

"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.)

**PROPOSITION DU MINISTRE DE LA JUSTICE VISANT À CODIFIER
LA "DÉFENSE" DE PROVOCATION POLICIÈRE
(ARTICLE 39 DE LA PROPOSITION DE MODIFICATION
DU CODE CRIMINEL - PRINCIPES GÉNÉRAUX)**

Ève-Stéphanie Sauvé, L.L.B., B.C.L. (Oxford)

Résumé des commentaires

La Proposition du ministre de la Justice visant à codifier la "défense" fondée sur la provocation policière est une heureuse codification du droit canadien qui existe à l'heure actuelle sur le sujet. Cette "défense" reflète bien la philosophie qui sous-tend la reconnaissance de la doctrine de la provocation policière au Canada. J'aimerais cependant proposer deux modifications principales au document législatif du Ministre :

1. Je supprimerais du paragraphe 39 (2) l'exigence selon laquelle l'agent de l'État doit avoir des raisons de soupçonner l'accusé ou agir dans le cadre d'une enquête de bonne foi;
2. J'ajouterais au texte législatif une défense fondée sur le "dépistage des actes criminels".

Voici, de façon plus précise, les conclusions auxquelles j'en arrive relativement à l'article 39 de la Proposition du ministre de la Justice :

1.1 - Au sujet des conséquences qui découlent d'une allégation voulant qu'il y ait eu provocation policière (paragraphe 39 (1) et 39 (9)), au plan de la politique législative, le ministre de la Justice a eu raison de ne pas modifier la décision de la Cour suprême du Canada; il n'a donc retenu aucun moyen de défense au fond qui permette d'invoquer la provocation policière dans une instance pénale au Canada.

Au paragraphe 39 (2) de la Proposition, le texte renvoie à un "agent de l'État" et non à un "agent de police" : voilà qui est approprié car, grâce à cette formulation, les défendeurs qui sont amenés à commettre des actes criminels par des particuliers de connivence avec des porte-parole de l'État ou qui agissent comme agents de ces porte-parole pourront probablement se prévaloir de la "défense" fondée sur la provocation policière.

L'arrêt des procédures, codifié par le ministre de la Justice dans la Proposition, est le recours approprié lorsque l'accusé démontre qu'un porte-parole de l'État lui a fourni l'occasion de commettre un acte criminel.

Le ministre de la Justice a opté pour la bonne politique en prévoyant qu'il ne peut y avoir arrêt des procédures lorsque l'infraction comporte l'infliction de la mort ou de lésions corporelles graves et qu'elle est commise intentionnellement ou avec insouciance.

1.2 - Au sujet de la définition de l'expression "provocation policière" et du critère applicable (paragraphe 39 (2)), j'estime que l'alinéa 39 (2) b) de la version anglaise de la proposition, lequel est rendu ainsi en français : "[lorsqu'un agent de l'État] a amené [l'accusé] à commettre [l'infraction]", est en soi un critère suffisant et approprié pour définir la provocation policière dans le contexte du droit pénal canadien. J'ajouterais simplement ce qui suit à l'énoncé précité : "et que l'accusé n'aurait pas commis cette infraction sans l'intervention de l'agent".

Dans sa Proposition, le ministre de la Justice a eu raison de ne pas codifier une liste de critères qui définiraient la provocation policière.

1.3 - Au sujet des questions de procédure (paragraphe 39 (3) à 39 (8)), le ministre de la Justice propose de codifier le droit jurisprudentiel de façon à ce qu'il incombe à l'accusé de prouver, selon la prépondérance des

probabilités, qu'il y a eu provocation policière. À mon avis, cette mesure serait constitutionnelle puisque la "défense" de provocation policière ne porte pas sur la culpabilité ou l'innocence de l'accusé. En effet, cette "défense" ne vient pas nier l'existence d'un élément essentiel de l'infraction; elle permet plutôt l'application d'un recours après qu'on a établi la culpabilité de l'accusé.

Le ministre de la Justice a eu raison de prévoir qu'un juge, dans certains cas, peut tenir une audition sur la question de la provocation policière avant que l'accusé soit déclaré coupable. Voilà qui favorise la bonne administration de la justice car, en l'absence de doute quant aux faits, les juges peuvent ainsi réduire les délais et les coûts associés à un procès de longue durée. En outre, grâce à cette mesure, les juges peuvent s'assurer que les témoignages ne sont pas donnés en vain (il se peut, par exemple, que le témoin soit un indicateur protégé) ou que l'accusé n'a pas à subir une plus grande injustice.

2 - Il faudrait prévoir une défense fondée sur le "dépistage des actes criminels". Cette défense, accordant l'immunité à la personne reconnue coupable d'avoir aidé et encouragé un infracteur à commettre un acte criminel, serait analogue à la "défense" de provocation policière qui figure à la Proposition du ministre de la Justice. Toutefois, il ne serait pas possible d'invoquer la défense de "dépistage des actes criminels" lorsque l'infraction comporte l'infliction de la mort ou de lésions corporelles graves et qu'elle est perpétrée intentionnellement ou avec insouciance.

Étant donné que l'incitation à commettre un acte criminel a un sens large dans le droit pénal canadien, la défense fondée sur le "dépistage des actes criminels" devrait aussi disculper la personne qui, parce qu'elle a incité l'inculpé à commettre un tel acte, participe de façon secondaire à l'infraction et blanchir l'infraction incomplète commise par l'agent

d'infiltration qui se contente de fournir à l'accusé l'occasion de perpétrer l'acte criminel, sans tenter d'influencer son état d'esprit.

PROPOSITION DU MINISTRE DE LA JUSTICE VISANT À CODIFIER
LA "DÉFENSE" DE PROVOCATION POLICIÈRE
(ARTICLE 39 DE LA PROPOSITION DE MODIFICATION
DU CODE CRIMINEL - PRINCIPES GÉNÉRAUX)

Ève-Stéphanie Sauvé, L.L.B., B.C.L. (Oxford)

"Alors Yahvé Dieu dit au serpent : "Parce que tu as fait cela, maudit sois-tu entre tous les bestiaux et toutes les bêtes sauvages. Tu marcheras sur ton ventre et tu mangeras de la terre tous les jours de ta vie". (...) À la femme, il dit : "Je multiplierai les peines de tes grossesses (...)." ¹

Le jugement en exergue, rendu au Paradis terrestre, illustre les deux groupes de problèmes soulevés par les activités de provocation policière : d'une part, les actes de celui qui tend le piège (le serpent) et, d'autre part, la responsabilité criminelle de la personne qui y est prise (Ève). Pour le premier groupe de problèmes, il s'agit de savoir, principalement, jusqu'où un agent de police peut aller s'il entend, sans enfreindre le droit pénal, participer à une activité criminelle dans le but de traduire les infracteurs en justice; dans le deuxième cas, il faut déterminer les mesures que les tribunaux devraient adopter lorsque la provocation policière est établie. Au Paradis terrestre, Ève et le serpent ont tous deux été punis mais la *Proposition de modification du Code criminel* présentée par le ministre de la Justice porte surtout sur la situation de l'accusé qui a été incité à commettre l'infraction; selon moi, cette Proposition ne s'attache pas suffisamment à la question de la responsabilité criminelle des agents de l'État qui participent à une activité criminelle dans le but d'amener

¹ La Genèse, versets 3 14 et 3 16.

l'infracteur devant le tribunal. Étant donné que la Proposition susmentionnée porte en partie sur la participation secondaire à des activités criminelles et sur les infractions incomplètes, il est nécessaire de prévoir un statut spécial pour les porte-parole de l'État engagés dans le dépistage des actes criminels.

J'examinerai d'abord la proposition de modification du *Code criminel* qui a trait à la "défense" de provocation policière dont peut se prévaloir l'accusé qui a été amené à commettre une infraction. Dans la deuxième partie du texte, je me pencherai sur la responsabilité criminelle des porte-parole de l'État engagés dans le dépistage des actes criminels.

**1 - PROPOSITION DE CODIFICATION DE LA "DÉFENSE"
DE PROVOCATION POLICIÈRE DONT PEUT SE PRÉVALOIR
L'ACCUSÉ QUI A ÉTÉ AMENÉ À COMMETTRE UNE INFRACTION**

1.1 Conséquences découlant d'allégations selon lesquelles il y aurait eu provocation policière, au Canada (paragraphe 39 (1) et 39 (9) de la Proposition)

On donne souvent un sens large à la notion de "provocation policière", qui englobe une grande variété de méthodes, mais la définition formulée dans l'arrêt *Sorrells v. United States*² est largement adoptée dans le contexte du droit pénal :

[TRADUCTION] "La provocation policière est la conception et la planification d'une infraction par un agent de la paix qui la fait

²(1932) 287 U.S. 435, à la page 454.

commettre par une personne qui ne l'aurait pas perpétrée n'eût été de la ruse, de la persuasion ou de la supercherie de l'agent".

On appelle "agents provocateurs" les personnes qui incitent les infracteurs à commettre des actes criminels.

Dans l'arrêt *Mack*³, le modèle de base pour ce qui est de la "défense" de provocation policière, le juge Lamer (son titre, à l'époque) s'appuie sur les motifs du juge Estey donnés en dissidence dans l'arrêt *Amato*⁴. À l'instar de son collègue, le juge Lamer est d'avis que la provocation policière n'est pas une défense au sens traditionnel du terme, selon ce que reconnaît notre droit pénal; il statue que "le véritable fondement qui permet à un inculpé d'invoquer la défense de provocation policière n'est pas la culpabilité". À son avis, les éléments essentiels de l'infraction sont habituellement réunis dans les cas de provocation policière et, en règle générale, les circonstances propres à la perpétration de l'infraction ne sont pas déchirantes au sens reconnu dans les défenses de contrainte ou de nécessité⁵. Selon le juge Lamer, "le véritable problème réside dans le bien-fondé pour l'État d'employer de telles techniques [comme la provocation policière] pour faire respecter la loi, dans le but d'obtenir des déclarations de culpabilité"⁶ (souligné dans le texte). Les juges Estey et Lamer sont d'avis que la provocation policière

³*R. c. Mack*, [1988] 2 R.C.S. 903.

⁴*R. c. Amato*, [1982] 2 R.C.S. 418. En l'espèce, le juge Estey a affirmé que la provocation policière n'est pas un moyen de défense au sens traditionnel du terme, car ce moyen n'entraîne pas l'acquittement. Par conséquent, la doctrine de la provocation policière ne saurait excuser ni justifier la *mens rea* et l'*actus reus* nécessaires pour établir que l'accusé qui invoque une défense fondée sur cette provocation a bien perpétré l'infraction. Selon le juge Estey, le motif approprié à la reconnaissance de la provocation policière est la protection du caractère sacré du processus judiciaire, si les circonstances sont telles qu'elles déconsidéreraient l'administration de la justice. Bien que le juge Estey ait indiqué clairement que, à ses yeux, la défense fondée sur la provocation policière diffère essentiellement de celle qui nie l'existence de la *mens rea*, il a déclaré que "[p]our plus de commodité, et aussi pour me conformer au vocabulaire juridique actuel, je qualifie parfois cette doctrine de "défense de provocation" bien qu'en droit strict, ce ne soit pas un moyen de défense".

⁵*Mack*, ci-dessus, note 3, à la page 951.

⁶*Ibid.*

ne saurait excuser ni justifier l'accusé quant à la perpétration de l'acte criminel; selon eux, toutefois, un arrêt des procédures peut être prononcé dans certains cas de provocation si le tribunal estime qu'un verdict de culpabilité porterait atteinte à son sens de la justice.

