaires où il n'y avait eu aucun abus réel de procédure lorsque le tribunal de première instance rejetait l'évaluation du procureur de la poursuite quant au caractère pénal de l'acte reproché [contra K.(M)]. Elle est appliquée dans les affaires qui invoquent la causalité (embûches ordinaires de la vie) mais semble être tombée en désuétude ailleurs. La règle de minimis repose sur les normes sociales et sur le principe qui veut que le droit pénal constitue un dernier recours. Ne pas rapporter un livre à la bibliothèque, grignoter du raisin dans un supermarché, être en possession d'une pipe qui a des traces d'une substance illégale qui ne sont mesurables que par une technologie très sophistiquée et commettre une agression minimale (la moins grave consistant à toucher une personne sans son consentement) ne valent peut-être pas la peine que le droit pénal s'y attarde. La règle de minimis permettait de trancher telles affaires au début du siècle mais depuis, des affaires semblables ont été menées à procès avec

succès. Si la règle devait de nouveau s'appliquer, elle pourrait soulever quelques difficultés en regard de la politique «tolérance zéro» adoptée par suite de l'échec systémique des poursuites intentées en matière de violence familiale; par contre, une application modérée de la règle de minimis pourrait redonner une certaine crédibilité à de telles politiques.

La règle de minimis permet d'atténuer les effets non désirés de la réforme du droit. Les changements législatifs ou de régime ministériel entraînent des poursuites zélées (saisie de documents chez les homosexuels ou les lesbiennes après l'affaire *Butler*; un plus haut taux d'inculpation en vertu de la *Loi sur les jeunes contrevenants*; l'augmentation du nombre d'accusations portées contre les femmes en vertu de la politique du Manitoba en matière de violence familiale). La codification pourrait avoir pour effet d'augmenter le nombre de litiges, mais cette situation pourrait être compensée par le règlement rapide des affaires très mineures.

La justification et l'excuse

Compte tenu du caractère hétérogène des origines et des circonstances des moyens de défense, il n'est pas étonnant que les questions de taxinomie continuent d'attirer l'attention et que les moyens de défense échappent à la rationalisation à la fois quant à leur différence et dans le contexte de la responsabilité pénale. Le droit et la moralité, mariage que le droit pénal rejette dans la grande majorité des infractions, se rejoignent dans le calcul des moyens de défense permettant aux préoccupations d'ordre moral d'annuler la responsabilité d'une personne pour reconnaître une valeur sociale plus grande. Déclarer qu'un bien supérieur est

atteint en violant la loi plutôt qu'en la respectant (justification) ou qu'il faudrait pardonner un auteur pour des motifs humanitaires et de compassion morale (excuse; incapacité) sont des moyens d'accorder à des considérations autres une plus grande importance qu'à la règle de droit. Dans chacun des cas, la personne qui commet un acte prohibé dans un état d'esprit blâmable pourrait être exonérée. Une majorité des commentateurs universitaires (et la Cour suprême du Canada dans *Perka*) considèrent la distinction entre ces niveaux d'exonération comme fondamentale.

La justification parle de l'acte; l'excuse de l'accusé. La justification nie la responsabilité au motif que l'auteur avait raison de choisir d'agir ainsi et qu'il a choisi le moindre de deux maux; l'excuse reconnaît l'incapacité normative ou l'absence de volonté normative, innée ou contextuelle, de faire un autre choix. La dichotomie est largement défendue par la morale. La justification reconnaît la notion d'égalité et de choix individuel: l'auteur justifié a fait le choix moral qui s'imposait. L'auteur excusé n'a pas agi par choix mais par la force des choses, et joue donc un rôle moins important; il n'est pas égal aux autres. Confondre les deux veut dire nier l'autonomie. Les excuses ne permettent pas toujours d'effacer la responsabilité (la provocation, l'intoxication; mais la nécessité) et la plupart ne sont pertinentes qu'au moment de la détermination de la peine (la pauvreté, la contrainte, l'impulsion, les privations et les agressions subies pendant l'enfance, le SPM). Les partisans fanatiques de la distinction prétendent que l'excuse devrait entrer en ligne de compte au moment de la détermination de la peine

puisque seule la justification constitue une négation de la responsabilité pénale.