Du point de vue conceptuel, la défense de provocation policière n'est pas une innovation pour ce qui est de notre tradition pénale; ce qu'il faut déterminer, c'est si l'ordre public justifie l'acquittement de l'accusé lorsque l'État a fabriqué l'acte criminel⁷. Le juge Lamer, dans l'arrêt Mack, et le juge Estey, dans la décision Amato, ont répondu à cette question par un non modéré. Le ministre de la Justice a décidé dans sa Proposition de ne pas modifier la politique adoptée par la Cour suprême du Canada; il n'a donc retenu aucun moyen de défense au fond qui permette d'invoquer la provocation policière dans une instance pénale au Canada. À mon sens, il s'agit là d'une politique judiciaire.

Étant donné que la reconnaissance de la doctrine de la provocation policière au Canada n'a pas trait à la culpabilité de l'accusé mais vise à protéger le caractère sacré du processus judiciaire, il est logique que la "défense" de provocation policière se limite, dans ce pays, à la provocation de l'accusé par des agents de l'État. Le juge Lamer, dans la décision Mack, indique clairement qu'il en est ainsi lorsqu'il limite l'application de la "défense" de provocation policière au Canada aux cas où l'État incite l'accusé à commettre l'infraction⁸. Cette approche a été reprise par le ministre de la

⁷C'est une question de politique qui détermine si, au Canada, il devrait y avoir une défense au fond qui permet d'invoquer la provocation policière, semblable à celle qui existe aux États-Unis. Dans l'arrêt R. v. Sang, [1980] A.C. 402, la Chambre des Lords a refusé de reconnaître judiciairement une défense de provocation policière. Le motif principal pour rejeter une telle défense, c'est que, dans un cas de provocation, la *mens rea* et l'*actus reus* nécessaires à la perpétration de l'infraction sont réunis. Cet argument passe toutefois sur la question fondamentale de savoir si, en vertu d'une politique particulière, l'accusé pourrait faire valoir une excuse ou une justification, comme lorsqu'il y a contrainte, ou si cette défense devrait lui être refusée, comme ce fut le cas dans l'arrêt Sang. Il n'est donc pas étonnant que le juge Estey ait écrit, dans la décision Amato, que les arguments des Lords dans l'affaire Sang sont "relativement peu convaincants" (à la page 482) parce qu'ils omettent d'examiner carrément les considérations de politique qui entrent en jeu lorsqu'il s'agit de la doctrine de la provocation policière.

⁸Voir ci-dessus, note 3, à la page 951.

Justice qui, à l'article 39 de sa Proposition, stipule que la provocation policière ne peut être invoquée en défense que lorsque cette méthode est employée par un agent de l'État. L'État peut amener l'accusé à commettre une infraction soit directement soit indirectement en ayant recours aux services d'indicateurs, d'espions ou d'imposteurs; les tribunaux ne devraient fermer les yeux sur aucune de ces méthodes⁹. Par conséquent, le renvoi, à l'article 39 de la Proposition, à un "agent de l'État" et non à un "agent de police" est approprié car, grâce à cette formulation, les défendeurs qui sont amenés à commettre des actes criminels par des particuliers de connivence avec des porte-parole de l'État ou qui agissent comme agents de ces porte-parole (ou d'autres fonctionnaires chargés de l'application de certaines lois et qui n'ont pas le statut d'agent de police) pourront probablement se prévaloir de la "défense" relative à la provocation policière.

Avant la décision Jewitt¹⁰ de la Cour suprême, on ignorait, au Canada, quel recours il fallait accorder à l'accusé lorsque la provocation policière avait été établie. Dans certains cas, on estimait que le fait qu'il y avait eu provocation policière constituait une défense complète visant la culpabilité de l'accusé¹¹ tandis que, dans d'autres cas, on était d'avis que la

⁹Dans la décision R. c. Lemieux, [1967] R.C.S. 492, d'après l'ensemble de la preuve factuelle, un indicateur à la solde de la police avait incité l'accusé à commettre une infraction que celui-ci n'aurait pas autrement perpétrée. Dans l'arrêt Kirzner c. R., [1978] 2 R.C.S. 487, aux pages 490 à 494, le juge en chef Laskin déclare que l'expression "agent provocateur" s'entend notamment des espions, des imposteurs et des indicateurs; dans la décision E. c. Mack, ci-dessus, note 3, à la page 962, on peut lire que "la responsabilité de l'État s'étend à ceux qui agissent en son nom dans une situation de provocation"; voir aussi Russell v. U.S., 411 US 423 (1973, Cour suprême des États-Unis), aux pages 433 et 434, le jugement du juge Rehnquist). En Angleterre, le recours aux services de particuliers qui agissent en tant qu'agents provocateurs pour le compte de l'État remonte à certaines lois du XVIII^e siècle. Ces lois prévoyaient que les personnes qui aident à découvrir les criminels ainsi qu'à les faire arrêter et condamner ont droit à une récompense. On a cependant abusé de ces lois : en effet, il a été démontré que certaines personnes en avaient incité d'autres à commettre des infractions dans le seul but de toucher la récompense prévue (voir R. v. MacDaniels, (1775) 19 S.T. 746). Par conséquent, au XIX^e siècle, on a abrogé toutes les lois prévoyant une récompense. Voir W. Holdsworth, History of English Law, (Methuen & Co., Londres, 1938), vol. xi, à la page 552.

¹⁰[1985] 2 R.C.S. 128.

¹¹R. v. Sirois, [1972] W.W.R. 119 (Cour suprême de l'Alberta); R. v. Pratt, (1972) 19 C.R. (n.-l.) 273 (Mag. Ct. des T.N.-O.); R. c. Baxter, (1983) 9 C.C.C. (3d) 555 (Cour d'appel du Québec); R. c. Dionne, (1987) A.P.R. 297 (Cour d'appel du Nouveau-Brunswick); R. c. Gingras, (1987) 61 C.R. (3d) 361 (Cour supérieure du Québec).

provocation n'était pertinente qu'au chapitre du prononcé de la sentence¹². On a même proposé de prévoir un recours en vertu de la Charte¹³. Il est donc important que le juge en chef Dickson, dans l'arrêt *Jewitt*, ait évité de s'engager dans un argument qui porte sur la Charte et qu'il ait appliqué la doctrine de l'abus de procédure pour justifier la suspension de l'instance en cas de provocation policière. Dans l'arrêt *Mack*, le juge Lamer a également souscrit à cette doctrine et a refusé de se prononcer sur l'exclusion d'éléments de preuve aux termes du paragraphe 24 (2) de la Charte.

L'inconvénient qu'il y a à invoquer la Charte dans un cas de provocation policière réside principalement dans le recours qu'il est possible d'obtenir si une disposition de ce texte législatif est violée. Si on démontre que la Charte a été enfreinte, le juge de première instance est habilité à accorder une réparation en vertu de l'article 24 de ce texte de loi. Habituellement, aux termes de cet article, les éléments de preuve sont écartés par l'application du paragraphe 24 (2) bien que le paragraphe 24 (1) n'exclue pas l'arrêt des procédures¹⁴. Toutefois, en vertu du paragraphe 24 (1), le choix du recours et peut-être même son application relèvent du juge seul¹⁵, ce qui pourrait occasionner l'application inégale de la doctrine de la provocation policière. Par contre, si l'accusé qui soutient que ses droits

¹² *R. v. Chernecki*, (1971) 4 C.C.C. (2d) 556 (Cour d'appel de la Colombie-Britannique); *R. v. Steinberg*, [1967] 3 C.C.C. 48 (Cour d'appel de l'Ontario); *R. v. Price*, (1970) 12 C.R. (n.-l.) 131 (Cour d'appel de l'Ontario); il est intéressant de savoir que l'accusé qui a allégué faussement avoir fait l'objet de provocation policière s'est vu imposer une peine plus sévère dans la décision *R. c. Sabloff*, (1979) 13 C.R. (3d) 326 (Cour supérieure du Québec).

¹³ Dans la décision *R. v. Jewitt*, [1983] 4 W.W.R. 481, à la page 504, le juge Anderson de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a déclaré, en dissidence, que le fait de s'appuyer sur la doctrine de l'abus de procédure pour suspendre les procédures dans un cas de provocation policière n'aurait plus qu'un intérêt théorique [TRANSCRIPTION] "pour ce qui est des causes à venir parce que l'accusé pourra invoquer l'article 7 de la Charte des droits et libertés et présenter comme défense la provocation policière exercée contre lui". Voir aussi *R. c. Jeanrie*, [1984] R.J.Q. 1015, à la page 1019 (Cour supérieure du Québec); *Re Dha and the Queen*, (1983) 42 O.R. (2d) 454 (H.C.); et M.I. Stober, *Entrapment in Canadian Criminal Cases*, (Carswell, Toronto, 1985), à la page 181.

¹⁴ En effet, aux termes du paragraphe 24 (1), un tribunal compétent peut accorder la réparation qu'il "estime convenable et juste eu égard aux circonstances".

¹⁵ D. Stuart, *Charter Justice in Canadian Criminal Law*, (Carswell, Toronto, 1991), aux pages 357 à 366. À la page 360 de ce texte, l'auteur écrit ce qui suit : [TRANSCRIPTION] "Le pouvoir d'accorder la réparation qui est convenable et juste eu égard aux circonstances permet clairement l'exercice d'une discrétion considérable".

constitutionnels ont été violés invoque le paragraphe 24 (2) de la Charte pour obtenir réparation, le tribunal ne peut qu'écarter les éléments de preuve recueillis même s'il estime que d'autres recours, eu égard à la provocation policière, seraient plus appropriés.

En Angleterre, dans l'arrêt *Sang*, on a soutenu sans succès devant la Chambre des Lords que la preuve obtenue par provocation policière devrait être écartée. Ces dernières années, on a repris cet argument devant les cours criminelles anglaises. Cette fois, on s'appuie sur la loi intitulée Police and Criminal Evidence Act¹⁶, laquelle, pourrait-on soutenir, accorde peut-être au juge de première instance un contrôle discrétionnaire de l'admissibilité de la preuve supérieur à celui qui existe actuellement en *common law*¹⁷. La Chambre des Lords n'a pas encore eu l'occasion de se prononcer sur ce nouvel argument qui veut que les éléments de preuve obtenus par provocation policière doivent être écartés. La Cour d'appel de l'Angleterre a fait quelques remarques sur la question mais elle hésite beaucoup à reconnaître que la provocation policière puisse justifier l'exercice du pouvoir discrétionnaire d'exclure certaines preuves conféré par la loi intitulée Police and Criminal Evidence Act¹⁸. En

¹⁶ 1984, ch. 60.

¹⁷ Cela se ferait par la combinaison du paragraphe 78 (1), qui stipule ce qui suit : [TRADUCTION] "Dans tout procès, le tribunal peut exclure les éléments de preuve sur lesquels la poursuite compte s'appuyer s'il lui semble que, eu égard à l'ensemble des circonstances, y compris celles dans lesquelles la preuve a été obtenue, l'admission de cette preuve porterait tellement atteinte à l'impartialité du procès qu'elle doit être écartée", et du paragraphe 82 (3), qui se lit ainsi : [TRADUCTION] "Rien dans la présente partie de la présente Loi ne doit restreindre la compétence d'un tribunal pour ce qui est de déclarer, à sa discrétion, que certains éléments de preuve sont irrecevables (en interdisant à la poursuite de poser certaines questions ou autrement)".

¹⁸ Dans une remarque, la cour a rejeté cet argument dans l'arrêt *R. v. Harwood*, [1989] Crim. L.R. 285 (C.A.), mais elle l'a toutefois admis dans la décision *R. v. Gill and Ranuana*, [1989] Crim. L.R. 358 (C.A.); on ignore quelle est l'opinion précise de la Cour d'appel dans l'arrêt *R. v. Edwards*, [1991] Crim. L.R. 45 (C.A.) : dans ce cas, il semble que la Cour ait été en faveur de pouvoirs discrétionnaires accrus aux termes desquels le tribunal pourrait écarter des éléments de preuve lorsqu'il y a provocation policière; enfin, dans la décision *R. v. Christou*, [1992] 3 W.L.R. 228 (C.A.), la Cour, dans sa remarque sur le sujet, semble être moins favorable à l'expansion de tels pouvoirs discrétionnaires.

Nouvelle-Zélande¹⁹ et dans certains États australiens²⁰, on reconnaît toutefois que les éléments de preuve obtenus par provocation policière peuvent être écartés par les tribunaux. Si on estime que la réparation convenable, dans un cas de provocation policière, consiste à déclarer irrecevables les éléments de preuve recueillis, on peut écarter soit l'ensemble de la preuve présentée par la poursuite soit uniquement les éléments de preuve fournis par l'agent provocateur. Cette dernière démarche créerait toutefois de grandes anomalies. Ainsi, lorsque l'indicateur ne témoigne pas, le tribunal n'a aucune preuve à écarter et ce, même s'il estime que l'État a été déloyal en participant à la perpétration de l'acte criminel. Cela laisse entendre que, si la provocation policière est établie, la condamnation dépendra uniquement du fait que la poursuite détient des éléments de preuve externes, comme la confession ou le témoignage d'un tiers.

Au Canada, il s'agit en outre de déterminer s'il existe une preuve matérielle puisque, en vertu du critère énoncé dans l'arrêt *Collins*²¹, pour ce qui est de l'exclusion d'éléments de preuve aux termes du paragraphe 24 (2) de la Charte, on doit distinguer entre la preuve matérielle et celle qui a trait à l'impartialité du procès : c'est la première qui, vraisemblablement, sera admise par le tribunal²². En d'autres termes, en écartant seulement la preuve de l'agent provocateur, on s'assure d'une plus grande impartialité mais on n'aborde pas l'essentiel du problème de la réparation, lequel peut se formuler ainsi : comment empêcher que le défendeur soit condamné relativement à un crime qu'il n'aurait peut-être pas commis si on ne l'avait pas amené à le

¹⁹ *R. v. Loughlin*, [1992] 1 NZLR 236; *R. v. Katipa*, [1986] 2 NZLR 121; *Police v. Lavalle*, [1979] 1 NZLR 45; *R. v. Capner*, [1975] 1 NZLR 411.

²⁰ *R. v. Coward*, (1985) 16 A. Crim. R. 257; *Hunt v. Wark*, (1986) 40 S.A.S.R. 489; *R. v. Vuckov*, (1986) 40 S.A.S.R. 498; *R. v. Papoulias*, [1988] V.R. 858; *R. v. Venn-Brown*, [1991] 1 Qd. R. 458.

²¹ [1987] 1 R.C.S. 265.

²² Par contre, voir la décision *R. c. Genest*, [1989] 1 R.C.S. 59, dans laquelle le juge en chef Dickson entreprend de rejeter la tendance selon laquelle toute preuve matérielle doit automatiquement être admise.

faire? La meilleure approche consiste à écarter l'ensemble des éléments de preuve de la poursuite puisque, pourrait-on dire, c'est la preuve en entier qui est viciée du fait du rôle joué par l'agent provocateur. Toutefois, comme la Chambre des Lords l'a signalé dans la décision *Sang*, cela reviendrait à reconnaître indirectement, de façon procédurale, une défense au fond relative à la provocation policière²³. Pourquoi, dès lors, envisager un recours aussi peu satisfaisant que l'exclusion d'éléments de preuve si l'arrêt des procédures peut permettre l'application régulière de la loi toutes les fois où on démontre qu'il y a eu provocation policière? Il me semble, d'après tout ce qui précède, que la question ne devrait pas relever de la Charte; au contraire, j'estime que la seule réparation qu'un tribunal puisse accorder à l'accusé, en cas de provocation policière, c'est la suspension d'instance pour abus de procédure.

Dans l'arrêt *Jewitt*, le juge en chef Dickson a expliqué, au nom du tribunal, pourquoi l'arrêt des procédures est une heureuse solution en cas de provocation policière :

"Même si une telle suspension d'instance entraîne le même résultat qu'un acquittement et même si elle a pour effet de trancher les questions en litige de façon définitive au point de justifier un plaidoyer d'autrefois acquit, elle ne doit être assimilée à un acquittement qu'aux seules fins de permettre à la poursuite d'interjeter appel. Les deux concepts ne sont par ailleurs pas assimilables. La suspension d'instance pour abus de procédure est accordée au lieu d'un acquittement lorsque, sur le plan du fond, il se peut que l'accusé ne mérite pas d'être acquitté, et que la poursuite est incapable d'obtenir une déclaration de culpabilité en raison de l'abus de procédure qu'elle a commis. Aucun examen du fond de l'affaire, c'est-à-dire de la question de savoir si l'accusé est coupable indépendamment d'un examen de la conduite de la poursuite, n'est nécessaire pour justifier une suspension."²⁴

Dans l'arrêt *Mack*, le juge Lamer réitère, après le juge en chef Dickson, que l'inculpé n'a rien fait qui lui donne droit à un acquittement et que sa culpabilité n'est pas amoindrie : c'est le ministère public qui ne peut

²³Voir *Sang*, ci-dessus, note 10; cet argument est des plus éloquentes à la page 432H (commentaires du juge Diplock).

²⁴Voir ci-dessus, note 10, à la page 148.

obtenir de déclaration de culpabilité. Ces deux magistrats estiment que l'arrêt des procédures ne doit être prononcé que dans "les cas les plus manifestes".

À mon avis, le ministre de la Justice a eu raison, dans sa Proposition, de codifier l'arrêt des procédures comme le recours approprié lorsque l'accusé démontre qu'un porte-parole de l'État lui a fourni l'occasion de commettre un acte criminel. Comme le juge Estey l'a signalé dans l'arrêt *Amato*, le recours approprié, dans un cas de provocation policière, ne saurait être l'allègement de la peine : en effet, une telle solution entraînerait des résultats peu valables puisque les tribunaux se verraient démunis devant des procédures fondamentalement injustes²⁵. L'exclusion d'éléments de preuve a comme objet la bonne administration de la justice, mais ce recours profite tout spécialement à l'accusé; par contre, l'arrêt des procédures vise strictement à défendre le processus judiciaire contre des méthodes abusives sans que la culpabilité de l'accusé soit niée. J'estime que l'arrêt des procédures est la réparation appropriée parce que cette solution est mieux adaptée aux cas de provocation policière que l'allègement de la sentence ou l'exclusion d'éléments de preuve et qu'elle vient renforcer l'approche qui veut qu'on reconnaisse la provocation policière au Canada. Une fois que cette provocation est établie, l'intérêt primordial du public, c'est d'empêcher l'État de fabriquer des crimes pour pouvoir poursuivre l'infracteur et non de faire condamner l'inculpé qui a été incité à commettre un acte criminel. Il est donc juste que ce soit la société tout entière qui subisse la perte associée au fait que la cour prononce un arrêt des procédures plutôt qu'une condamnation.

Cela ne signifie pas que l'intérêt primordial du public exige une suspension de l'instance dans tous les cas de provocation policière. En règle générale, la police a recours à des méthodes d'infiltration pour dépister les

²⁵Voir ci-dessus, note 4, à la page 462.

crimes consensuels (dits "sans victime") qui sont réputés menacer l'ordre public²⁶. Ces méthodes sont souvent appliquées au Canada pour détecter des crimes tels la sollicitation par des prostitués²⁷ et la vente de drogues illicites²⁸.

Les crimes pour lesquels la police, aux fins de l'enquête, emploie des agents d'infiltration n'ont pas tous les mêmes répercussions sur la société : ainsi, la prostitution et, peut-on soutenir, la possession de certaines drogues "douces" (comme la marijuana) relèvent plutôt du domaine de la moralité et ne menacent pas lourdement l'équilibre de la société; par contre, le trafic des drogues "dures" (la cocaïne et le LSD, notamment) et les actes séditieux (comme les complots)²⁹ peuvent accroître la peur et la violence au sein de la société. Il est douteux que l'intérêt public aille jusqu'à exiger que l'arrêt des procédures vise les cas où l'accusé est reconnu coupable d'homicide involontaire ou condamné pour avoir infligé des blessures corporelles graves, même s'il démontre qu'il a été incité à perpétrer ce crime ou qu'il a été amené à le commettre hors du cadre d'une enquête de bonne foi et sans qu'on ait de soupçons valables. Il s'agit, en fait, de soupeser des intérêts publics différents : assurer que les infracteurs dangereux seront

²⁶C'est habituellement la difficulté qu'il y a à punir ces infractions qu'on invoque pour justifier le recours à des agents d'infiltration : en effet, les crimes consensuels ne font l'objet d'aucune plainte et sont peu visibles; par conséquent, il n'est pas facile d'obtenir une preuve pour faire condamner l'inculpé. Voir, à ce sujet, Kirzner c. R., ci-dessus, note 9, à la page 493; et aussi, en général, L.P. Tiffany, D.M. McIntyre, Jr., et D.L. Rotenberg, Detection of Crimes (F.J. Remington, comp., Little, Brown & Co., Boston, 1967), aux pages 208 et suivantes.

²⁷Voir, par exemple, R. v. Dubois, (1990) 111 A.R. 289 (Cour provinciale de l'Alberta).

²⁸Voir, par exemple, R. c. Mack, ci-dessus; note 3, et R. c. Amato, ci-dessus, note 4.

²⁹En Angleterre, on a eu recours aux services d'indicateurs pour enquêter sur les activités de l'I.R.A.; voir O'Brien, (1974) 59 Cr. App. R. 59 ainsi que le récit de l'indicateur impliqué dans l'affaire, lequel est relaté dans le livre intitulé Reluctant Judas, de G. Robertson (Temple Smith, Londres, 1976).

condamnés ou empêcher l'État de fabriquer des actes criminels. L'atteinte de l'équilibre voulu et la détermination des crimes pour lesquels l'arrêt des procédures devrait être exclu sont une question de politique. Dans sa Proposition, le ministre de la Justice a retenu la politique suivante : "Il ne peut y avoir arrêt des procédures lorsque l'infraction comporte l'infliction de la mort ou de lésions corporelles graves et est visée aux articles 12.4 ou 12.5" (c'est-à-dire lorsqu'elle est commise intentionnellement ou avec insouciance) (paragraphe 39 (9)). Cela me semble être une bonne politique. Pour les cas visés par le paragraphe 39 (9), la démarche appropriée serait de déclarer que l'infracteur principal et l'agent de police sont coupables d'avoir commis une infraction criminelle. Comme le soutiennent Smith et Hogan, il est contestable de penser que l'intérêt public va jusqu'à sanctionner la non-intervention d'un agent de police qui laisse sa "cible" causer des dommages irréparables (comme l'infliction de la mort ou de lésions corporelles graves). L'agent de police qui aide un infracteur à commettre un meurtre afin de l'amener devant les tribunaux doit aussi être reconnu coupable de meurtre en raison de sa complicité³⁰. J'examinerai ce point plus en détail dans la seconde partie du présent texte.