Les arguments en faveur de conserver et de mettre de l'avant la distinction entre la justification et l'excuse sont fondés sur l'importance de l'approbation judiciaire du comportement illégal dans des circonstances très limitées et inhabituelles : la nécessité de distinguer l'acte héroïque véritable et la reconnaissance charitable de la faiblesse humaine. Par contre, si l'excuse permet de nier la responsabilité, la simple charité peut donc l'emporter sur une déclaration claire du droit. Seule la justification a la valeur morale nécessaire pour annuler une constatation juridique. La distinction repose également sur des motifs d'ordre, la possibilité qu'une simple dichotomie puisse clarifier un régime disculpatoire. Mais même dans la meilleure des analyses, la justification et l'excuse se confondent.

La dichotomie permet-elle de clarifier ces notions? La distinction est-elle défendable? Une autre classification des moyens de défense serait-elle préférable? La dichotomie a été largement critiquée aux motifs qu'elle modifiait la jurisprudence; qu'elle limitait les moyens de défense reconnus à l'heure actuelle; qu'elle était incohérente (les termes différents employés par les juges Dickson et Wilson de la Cour suprême dans l'arrêt *Perka* le démontrent, la distinction n'est pas aussi claire qu'elle le semble); et qu'il faut une modification fondamentale pour que l'acquittement serve de leçon de morale. Le modèle actuel, qui prévoit une responsabilité limitée, l'exonération complète et l'arrêt des procédures est suffisamment complexe et suggestif. Une classification fondée sur la justification et l'excuse pose

davantage de problèmes pratiques et théoriques qu'elle n'en résout.

Les «justifications» comme la défense légitime et les «excuses» comme la contrainte morale sont définies en fonction du comportement raisonnable. Il s'agit, comme l'a souligné Colvin, d'une «norme minimale plutôt que parfaite» [Colvin (1992)]. La norme nie la valeur morale supérieure de la justification et rend la distinction inutile. Une norme de «conduite raisonnable» exclut de la responsabilité le comportement culturel par rapport à des «normes généralement acceptées de moralité contextuelle» [Colvin, (1992)].

Une société multiculturelle est fondée sur le principe de la liberté qui repose sur des conceptions diverses du mal. Le débat public que nous connaissons à l'heure actuelle sur le règlement des affaires et la menace d'une vendetta dans des situations qui soulèvent les passions suggèrent que lorsque l'accusé a blessé une personne et est acquitté par l'application d'une défense contextuelle, il vaut mieux insister sur les normes de la compassion, du contexte et de l'incapacité que sur la nature «moralement supérieure» de la justification. Sur le plan pratique, il est peu probable que le public s'intéresse à des distinctions aussi esotériques ou que les dispositions pénales constituent un moyen d'éduquer le public en ce sens. Il faudrait plutôt des énoncés beaucoup plus clairs sur les circonstances qui relèvent l'accusé de sa responsabilité. À l'heure où la société s'interroge sur l'exercice des pouvoirs de la police, que les citoyens font feu sur les voleurs ou infligent des punitions corporelles à leurs enfants, la justification semble un moyen peu utile d'exonération. Par contre, la plupart des citoyens estimerait que l'individu qui

commet une infraction parce qu'il a un fusil sur la tempe ou qu'un être cher est menacé est justifié; toutefois, la contrainte est classée parmi les excuses.

La justification dans la tradition de la *common law* exige que le comportement soit raisonnable et fondé sur le moindre de deux maux; alors que l'excuse permet l'erreur déraisonnable de bonne foi. Les deux normes posent problème. Un modèle d'«excuse contextuelle» accorde autant d'importance ou une même valeur morale à tous les moyens de défense disculpatoires :

[TRADUCTION] Le modèle fondamental en matière d'excuse [contextuelle] n'impose aucune norme de proportionnalité. Il exige uniquement que l'évaluation des deux maux soit telle que la commission de l'*actus reus* constitue une action raisonnable compte tenu des circonstances. [Colvin p. 399].

La distinction entre la justification et l'excuse n'est pas très utile. De plus, elle ne tient pas compte des éléments unificateurs de l'exonération : un équilibre raisonnable entre deux maux compte tenu des circonstances. Caractériser les excuses, les justifications, les incapacités et les erreurs de procédure de moyens de défense reflète l'usage commun, encourage l'accessibilité et n'est pas fatal à une interprétation continue en ce sens.