1.2 Définition de l'expression "provocation policière" et critère approprié (paragraphe 39 (2) de la Proposition)

Au paragraphe 39 (2) de la Proposition, le ministre de la Justice entend fournir quelques indications quant au type de conduite qui peut être assimilée à la provocation policière. Il convient donc de s'arrêter un instant et de définir les méthodes répréhensibles qui seront vraisemblablement interprétées comme équivalant à de la provocation policière.

³⁰Voir J. Smith et B. Hogan, Criminal Law, (7^e éd., Butterworths, Londres, 1992), aux pages 158 et 159.

Au Canada, même après l'adoption de la Charte, on accepte qu'il est utile d'avoir recours aux agents d'infiltration lorsqu'il s'agit de dépister l'activité d'infracteurs qui commettent des "crimes consensuels"³¹. Un organisme administratif indépendant régit le recours aux services d'indicateurs dans tous les cas traités par le Service canadien du renseignement de sécurité³². Ce n'est que lorsque ces indicateurs ou agents d'infiltration deviennent "agents provocateurs" que la question de la provocation policière est soulevée. La distinction entre le dépistage des actes criminels et l'incitation à commettre un crime est enchâssée dans la définition "classique" de l'expression "provocation policière" formulée par la Cour suprême des États-Unis dans l'affaire *Sorrells*³³ et elle a été adoptée par le juge Laskin dans l'arrêt *Kirzner*, où l'on peut lire ce qui suit :

"Bien sûr, il peut être difficile, dans certains cas, de distinguer l'espion, l'imposteur ou l'indicateur de l'agent provocateur qui fait plus qu'inciter ou encourager l'infraction mais prend l'initiative du projet criminel dans le but de prendre quelqu'un au piège pour l'amener devant les tribunaux."³⁴

J'aimerais illustrer la distinction qui existe entre la détection d'actes criminels et la provocation policière en reprenant les faits de l'affaire *Amato*³⁵. Victor Amato avait été accusé de faire le trafic de la cocaïne. La police cherchait à prendre au collet les revendeurs de drogues et l'employeur de Victor Amato, qui travaillait comme indicateur, avait mis en contact Amato et un agent d'infiltration. Rien ne laissait soupçonner que Amato communiquerait avec un revendeur de drogues. Il fallut presque deux mois

³¹ Cette utilité est clairement prouvée dans les cas de provocation policière : voir l'arrêt *Mack*, ci-dessus, note 3, à la page 917. Toutefois, la police jouit d'une liberté d'action plus limitée lorsqu'elle s'en remet à un indicateur pour obtenir une confession : voir les décisions *R. c. Hébert*, [1990] 2 R.C.S. 151 et *R. c. Broyles*, [1991] 3 R.C.S. 595.

³² Ce Service est prévu par la Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité, L.C. (1984) 32-33 Élisabeth II, ch. 21, art. 20.

³³ Voir ci-dessus, note 2.

³⁴ Voir la décision *Kirzner*, ci-dessus, note 9, à la page 494.

³⁵ Voir ci-dessus, note 4.

de contacts quotidiens, à la maison et au travail, pour inciter Amato à vendre à l'agent d'infiltration deux petites quantités de cocaïne. Si l'agent d'infiltration avait été accosté par Amato dans un bar ou dans la rue, et que celui-ci avait offert de lui vendre des drogues, il aurait été tout à fait justifié d'arrêter Amato pour trafic de drogues. L'activité de l'agent d'infiltration se serait alors limitée au dépistage d'actes criminels. En d'autres termes, pour reprendre l'expression familière utilisée par la Cour d'appel de l'Angleterre³⁶, l'agent d'infiltration aurait participé à un crime déjà "machiné". Toutefois, dans le cas de Victor Amato, il était clair que l'agent d'infiltration avait incité l'accusé à lui vendre de la drogue. Même si celui-ci avait été en possession de cocaïne, il n'est pas sûr du tout qu'il aurait été prêt à vendre ce stupéfiant. Aux yeux de la loi, la revente de drogues et la possession de drogues illicites sont des infractions différentes et la première est punie d'une peine plus lourde. Il y avait donc certainement eu provocation policière dans l'affaire Amato.

On reconnaît qu'il n'y a provocation policière que si l'activité de l'agent d'infiltration va au-delà du simple dépistage d'actes criminels et revient, en fait, à une incitation à commettre une infraction; toutefois, il reste à préciser comment on peut déterminer si la conduite de l'agent de l'État correspond à de la provocation policière. Aux États-Unis, trois

³⁶Dans l'affaire R. v. Birtles, [1969] 1 W.L.R. 1047 (C.A.).

méthodes ont été proposées : l'approche subjective³⁷, l'approche objective³⁸ et l'approche fondée sur l'"application régulière de la loi"³⁹.

Dans la décision *Mack*, le juge Lamer a rejeté la défense proposée par les tenants de l'approche subjective : il a déclaré que celle-ci est "fondamentalement boiteuse" et incompatible avec le fondement de la doctrine de la provocation policière, selon l'interprétation adoptée au Canada⁴⁰. Étant donné que cette doctrine n'a rien à voir avec la culpabilité du défendeur, l'enquête doit être axée sur l'évaluation objective de la conduite de la police et non sur celle de l'état d'esprit de l'inculpé. Le juge Lamer a toutefois précisé "que le principal point litigieux n'est pas le pouvoir d'un

³⁷D'après l'approche subjective, il n'y a provocation policière que si le défendeur, autrement innocent, est une personne [TRADUCTION] "que le gouvernement cherche à punir parce qu'elle aurait commis une infraction qui résulte d'une machination ourdie par ses propres porte-parole", *Sorrells*, ci-dessus, note 2, à la page 451, commentaires du juge Hughes. Par conséquent, pour savoir si l'accusé est "autrement innocent", on examine principalement sa prédisposition : il faut que l'inculpé n'ait pas été prédisposé à commettre le crime en cause pour qu'il puisse invoquer ce type de défense. Au procès, il subira donc [TRADUCTION] "un "interrogatoire approprié et approfondi" qui porte sur sa conduite et sa prédisposition à commettre le crime et qui influera sur l'admission de l'allégation d'innocence", *Sherman v. U.S.*, 356 U.S. 369 (1958, Cour suprême des États-Unis), à la page 373, commentaires du juge Warren. Cette opinion a d'abord été exprimée par la majorité dans les arrêts *Sorrells* et *Sherman*. Dans les milieux universitaires, on soutient surtout l'approche objective mais R. Park a écrit un article qui a beaucoup d'influence en faveur de l'approche subjective : voir "The Entrapment Controversy" (1975-1976), 60 *Min. L.R.* 163.

³⁸Aux termes de l'approche objective, on n'examine pas la prédisposition de l'accusé mais on se penche obligatoirement sur la conduite des agents de l'État. Il s'agit de savoir si les méthodes d'incitation auxquelles ont recours ceux qui sont chargés de faire appliquer la loi peuvent entraîner une personne hypothétique non prédisposée à commettre l'infraction dont doit répondre l'accusé. Par conséquent, la seule question à laquelle il faut répondre est la suivante : [TRADUCTION] "la conduite de la police, en l'espèce, est-elle à la hauteur des normes reconnues communément pour ce qui est de l'utilisation appropriée des pouvoirs de l'État" (*Sherman*, *ibid.*, à la page 382, commentaires du juge Frankfurter); on ne doit accorder aucune importance au fait que l'acte criminel a d'abord été conçu par l'inculpé ou par les représentants du gouvernement (*Sherman*, *ibid.*, à la page 382, commentaires du juge Frankfurter). L'approche objective a été retenue par la minorité des juges dans les arrêts *Sorrells* et *Sherman*; elle est entérinée par l'*American Law Institute* dans son *Model Penal Code* (version préliminaire officielle, 1962), paragraphe 2.13.

³⁹L'approche fondée sur l'"application régulière de la loi", ou l'approche objective plus récente, s'inspire du Cinquième Amendement de la Constitution des États-Unis ([TRADUCTION] "Quiconque ne peut (...) être privé de son droit à la vie, à la liberté ou à la propriété sans l'application régulière de la loi") pour interdire toute poursuite dans un cas de provocation policière. Aux termes de cette troisième approche, on n'évalue pas la conduite de l'agent à l'égard d'un défendeur, réel ou hypothétique; c'est lorsque le tribunal estime que les méthodes appliquées par le gouvernement, par l'entremise de son agent, sont tellement répréhensibles qu'il faut mettre fin à la poursuite que cette approche est retenue. Son fondement a d'abord été établi dans une remarque du juge Rehnquist dans l'affaire *Russell v. U.S.*, ci-dessus, note 9. Toutefois, dans l'arrêt *Hampton v. U.S.*, 425, U.S. 484 (1976, Cour suprême des États-Unis), le juge Rehnquist a refusé de retenir l'approche fondée sur l'"application régulière de la loi" dans le cas d'un inculpé qui avait la prédisposition requise pour commettre l'infraction, tentant ainsi de clore le débat qu'il avait amorcé dans l'arrêt *Russell*. Dans leurs jugements concordants et dissidents, les autres juges de la Cour suprême n'ont pas suivi l'avis du juge Rehnquist sur ce point; ils ont reconnu que, dans le contexte de la provocation policière, il fallait peut-être empêcher toute poursuite du défendeur (même s'il s'agit d'une personne prédisposée), en raison de l'obligation d'appliquer régulièrement la loi. Certains, dans les milieux universitaires, ont soutenu cette approche; voir notamment : P. Marcus, "The Due Process Defense in Entrapment Cases: The Journey Back", (1990) 27 *Am. Crim. L.R.* 457, 458; G. Greaney, "Crossing the Constitutional Line: Due Process and the Law Enforcement Justification", (1992) 67 *N.D.L.R.* 745.

⁴⁰Voir ci-dessus, note 3, à la page 955.

tribunal de sanctionner la conduite de la police ou de la partie poursuivante mais qu'il est, comme le dit le juge Estey dans l'arrêt *Amato*, (...) "d'éviter que l'état [sic] n'ait recours de façon abusive au processus judiciaire et à ses pouvoirs."⁴¹ Le caractère de l'accusé ne peut jamais être pertinent à la question de savoir si la police a fait plus qu'offrir l'occasion de commettre l'infraction, puisqu'il faut soupeser le problème en fonction des actes qu'aurait posés une personne non prédisposée⁴². La "défense" de provocation policière vise à empêcher l'État de fabriquer un acte criminel dans le but d'amener l'infracteur devant les tribunaux. Cet objectif est illustré par le fait que la Cour suprême a continué à fonder la "défense" de provocation policière sur l'abus des procédures malgré l'adoption de la Charte. Dans la décision *Mack*, le juge Lamer a évité tout recours de nature constitutionnelle et s'en est remis à la doctrine de l'abus des procédures, laquelle relève de la common law. Il ne soutient pas les opinions exprimées aux États-Unis sur la provocation policière, mais sa façon de voir a beaucoup d'affinités avec l'approche objective. Dans la décision *Mack*, le juge Lamer propose le critère suivant pour déterminer à quel moment la conduite de la police devient "si révoltante et indigne qu'elle déconsidère l'administration de la justice" :

- a) les autorités fournissent à une personne l'occasion de commettre une infraction sans pouvoir raisonnablement soupçonner que cette personne est déjà engagée dans une activité criminelle, ni se fonder sur une véritable enquête;
- b) quoiqu'elles aient ce soupçon raisonnable ou qu'elles agissent au cours d'une véritable enquête, les autorités font plus que fournir une occasion et incitent à perpétrer une infraction⁴³."

Dans sa proposition, le ministre de la Justice reprend les deux volets du critère susmentionné. En effet, dans la première partie du paragraphe 39 (2), le premier volet de ce critère est codifié :

⁴¹ *Ibid.*, à la page 942.

⁴² *Ibid.*, à la page 955; le tribunal en est arrivé à la même conclusion dans l'arrêt *Showman*, [1988] 2 R.C.S. 893, lequel a été prononcé le même jour que la décision *Mack*; dans l'arrêt *Showman*, la Cour a statué que le caractère de l'accusé ne peut jamais être pertinent à l'évaluation objective de la conduite de la police.

⁴³ Voir *Mack*, ci-dessus, note 3, aux pages 964 et 965.

"Il y a provocation policière lorsqu'un agent de l'État soit, hors du cadre d'une enquête de bonne foi, a fourni à l'accusé l'occasion de commettre l'infraction, sans avoir de raisons de soupçonner que celui-ci avait déjà commencé à la commettre ou se livrait à des activités criminelles connexes," [l'agent éprouve donc au hasard la vertu des gens].

Dans la deuxième partie de ce paragraphe, le second volet du critère proposé par le juge Lamer est en partie codifié :

"soit l'a amené à la commettre".

Le premier volet du critère prévoit deux catégories d'infracteurs : ceux à qui la police peut fournir l'occasion de commettre un acte criminel et ceux qu'elle ne devrait même pas tenter. Cet élément introduit un certain subjectivisme et crée même, pourrait-on soutenir, une inégalité devant la loi. En effet, il se peut qu'on invoque cette partie du critère pour justifier les mesures tyranniques que la police pourrait exercer à l'endroit de certaines catégories de citoyens. Ainsi, des agents d'infiltration pourraient avoir le droit d'inciter des toxicomanes à leur vendre des stupéfiants destinés, au départ, à la consommation personnelle (comme cela aurait pu être le cas dans l'affaire *Amato*). Pour justifier cette incitation, on pourrait déclarer que la police avait des raisons de soupçonner que le particulier en question était en possession de drogues illicites. Le danger qu'il y a à exercer une discrimination envers certaines catégories de citoyens s'est accru depuis la décision *Barnes*⁴⁴, où il s'agit de la revente de stupéfiants. Dans cet arrêt, le juge Lamer indique ce qu'il entend par l'expression "éprouver au hasard la vertu des gens" :

"La règle fondamentale qui se dégage de l'arrêt *Mack* est que la police ne peut fournir l'occasion de commettre un crime donné qu'à un individu dont la conduite fait naître le soupçon qu'il est déjà engagé dans une activité criminelle particulière. Il y a exception à cette règle dans les cas où la police entreprend une véritable enquête dans un secteur dont on peut raisonnablement soupçonner qu'il est le théâtre d'activités

⁴⁴*R. c. Barnes*, [1991] 1 R.C.S. 449.

criminelles. Lorsque ce secteur est défini avec suffisamment de précision, la police peut fournir à toute personne qui y est associée l'occasion de commettre l'infraction en particulier. Cette façon de procéder au hasard est permise dans le cadre d'une véritable enquête."

Madame la juge McLachlin a exprimé une opinion contraire à ce sujet et a soutenu, avec perspicacité, que si le secteur visé s'étend à une ville entière, la police serait habilitée à tenter d'inciter qui que ce soit à perpétrer une infraction, selon son bon vouloir. Étant donné que, dans l'affaire *Barnes*, l'agent d'infiltration avait abordé l'accusé en fonction de sa seule apparence, Madame la juge McLachlin en déduit qu'une telle tactique est assimilable à une incursion dans le droit à la sécurité de la personne de l'inculpé, droit qu'elle qualifie ainsi : l'"intérêt du particulier à être laissé tranquille".

La décision de la majorité dans l'arrêt *Barnes* laisse entendre que la prédisposition et la conduite antérieure de l'accusé peuvent avoir une importance excessive si l'on retient le premier volet du critère proposé dans l'arrêt *Mack*. Dans l'affaire *Iati*⁴⁵, une décision non publiée de la Cour d'appel de l'Ontario, le tribunal estime que la police avait des raisons de soupçonner l'accusé car : [TRADUCTION] "Dans son enquête, avant de concentrer ses efforts sur l'appelant et d'autres personnes, la police a vérifié tous les antécédents. Il est raisonnable de supposer que cela doit avoir révélé le volumineux casier judiciaire de l'appelant et, notamment, le fait qu'il avait été condamné seulement quelques mois auparavant pour trafic de stupéfiants". Dans la décision *Cahill*⁴⁶, la police soupçonnait l'inculpé de faire le commerce de la drogue. La Cour disposait de certains éléments de preuve selon lesquels l'indicateur avait fait violence à l'accusé pour que celui-ci lui vende de la cocaïne. Malgré tout, le juge de première instance a refusé de

⁴⁵*R. v. Iati*, décision non publiée de la Cour d'appel de l'Ontario, les juges Morden, Tarnopolsky et Galligan, 5 décembre 1989.

⁴⁶*R. v. Cahill*, (1992) 13 C.R. (4th) 327 (Cour d'appel de la Colombie-Britannique).

prononcer un arrêt des procédures parce que, à ses yeux, la conduite de l'inculpé, selon la preuve fournie, [TRADUCTION] "était incompatible avec celle d'une personne terrifiée qu'on a incitée, par la menace, à commettre des actes illégaux"⁴⁷. Cette décision a été confirmée par la Cour d'appel, le juge Wood étant d'avis que le juge de première instance n'avait pas [TRADUCTION] "mal appliqué, en l'espèce, la doctrine de la provocation policière en évaluant subjectivement la prédisposition de l'appelant à commettre l'infraction plutôt qu'en déterminant objectivement si la conduite de Barry [l'indicateur] est blâmable".⁴⁸

Dans l'arrêt *Mack*, le juge Lamer a déclaré que, à son avis, le premier volet du critère qu'il propose sera rarement retenu parce qu'il n'est guère vraisemblable que la police dilapide des ressources précieuses à tenter d'entraîner des inconnus à commettre des infractions⁴⁹. On peut donc se demander s'il est approprié de conserver ce volet qui, il faut le reconnaître, n'ajoute rien d'essentiel. Si, de plus, on songe au préjudice que ce premier volet du critère pourrait causer au principe d'égalité devant la loi, on conviendra de ce que l'argument qui veut qu'on élimine ce volet est certes très convaincant.

J'estime que l'alinéa 39 (2) b) de la version anglaise de la Proposition, lequel est rendu ainsi en français : "[lorsqu'un agent de l'État] a amené [l'accusé] à commettre [l'infraction]", est en soi un critère suffisant et approprié pour définir la provocation policière dans le contexte du droit pénal canadien. J'ajouterais simplement ce qui suit à l'énoncé précité : "et que l'accusé n'aurait pas commis cette infraction sans

⁴⁷ *Ibid.*, à la page 342.

⁴⁸ *Ibid.*, à la page 345; voir aussi *R. v. Dubois*, (1990) 111 A.R. 289 (Cour provinciale de l'Alberta), où la conduite de l'accusé n'a pas été évaluée en fonction de celle d'une personne moyenne mais, plutôt, par rapport à celle d'une personne moyenne qui aurait tendance à vendre des faveurs sexuelles.

⁴⁹ *Mack*, ci-dessus, note 3, à la page 958.

l'intervention de l'agent". Par une telle formulation, on indique clairement que, pour qu'il y ait provocation policière, il faut que l'agent de l'État incite l'accusé à commettre l'infraction : il ne peut s'agir que du simple dépistage de l'acte criminel. En outre, ce critère illustre bien le fondement qui étaye la reconnaissance de la doctrine de la provocation policière au Canada. Cependant, si le paragraphe 39 (2) b) [version anglaise de la Proposition] était le seul critère applicable pour définir les cas de provocation policière, cela signifierait que la personne qui cède devant l'occasion de commettre un crime, lorsque cette occasion lui est fournie par l'État, ne peut se prévaloir de la "défense" de provocation policière. Il semble toutefois que cela n'accroîtrait pas l'inégalité qui existe actuellement dans notre société puisque, selon le juge Lamer, il est rare que le citoyen respectueux des lois se voie offrir l'occasion de commettre un acte criminel. Dans le cas où cela pourrait survenir, et que le bon citoyen succombe effectivement à l'occasion de commettre un acte criminel sous l'influence d'un agent de l'État qui n'a aucune raison de le soupçonner, il est contestable de soutenir que la "défense" de provocation policière doit légitimer l'arrêt des procédures toutes les fois que l'agent s'est contenté de fournir à l'accusé l'occasion de commettre un acte criminel.

J'estime qu'il est préférable de donner au pouvoir judiciaire assez de liberté d'action pour décider de chaque cas en toute objectivité. Dans l'arrêt *Mack*, le juge Lamer a énuméré un certain nombre de critères qui permettent de déterminer si la police, par la conduite qu'elle a adoptée, aurait incité une personne moyenne à commettre l'acte criminel⁵⁰. **Dans sa Proposition, le ministre de la Justice a eu raison de ne pas codifier cette liste de critères.** De la sorte, les tribunaux doivent déterminer, dans chaque cas, si l'agent de l'État a fabriqué l'acte criminel ou s'il n'a fait qu'aider à dépister un

⁵⁰Voir l'arrêt *Mack*, ci-dessus, note 3, à la page 966.

crime déjà "machiné"⁵¹. Si on opte pour la codification, on risque de voir les tribunaux appliquer aveuglément les critères énumérés sans tenir compte du fondement qui étaye la reconnaissance de la doctrine de la provocation policière au Canada⁵². De plus, il semble, d'après les décisions rendues par les tribunaux d'appel après l'arrêt *Mack*, que le jugement de première instance sera infirmé si le juge omet de tenir compte de l'un des critères énumérés dans cet arrêt ou de prévoir une conclusion suffisante à son sujet.⁵³

1.3 - Questions de procédure (paragraphe 39 (3) à 39 (8))

Dans l'arrêt *Mack*, le juge Lamer estime que, puisque le fondement qui étaye la reconnaissance de la doctrine de la provocation policière n'a pas trait à la culpabilité de l'accusé, la question de la provocation policière ne doit pas être laissée à l'appréciation du jury : c'est le juge seul qui doit rendre une décision à ce chapitre⁵⁴. À son avis, le fardeau de la preuve, pour ce qui est de la provocation policière, doit incomber à l'accusé. Celui-ci doit démontrer qu'il y a eu provocation policière selon la prépondérance des probabilités. C'est là un lourd fardeau, mais il est justifié aux yeux du juge Lamer, car l'allégation voulant qu'il y ait eu provocation policière est une très grave accusation portée contre l'État : "[i]mposer un fardeau plus léger à l'inculpé aurait pour résultat d'entraver inutilement l'action de

⁵¹Pour reprendre l'expression familière employée par la Cour d'appel dans l'affaire *Birtles*, [1969] 1 W.L.R. 1407.

⁵²C'est ce qui semble s'être produit dans les décisions *R. v. Thrasher*, affaire non publiée, Cour territoriale du Yukon, jugement du juge Brusher, 27 mai 1991, et *R. c. Elzein*, (1993) 82 C.C.C. (3d) 455 (Cour d'appel du Québec).

⁵³Voir *R. v. Laverty*, (1990) 80 C.R. (3d) 231 (Cour d'appel de la Colombie-Britannique); dans cette décision, la Cour a rejeté l'argument voulant qu'il y ait eu provocation policière parce qu'il n'y avait aucune conclusion de fait sur la question des menaces proférées; voir aussi *R. v. Maxwell*, (1990), 61 C.C.C. (3d) 289 (Cour d'appel de l'Ontario), aux pages 297 et 298.

⁵⁴Citant les motifs du juge Anderson, de la Cour d'appel, dans la décision *Jewitt*, ci-dessus, note 13, le juge Lamer a donné deux raisons principales pour lesquelles il devait en être ainsi : "[L]es tribunaux ont toujours été maîtres de leur propre procédure et c'est aux tribunaux seuls qu'il appartient de décider s'il y a abus de procédure. (...) [S]'agissant de la politique à adopter, la question de la provocation policière devrait être laissée aux tribunaux, de sorte que des normes et des directives puissent être établies par la jurisprudence. Un tel développement sera impossible si les questions entourant la provocation policière sont laissées à l'appréciation du jury". *Mack*, ci-dessus, note 3, aux pages 970 et 971.

l'État contre le crime"⁵⁵. Le ministre de la Justice entend codifier cette procédure aux paragraphes 39 (3), 39 (6) et 39 (8). À mon avis, ce fardeau est clairement constitutionnel⁵⁶ puisque la "défense" de provocation policière ne porte pas sur la culpabilité ou l'innocence de l'accusé. En effet, cette "défense" ne vient pas nier l'existence d'un élément essentiel de l'infraction; elle permet plutôt l'application d'un recours après qu'on a établi la culpabilité de l'accusé.⁵⁷

L'essence même de la provocation policière implique la perpétration d'une infraction par l'accusé. Il est donc logique que la question de savoir s'il y a eu provocation policière ne soit soulevée qu'une fois que le ministère public a démontré, hors de tout doute raisonnable, que l'accusé a bien commis l'infraction (pour ce qui est de chacun des éléments qui la composent). Selon le juge Lamer dans l'arrêt *Mack*, s'il n'est pas clair que l'inculpé a commis l'infraction, "[s]a culpabilité ou [son] innocence doit être établie indépendamment de la preuve qui ne porte que sur la question de la provocation policière"⁵⁸. Le professeur Stuart a critiqué cette façon de voir dans ses commentaires sur l'arrêt *Mack*. Voici ce qu'il écrit à ce sujet :

[TRADUCTION] "Est-il réalisable, par exemple dans un long procès pour complot mettant en jeu le trafic de stupéfiants, de séparer la question de la culpabilité de l'accusé de celle de la provocation policière exercée contre lui? Est-il sage d'obliger un juge à remettre la question de l'arrêt des procédures tant que le jury n'a pas déclaré l'accusé coupable? Si la question de la provocation policière est habituellement soulevée lorsqu'il est clair que l'inculpé est coupable ou lorsque

⁵⁵ *Mack*, ci-dessus, note 3, à la page 976.

⁵⁶ À mon sens, la "défense" de provocation policière ne porte pas atteinte au paragraphe 11 d) de la Charte. Toutefois, si un tribunal déclarait que cette "défense" enfreint le paragraphe précité, on pourrait toujours reconnaître ce moyen en vertu de l'article premier de la Charte, à la lumière de la décision R. c. Chaulk, [1990] 3 R.C.S. 1303.

⁵⁷ Cela n'apporte rien de nouveau puisque le paragraphe 24 (2) de la Charte prévoit qu'il incombe à l'accusé, d'après la prépondérance des probabilités, de prouver que l'un des droits que lui reconnaît la Charte a été violé.

⁵⁸ *Mack*, ci-dessus, note 3, à la page 972.

celui-ci reconnaît avoir commis l'infraction, il n'est pas nécessaire de remettre cette question à plus tard. Dans les autres cas, pourquoi ne pas recourir à une motion préliminaire en vertu de l'article 7?"⁵⁹

Le ministre de la Justice est évidemment d'accord avec le professeur Stuart puisqu'il a prévu une clause additionnelle au paragraphe 39 (4) (lequel se lit ainsi : "L'audition a lieu après que l'accusé a été déclaré coupable"). De plus, le paragraphe 39 (5) stipule que "S'il est convaincu que l'intérêt de la justice l'exige, le juge peut tenir l'audition à un stade antérieur du procès". Encore une fois, voilà une mesure judicieuse qui permet de mieux administrer la justice car elle permet aux juges, lorsque l'affaire est claire, de réduire les coûts et les délais associés à la tenue d'un long procès. En outre, grâce à cette mesure, les juges peuvent s'assurer, lorsque l'affaire est claire, que les témoignages ne sont pas donnés en vain (il se peut, par exemple, que le témoin soit un indicateur protégé) ou que l'accusé n'a pas à subir une plus grande injustice.

Étant donné que la question de l'implication illicite de l'État dans l'instigation d'une conduite criminelle est une question de droit ou une question mixte de droit et de fait⁶⁰, on devrait prévoir le droit d'appeler de la décision du juge pour ce qui est de la provocation policière. Pour plus de certitude, le ministre de la Justice a précisé ce point au paragraphe 39 (7) de sa Proposition. Cela a été fait pour l'infraction incomplète qu'est la tentative de commettre une infraction. Si l'on tient compte de l'application qu'a eue le paragraphe 24 (2) du Code criminel, on peut croire que le paragraphe 39 (7) de la Proposition garantira que la "défense" de provocation policière sera appliquée de façon juste.

⁵⁹D. Stuart, "Resolving Many but not all Questions of Entrapment", 67 C.R. (3d) 68.

⁶⁰Voir les arrêts Mack, ci-dessus, note 3, à la page 967, et Jewitt, ci-dessus, note 10, à la page 145, commentaires du juge en chef Dickson.

2 - RESPONSABILITÉ CRIMINELLE DES AGENTS DE L'ÉTAT ENGAGÉS DANS LE DÉPISTAGE DES ACTES CRIMINELS

Dans la cause *Kirzner*, outre la défense de provocation policière, l'accusé a invoqué une défense fondée sur le "dépistage des actes criminels". En effet, Howard Kirzner soutenait, pour se disculper d'avoir été trouvé en possession de cocaïne et d'héroïne, avoir agi en tant qu'indicateur pour le compte de la police. Le juge en chef Laskin a déclaré qu'une défense de cette nature n'existe pas au Canada :

"Ni le policier, ni l'agent provocateur, l'indicateur ou l'imposteur utilisé par la police ne bénéficient d'aucune immunité si, en encourageant une autre personne à commettre un crime, leur conduite est elle-même criminelle. Bien entendu, c'est le substitut du procureur général et, en dernier lieu, le procureur général qui décidera de les poursuivre en justice."⁶¹

La Chambre des Lords a tenu un discours analogue dans l'arrêt *Sang*⁶². La *Law Commission* de l'Angleterre, dans son Report on Defences of General Application⁶³, a également proposé de prévoir que la provocation policière constitue une infraction; toutefois, cette recommandation n'a pas encore été adoptée. À mon avis, il n'est pas nécessaire de créer une telle infraction puisque les principes reconnus en matière de responsabilité criminelle suffisent pour obliger les agents d'infiltration à répondre de leur participation dans des actes criminels.

Rien ne justifie que les agents provocateurs n'aient pas à répondre devant un tribunal des crimes qu'ils ont causés en conseillant à l'inculpé de commettre une infraction ou en l'incitant à le faire. Comme J. Heydon l'a

⁶¹Voir l'arrêt *Kirzner*, ci-dessus, note 9, à la page 491.

⁶²Voir ci-dessus, note 7, à la page 432, les commentaires du juge Diplock, à la page 444, ceux du juge Salmon, et, à la page 451, ceux du juge Scarman.

⁶³Law Commission, Criminal Law: Report on Defences of General Application (Law Com. n° 83), (H.M.S.O., Londres, 1977), Partie V.

signalé : [TRADUCTION] "l'immunité de la police, face à la poursuite, n'est qu'une immunité de fait; elle ne signifie pas, logiquement, une immunité juridique"⁶⁴. Les agents de police et leurs indicateurs sont assujettis à la loi, comme tout autre citoyen⁶⁵. Par conséquent, si les principes du droit pénal sont appliqués strictement, il est possible que policiers et indicateurs violent la loi dans le cours d'opérations d'infiltration.

On ne devrait pas accorder tant d'attention à l'infraction principale. En fait, il est très probable que l'agent d'infiltration n'a pas la *mens rea* requise pour être condamné. Par conséquent, lorsqu'un agent de police cause avec une personne qui se prostitue ou se fait passer pour un prostitué, ce n'est pas "dans le but de se livrer à la prostitution ou de retenir les services sexuels d'une personne qui s'y livre"⁶⁶. En outre, le fait qu'un agent de police soit en possession de drogues réglementées est licite aux termes du Règlement sur les stupéfiants. Bien entendu, une cour ne devrait pas aboutir à la conclusion que l'agent de police qui participe à une opération d'infiltration et qui est en possession de stupéfiants réglementés a l'intention d'en faire le trafic. Toutefois, dans l'affaire Ormerod⁶⁷, la décision du tribunal semble indiquer le contraire. Dans cette cause, on a soutenu au nom de l'accusé que si le jury estime que l'inculpé travaille pour la G.R.C., qu'il aide cet organisme aux termes d'une entente avec certains de ses membres ou qu'il croit honnêtement agir comme agent d'infiltration en raison de cette entente, il existe une défense aux yeux de la loi. Le juge Laskin, alors de la Cour d'appel de l'Ontario, a cependant statué que la

⁶⁴J. Heydon, "The Problems of Entrapment", [1973] C.L.J. 268, à la page 275, citations tirées de la décision R. v. Commissioner of Police of the Metropolis, Ex Parte Blackburn, [1968] 2 Q.B. 118 et *ibid.* (n° 3), [1973] Q.B. 241.

⁶⁵Voir les décisions Roncarelli c. Duplessis, [1959] R.C.S. 121 (agent de police) et Poitras c. R., [1974] R.C.S. 649 (indicateurs agissant comme agents de police).

⁶⁶Article 213 du Code criminel.

⁶⁷R. v. Ormerod, [1969] 2 O.R. 230.

police ne peut invoquer aucune excuse, en vertu de la common law ou de la législation, pour soutenir qu'elle n'a fait que son devoir en participant au trafic des stupéfiants :

[TRADUCTION] "Lorsque, toutefois, un agent de police (statut que l'accusé soutient avoir) est lui-même inculpé en raison (du moins, je suis prêt à le croire) d'activités qui, de bonne foi, sont considérées utiles au travail de l'organisme policier, on ne peut déclarer qu'il jouit d'une défense lorsque ses supérieurs ou les autres membres du corps de police n'en auraient aucune s'ils étaient poursuivis relativement à la même infraction"⁶⁸.

Dans son exposé au jury, le juge de première instance avait déclaré que même si on estime que le témoignage de l'accusé établit que l'entente alléguée par lui existe bel et bien ou que la preuve démontre que l'inculpé croyait honnêtement à l'existence de cette entente et qu'il pensait, lors des deux opérations, en servir les fins, aucune défense ne permet de le disculper. Avec égards, il me semble que le juge aurait dû, dans ses directives au jury, indiquer que le fait que l'accusé croyait honnêtement avoir conclu une entente avec la police avait directement trait à la question de savoir s'il avait la *mens rea* requise pour faire le trafic de la drogue. Si le jury décide qu'il ne croit pas les allégations de l'accusé, on peut dire, alors, qu'il n'existe aucune défense relative à l'obligation d'exécuter un devoir public qui justifie le fait que l'inculpé avait la *mens rea* nécessaire pour faire le trafic de la drogue. Selon le juge McGillivray, de la Cour d'appel, l'admission de cette défense reviendrait à invoquer l'existence d'une relation

⁶⁸ Voir R. v. Ormerod, [1969] 2 O.R. 230, à la page 241.

spéciale avec la police pour pousser le jury à l'indulgence face aux activités de l'accusé⁶⁹.

Toutefois, il n'est pas du tout certain que les agents de police qui agissent comme agents d'infiltration soient à l'abri de poursuites engagées parce qu'ils ont commis des infractions inchoatives ou qu'ils ont été complices de la perpétration de l'acte criminel. Si les policiers et leurs agents n'incitent pas l'accusé à commettre un acte criminel, en d'autres termes, s'il n'y a aucune provocation policière, il reste qu'ils aideront ou encourageront fort probablement l'inculpé à commettre l'infraction principale. Voilà une conduite qui équivaut à aider et encourager l'infracteur et à lui conseiller de commettre l'acte criminel principal. Si les policiers et leurs agents vont plus loin et qu'il y a provocation, ils commettent une infraction inchoative puisque l'essence même de la provocation policière consiste à amener une personne à perpétrer une infraction qu'elle n'aurait pas commise autrement. Si l'auteur principal ne commet pas l'infraction, l'agent d'infiltration peut être déclaré coupable d'avoir perpétré l'infraction inchoative qui consiste à conseiller à une autre personne de commettre une infraction, contrairement à l'article 464 du Code criminel.

Aux termes des règles adoptées au Canada, le policier qui agit comme agent d'infiltration ne peut être déclaré coupable de complot. Il peut sembler que l'agent d'infiltration consent à commettre un acte contraire à la loi; cependant, selon le jugement rendu dans la cause *O'Brien*⁷⁰, celui qui semble

⁶⁹ *Ibid.*, à la page 236; voir aussi R. c. Samson, (1977) 35 C.C.C. (2d) 258 (Cour d'appel du Québec), où le juge de première instance a indiqué au jury de ne pas croire les allégations de l'accusé selon lesquelles il était un agent de police qui avait agi dans l'exercice de ses fonctions. La Cour d'appel a statué que le juge de première instance s'était aventuré [TRADUCTION] "dangereusement" mais elle a confirmé son jugement et maintenu la condamnation parce que le fait que l'accusé avait menti était démontré par nombre d'éléments de preuve.

⁷⁰ R. v. O'Brien, [1954] S.C.R. 666. On peut lire ce qui suit à la page 668 : [TRADUCTION] "Un dessein commun implique nécessairement une intention commune. Il s'agit de synonymes. Cette intention ne peut être rien de moins que la volonté de réaliser l'objectif de l'accord". Dans la décision R. c. Kotysyn, (1949) 95 C.C.C. 261 (Cour du Banc du Roi, du Québec), le tribunal a déclaré que les agents d'infiltration qui travaillent à détecter les actes criminels n'ont pas l'intention de voir l'infraction réellement perpétrée.

vouloir participer à un complot mais qui, en fait, entend faire échouer le projet commun, n'a pas la *mens rea* requise pour commettre l'infraction. Cette façon de voir ne devrait pas être modifiée par la Proposition du ministre de la Justice puisque le paragraphe 24.2 (1) de ce document stipule ce qui suit : "Une personne complice de commettre une infraction si elle convient avec une ou plusieurs autres personnes (...) soit de réaliser le projet commun de commettre l'infraction" (c'est moi qui souligne). De même, il devrait être possible de disculper l'agent d'infiltration parce qu'il n'a pas la *mens rea* requise et d'invoquer, pour sa défense, la doctrine de l'intention commune applicable aux crimes commis en fonction d'un projet commun.

Cependant, rien ne justifie que l'agent provocateur ne soit pas condamné relativement à l'infraction incomplète qui consiste à conseiller à une personne de commettre un acte contraire à la loi (article 464 du Code criminel) ou en tant que complice lorsque l'infraction est commise par l'auteur principal. La notion de provocation policière est, par définition, très proche de celle d'incitation à commettre une infraction: il y a provocation policière lorsqu'une personne est amenée à commettre une infraction qu'elle n'aurait pas perpétrée autrement tandis que l'incitation, en *common law*, consiste à [TRADUCTION] "influencer l'état d'esprit d'une personne afin de lui faire commettre un acte criminel"⁷¹. Dans l'affaire *Glubitz (n° 2)*, un agent d'infiltration s'est présenté comme tueur à gages à un homme qui avait fait savoir qu'il souhaitait que sa femme soit tuée; la cour a décidé que l'agent avait commis une infraction inchoative parce qu'il avait tenté d'influencer l'accusé en l'invitant à mener son projet à terme. Malgré le fait que l'accusé ait invoqué, en défense, la crainte que lui avait inspirée l'agent d'infiltration, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique ne s'est pas penchée sur la responsabilité de celui-ci. Dans la décision *Madigan*, bien que le jugement ait porté sur une autre question, la preuve indiquait

⁷¹Voir Smith et Hogan, ci-dessus, note 30, à la page 265.

clairement que le policier qui avait agi comme agent d'infiltration avait été complice de l'accusé parce qu'il lui avait conseillé de faire le trafic de la drogue⁷². Si l'agent d'infiltration avait été poursuivi en raison de sa participation à la perpétration de l'infraction, je ne vois pas pourquoi il n'aurait pas été déclaré coupable. Toutefois, étant donné le droit relatif à l'incitation en vigueur au Canada, on risque de voir les agents d'infiltration condamnés pour avoir conseillé à l'infracteur de commettre l'acte illégal alors que leur conduite n'équivaut pas à de la provocation policière. En effet, au Canada, la loi sanctionnant l'incitation, qui provient de la *common law*, a connu une certaine évolution et sa portée est maintenant [TRADUCTION] "extrêmement large" ⁷³. Le simple fait de donner son avis ou de faire des recommandations a été interprété par des tribunaux comme la prestation de conseils aux fins de la perpétration d'une infraction⁷⁴. Dans la cause *Glubitz (n° 2)*, la cour a statué que l'incitation à commettre un acte criminel peut se résumer à accepter brièvement l'offre de commettre un crime moyennant récompense. On voit donc qu'un agent d'infiltration qui s'occupe de dépister les actes criminels sans aller jusqu'à la provocation policière pourrait néanmoins, d'après le jugement rendu dans la cause *Glubitz*, être déclaré coupable d'avoir incité l'accusé à commettre un acte criminel et être condamné relativement à cette infraction inchoative. Étant donné que le paragraphe 21 (3) de la Proposition du ministre de la Justice prévoit que "[si la personne qui conseille à une autre personne de participer à une infraction] était conscient[e] du fait que ce conseil aurait probablement pour conséquence la perpétration de l'infraction" (c'est moi qui souligne), il se peut que les agents d'infiltration qui prennent part, de bonne foi, au dépistage d'actes

⁷²Voir la décision *R. v. Madigan*, (1969) 6 C.R. (n.-l.) 180, où le tribunal a déclaré ce qui suit [TRADUCTION] "La preuve indiquait que l'agent d'infiltration avait fait la connaissance de l'intimé et qu'il l'avait vu pendant un certain moment. À certaines reprises, mais sans succès, il avait demandé à l'intimé de lui procurer des drogues réglementées."

⁷³Voir D. Stuart, *Canadian Criminal Law: A Treatise*, (2^e édition, Carswell, Toronto, 1987) aux pages 590 et 591.

⁷⁴*McLeoad*, (1970) 12 C.R. (n.-l.) 193 (Cour d'appel de la Colombie-Britannique).

criminels soient condamnés parce qu'ils ont conseillé à l'infracteur de commettre l'infraction principale ou qu'ils l'ont incité à le faire.

Dans la décision *Smith*⁷⁵, la *Court of Queen's Bench* de l'Angleterre a indiqué clairement qu'un particulier, agissant indépendamment de la police, peut être condamné en tant que partie à une infraction commise par l'infracteur principal s'il participe au projet criminel dans le seul but de prendre cet infracteur au piège. En effet, il est bien établi que [TRADUCTION] "la *mens rea* [pour ce qui est de l'aide et de l'encouragement à commettre l'acte criminel] ne relève que de l'intention et n'a rien à voir avec les souhaits ou le mobile"⁷⁶. De même, aux termes des principes du droit pénal canadien, le mobile est non pertinent à la question de la *mens rea* lorsqu'il s'agit de la complicité à un acte criminel⁷⁷ et, en fait, dans la décision *Ormerod*⁷⁸, toute défense fondée sur le mobile a été rejetée par le juge Laskin. Il est clair que, aux termes des alinéas 21 (1) b) et 21 (1) c) du Code criminel du Canada, toute conduite, que ce soit simplement des paroles ou des gestes, peut entraîner la culpabilité si elle encourage l'infracteur à commettre l'acte criminel⁷⁹. Toutefois, pour établir l'*actus reus*, dans les cas d'aide et d'encouragement à commettre un acte criminel, il faut plus qu'un simple acquiescement⁸⁰. Par contre, l'omission peut suffire pour établir l'*actus reus* dans les cas d'aide et d'encouragement si le complice avait le

⁷⁵ [1960] 2 Q.B. 423.

⁷⁶ National Coal Board v. Gamble, [1959] 1 Q.B. 11, commentaires du juge Devlin.

⁷⁷ Voir *Lewis*, (1979) 47 C.C.C. (2d) 24 (A.C.S.), où le juge Dickson déclare que l'intention criminelle n'a habituellement rien à voir avec le mobile.

⁷⁸ Voir ci-dessus, note 67, à la page 244.

⁷⁹ Dunlop and Sylvester, (1979) 47 C.C.C. (2d) 93 (A.C.S.). Dans cet arrêt, la Cour suprême a déclaré ce qui suit à la page 106 : [TRADUCTION] "Aider, cela signifie encourager, soutenir, appuyer. C'est une autre façon de dire qu'une personne en a assisté une autre dans la perpétration de l'infraction. Quiconque aide et encourage une autre personne à commettre une infraction est aussi coupable que l'infracteur".

⁸⁰ D. Stuart, Canadian Criminal Law: A Treatise, ci-dessus, note 73, aux pages 504 et 505.

devoir d'agir⁸¹. Ainsi, dans la cause *Nixon*⁸², la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a confirmé la décision du juge de première instance qui avait déclaré un agent de police coupable d'avoir aidé et encouragé un infracteur à commettre des voies de fait en omettant de faire son devoir et d'agir conformément à ce que prévoyait la loi :

[TRADUCTION] "L'accusé qui assiste à la perpétration d'une infraction et qui ne fait rien pour aider ou encourager l'infracteur peut néanmoins être condamné en tant que partie à l'infraction s'il entend, en omettant d'agir, aider cet infracteur. L'alinéa 21 (1) b) vise, par ses termes mêmes, une omission de ce genre, parce qu'il stipule ce qui suit :
"Participe à une infraction quiconque (...) accomplit ou omet d'accomplir quelque chose en vue d'aider quelqu'un à la commettre". Le fait de ne pas agir quand son devoir consiste à le faire peut être une omission en vue d'aider quelqu'un à commettre une infraction."⁸³

Étant donné que l'alinéa 21 (1) b) de la législation projetée affirme de nouveau que la personne qui omet d'agir peut être coupable d'aider l'infracteur à commettre l'infraction, il est fort vraisemblable qu'un policier qui travaille comme agent d'infiltration soit déclaré coupable d'avoir aidé l'infracteur à perpétrer l'acte criminel s'il omet d'intervenir pendant qu'il a une identité d'emprunt. De même, le policier qui travaille comme agent d'infiltration, ou son agent, peut être déclaré coupable d'avoir

⁸¹D. Stuart, *Ibid.*, à la page 505.

⁸²*R. v. Nixon*, (1990) 57 C.C.C. (3d) (Cour d'appel de la Colombie-Britannique).

⁸³*Ibid.*, à la page 109.

aidé l'infracteur à perpétrer une infraction relative à la drogue⁸⁴ si l'agent avait clairement l'intention d'aider le vendeur de drogue⁸⁵.

Il y avait auparavant une règle spéciale du droit pénal canadien qui voulait que l'infracteur doive avoir commis l'actus reus du crime avant que quiconque ne puisse être déclaré complice⁸⁶. Toutefois, notre droit pénal est particulier en ceci que celui qui aide l'infracteur peut commettre une infraction plus grave que celle perpétrée par l'infracteur principal⁸⁷. Au paragraphe 23.1 de la Proposition, le ministre de la Justice semble vouloir passer à l'étape suivante car il prévoit que celui qui aide l'infracteur peut être déclaré coupable "même si la personne qu'il a aidée, encouragée, conseillée, amenée, reçue ou assistée ne peut être déclarée coupable, est acquittée ou est exonérée de toute responsabilité pénale". Par conséquent, un policier qui travaille comme agent d'infiltration sera vraisemblablement puni deux fois s'il ne mène pas une enquête appropriée. De plus, si l'infracteur "cible" comprend mal les directives de l'agent d'infiltration, celui-ci peut être déclaré complice de l'infracteur en vertu de l'article 21 de la Proposition, lequel stipule en partie ce qui suit : "Pour l'application des

⁸⁴ R. v. Vinette, [1969] 3 C.C.C. 172 (Cour d'appel de la Colombie-Britannique). Dans cette cause, la preuve, en l'absence d'une explication de la part de l'appelant, a amené le tribunal à conclure que l'appelant avait l'intention de vendre de la drogue à l'agent de police et de lui venir en aide à cette fin. Bien qu'il ait pu aider le policier à obtenir de la marijuana, l'appelant a été reconnu coupable d'avoir aidé le fournisseur à faire le trafic de la drogue. Voir aussi R. v. Lecapoy, (1974) 18 C.C.C. (2d) 496 (Cour d'appel de l'Ontario), où l'accusé a agi comme intermédiaire et a permis à un agent d'infiltration qui prétendait vouloir acheter de la drogue de rencontrer une personne qui en faisait le trafic. L'accusé a été déclaré coupable d'avoir aidé le vendeur de drogue à commettre l'infraction parce qu'il savait en quoi consistait l'opération et qu'il a aidé le vendeur à contacter l'agent. Voir enfin R. v. Barr, (1975) 23 C.C.C. (2d) 116 (Cour d'appel de l'Ontario).

⁸⁵ Morgan, (1993) 80 C.C.C. (3d) 16 (Cour d'appel de l'Ontario). Dans cette cause, le tribunal a déclaré que [TRADUCTION] "À mon avis, dans ses directives au jury, le juge de première instance a laissé entendre que la responsabilité de l'appelant, au chapitre de l'aide apportée à l'infracteur, dépendait uniquement de la question de savoir s'il avait, par sa conduite, aidé le vendeur à vendre de la cocaïne. Le juge de première instance aurait dû préciser que l'appelant n'était responsable que s'il avait l'intention d'aider le vendeur de drogue."

⁸⁶ D. Stuart, Canadian Criminal Law: A Treatise, ci-dessus, note 73, à la page 507.

⁸⁷ R. v. Rémillard, (1921) 35 C.C.C. 227 (A.C.S.). Cette opinion a été confirmée récemment dans la cause R. v. Davy, décision non publiée, 16 décembre 1993, Madame la juge McLachlin, n° 228808. Le principe a même été appliqué, par la Cour suprême du Canada, à la doctrine de l'intention commune.

alinéas b) à d), une personne participe à une infraction même si celle-ci a été commise d'une manière différente de celle visée à ces alinéas."

Comme nous l'avons vu dans l'arrêt Kirzner, on s'en remet complètement à la discrétion de la poursuite pour excuser la complicité de l'agent d'infiltration. Il semble qu'il en soit bien ainsi car, en fait, très peu de causes publiées ont trait à la responsabilité pénale des policiers qui prennent part au dépistage d'actes criminels. Outre la décision *Samson*⁸⁸, ces causes portent sur la responsabilité criminelle d'accusés qui allèguent être des imposteurs. Ce pouvoir discrétionnaire exclusif conféré à la poursuite est logique dans le contexte du système pénal canadien puisque les procureurs du ministère public font partie d'un organisme indépendant de la police : une fois que l'accusation est portée, ils ont tous les pouvoirs et l'entière responsabilité pour ce qui est des questions criminelles, à l'intérieur comme à l'extérieur du tribunal⁸⁹. Le ministère public agit alors comme un tribunal quasi-judiciaire et juge de la manière dont les agents de police exécutent leurs fonctions avant que débute le procès en bonne et due forme. Même si on est d'accord avec cette façon de faire, cela ne signifie pas qu'il s'agisse de la meilleure solution possible. À mon avis, il serait préférable de prévoir, dans notre droit pénal, une défense explicite fondée sur le "dépistage des actes criminels" qui permettrait de disculper les agents de police qui, dans le cadre d'enquêtes menées de bonne foi, aident ou encouragent l'infracteur à commettre l'infraction. En Angleterre, on commence à retenir cette approche; en effet, dans certains cas, les tribunaux ont refusé de déclarer que des agents d'infiltration avaient aidé ou encouragé l'infracteur à perpétrer un acte criminel lorsque ces agents entendaient

⁸⁸Voir ci-dessus, note 69.

⁸⁹W. McCarroll, "The Prosecutor's Duty of Fairness" in Criminal Justice (S. Oxner, comp., Carswell, Toronto, 1985), à la page 21.

contrecarrer le projet criminel⁹⁰. Une défense expresse signifierait que le processus judiciaire ne resterait pas étranger au débat. De plus, en reconnaissant explicitement une défense dans les cas de participation secondaire à un acte criminel, on pourrait définir la portée d'un moyen de ce type. Il y a des motifs clairs, en matière d'ordre public, pour accorder l'immunité aux agents de police qui prennent part au dépistage des actes criminels. Toutefois, il est contestable de penser que l'intérêt public va jusqu'à approuver la conduite de l'agent de police qui omet d'intervenir lorsque ses "infracteurs cibles" causent des dommages irréparables. Comme Smith et Hogan le soutiennent, le policier qui aide l'infracteur à commettre un meurtre dans le but de le traduire en justice doit aussi être reconnu coupable de meurtre⁹¹. Par conséquent, cette défense devrait être modelée sur la "défense" de provocation policière projetée par le ministre de la Justice et rien ne devrait justifier le fait d'aider ou d'encourager la perpétration d'une infraction lorsque cette infraction comporte l'infliction de la mort ou de lésions corporelles graves et qu'elle est commise intentionnellement ou avec insouciance.

⁹⁰ Dans la décision Clarke, (1984) 80 Cr. App. R. 344, l'appelant soutenait qu'il avait pris part à un vol avec effraction dans le seul but d'aider la police et de dénoncer ses complices. Au procès, Clarke a été acquitté pour ce qui est du vol avec effraction mais reconnu coupable d'avoir aidé et encouragé la perpétration de l'acte criminel. La Cour d'appel a annulé la condamnation : d'après ce tribunal, le juge de première instance n'aurait pas dû ajouter le chef d'accusation aux termes duquel l'appelant aurait aidé et encouragé les infracteurs, et aurait dû indiquer au jury qu'il existait une "défense fondée sur la provocation policière". Le juge Macpherson, au nom du tribunal, a déclaré que la provocation policière devait être reconnue comme moyen de défense dont peut se prévaloir l'agent provocateur qui, autrement, est tenu criminellement responsable. Dans la décision McPhillips, non publiée, 20 septembre 1989, *Court of Appeal (Criminal Division)*, le juge en chef Lord Lowry, de la Cour d'appel de l'Irlande du Nord, a statué que McPhillips n'avait pas la *mens rea* voulue pour être reconnu coupable de complot pour meurtre car [TRADUCTION] "le fait que l'appelant avait l'intention d'empêcher la perpétration du meurtre, intention qu'il pouvait raisonnablement s'attendre à réaliser, réduit à zéro toute possibilité de déclarer qu'il avait la *mens rea* nécessaire pour commettre l'acte criminel". L'acquittement, au chapitre du complot, n'est pas si étonnant car McPhillips n'avait pas la *mens rea* voulue; ce qui surprend, c'est que l'appelant a aussi été acquitté au chapitre de l'aide et de l'encouragement apportés, et ce, en fonction, encore une fois, du fait qu'il n'avait pas l'intention criminelle nécessaire. Voici quels sont, à ce sujet, les motifs de Lord Lowry : [TRADUCTION] "quiconque participe à un projet criminel sans avoir, réellement, la moindre intention de jouer quelque rôle que ce soit dans ce projet, auquel il a en apparence consenti, mais entend plutôt contrecarrer et exposer au grand jour l'objectif des autres parties, n'est coupable ni d'avoir comploté pour commettre ce crime ni d'avoir aidé et encouragé ces parties à le commettre".

⁹¹ Smith et Hogan, ci-dessus, note 30, aux pages 158 et 159.

En outre, le policier qui travaille comme agent d'infiltration et qui incite l'auteur principal de l'infraction à commettre celle-ci ne devrait pas pouvoir invoquer la défense fondée sur le "dépistage des actes criminels"⁹². En effet, la doctrine de la provocation policière vise également la responsabilité pénale secondaire pour toute incitation à commettre un acte criminel qui est en fait commis. Les infractions inchoatives que sont le fait de conseiller à l'infracteur de commettre l'infraction et de l'inciter à le faire sont aussi au nombre des activités interdites par la doctrine de la provocation policière si, par l'expression, on entend le fait d'influencer une personne et de l'amener à commettre un crime qu'elle n'aurait pas autrement perpétré. Par conséquent, si on veut que la loi reste cohérente, il ne devrait y avoir aucune immunité pour ceux qui incitent à commettre le crime qui est effectivement perpétré par l'infracteur principal ou ceux qui tentent d'influencer l'infracteur et de l'amener à commettre le crime même si celui-ci n'est pas perpétré. Il serait certes curieux d'accorder un arrêt des procédures à ceux qui ont été incités à commettre l'acte criminel et de prévoir une défense expresse grâce à laquelle ceux qui ont incité l'infracteur se voient disculpés. Étant donné que l'incitation à commettre un acte criminel a un sens large dans le droit pénal canadien et qu'on ignore comment le paragraphe 21 (3) de la législation projetée sera appliqué, il serait préférable de prévoir une défense fondée sur le "dépistage des actes criminels" qui disculpe la personne qui, parce qu'elle a incité l'inculpé à commettre l'infraction, est un complice et de blanchir l'infraction inchoative commise par l'agent d'infiltration qui se contente de fournir à l'accusé l'occasion de perpétrer l'acte criminel (article 464 du Code criminel), sans tenter d'influencer son état d'esprit.

Je ne sais si la défense fondée sur le "dépistage des actes criminels" devrait aussi disculper ceux qui participent aux actes criminels en

⁹²Si, en raison de cette incitation, l'auteur principal de l'infraction pourrait se prévaloir, avec succès, de la défense de provocation policière.

encourageant les infracteurs à agir. J'estime que l'on devrait débattre de cette question plus à fond, de façon à examiner les problèmes d'intérêt public qui y sont associés. J'aurais tendance à penser que cette défense devrait aussi disculper celui qui est complice de l'infraction en encourageant l'infracteur à passer aux actes.