

LÉGITIME DÉFENSE ET THÉORIE

François Lareau

Thèse déposée à
l'École des études supérieures et de recherche
en vue de l'obtention de la maîtrise en droit

Université d'Ottawa/University of Ottawa

© François Lareau, Ottawa, Canada, 1992

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION

1. Complexité du sujet.....	1
2. Délimitation du sujet et perspectives de la thèse.....	2
3. Concept général de l'infraction; analyse de l'acceptation de ce concept en droit canadien.....	8
4. Bref historique de la légitime défense.....	33
5. Plan de la thèse.....	51

PREMIÈRE PARTIE

LÉGITIME DÉFENSE ET JUSTIFICATION.....	52
CHAPITRE I - Les fondements philosophiques de la légitime défense comme justification.....	52
Section I - Le droit naturel.....	53
Section II - La théorie de justice absolue : "le droit n'a pas à reculer devant l'injustice".....	65
Section III - La comparaison des intérêts juridiques en conflit.....	70

Chapitre II - Les conditions d'exercice de la légitime défense	75
Section I - L'attaque illicite.....	76
Paragraphe 1 - L'attaque.....	76
A. Théorie.....	76
B. <i>Code criminel et Projet de code pénal</i>	82
Paragraphe 2 - L'illicéité.....	89
A. Théorie.....	89
B. <i>Code criminel et Projet de code pénal</i>	90
Section II - Un acte de défense nécessaire.....	99
Paragraphe 1 - Théorie.....	99
Paragraphe 2 - <i>Code criminel et Projet de code pénal</i> ..	104
Section III - La proportionnalité entre la défense et l'attaque.....	109
Paragraphe 1 - Théorie.....	109
Paragraphe 2 - <i>Code criminel et Projet de code pénal</i> ..	112
Section IV - La personne doit avoir agi pour se défendre, pour repousser l'attaque ou prévenir celle-ci.....	117
Paragraphe 1 - Théorie.....	117
Paragraphe 2 - <i>Code criminel et Projet de code pénal</i> ...	126

Chapitre III - La légitime défense putative.....	127
Section I - Sens de l'expression "légitime défense putative"	128
Section II - Bref historique de la légitime défense putative.....	130
Section III - Droit canadien.....	135
Section IV - La légitime défense putative peut-elle être une justification?.....	145

DEUXIÈME PARTIE

LÉGITIME DÉFENSE ET EXCUSE..... 157

Chapitre I - Les situations d'erreur.....	157
Section I - Brève analyse comparative de la légitime défense putative.....	158
Section II - Les solutions à la légitime défense putative.....	174
Paragraphe 1 - La négation de l'intention.....	175
Paragraphe 2 - L'approche du blâme.....	181
Paragraphe 3 - L'approche du <i>Projet de code pénal</i>	184
Section III - Évolution possible du droit canadien sur l'erreur déraisonnable dans le cas du meurtre.....	189
Paragraphe 1 - L'approche de la négation de l'intention.....	190

Paragraphe 2 - L'approche du blâme.....	193
Section IV - L'erreur de droit et l'ignorance de la loi.....	199
Chapitre II - Force excessive due à la peur ou au désarroi...	205
Chapitre III - "Syndrome de la femme battue" et situations de non-confrontation	222
Section I - Critique de certains aspects de la décision du juge Wilson dans l'arrêt <i>Lavallee</i>	228
Paragraphe 1 - L'omission de considérer le par. 34(1)..	228
Paragraphe 2 - Traitement de la notion de l'attaque au par. 34(2).....	234
Paragraphe 3 - Réflexions à partir des critiques.....	243
Section II- Les situations de non-confrontation ne peuvent être justifiées.....	246
Section III - Solution possible pour les cas de non-confrontation.....	261
CONCLUSION.....	267
Annexe "A". - Dispositions diverses mentionnées aux notes	280
TABLE DE LOIS, PROJETS DE LOIS ET TRAITÉS	294
TABLE DE JURISPRUDENCE.....	301

BIBLIOGRAPHIE..... 308

LISTE DES PRINCIPALES ABRÉVIATIONS

A.C.....	Law Reports, Appeal Cases (Angleterre)
A.D.2d.....	New York Supreme Court Appellate Division Reports, 2d Series (N.Y.)
Adel. L.R.....	Adelaide Law Review
al.....	alinéa
A.L.R.....	Australian Law Reports
Alta. L.Rev.....	Alberta Law Review
Alta. S.C. App.Div.....	Alberta Supreme Court Appellate Division
Am.J.Comp.Law.....	American Journal of Comparative Law
Am.J.Crim.Law.....	American Journal of Criminal Law
Am.J.Juris.....	American Journal of Jurisprudence
Am.J. Legal Hist.....	American Journal of Legal History
Am.Univ.L.R.....	American University Law Review
Ann.Sur.Am.L.....	Annual Survey of American Law
Anon.....	Anonymous
A.R.....	Atlantic Reporter
art.....	article
Aust.L.J.....	Australian Law Journal
B.C.Co.Ct.....	British Columbia County Court
B.G.H.St.....	<i>Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen</i> (Arrêts de la Cour fédérale de justice en matière pénale)
Boston College L.Rev.....	Boston College Law Review
Buttwerworth's S.Afr.L.Rev.	Buttwerworth's South African Law Review
B.Y.U.L.Rev.....	Brigham Young University Law Review
C.....	"Command" ("Command Papers")
c.....	contre ou "Command" ("Command Papers") ou chapitre
C.A.....	Cour d'appel
C.A. Alb.....	Cour d'appel de l'Alberta
C.A. C.-B.....	Cour d'appel de la Colombie- Britannique
Calif.L.Rev.....	California Law Review
Camb.L.J.....	Cambridge Law Journal

can.....	canon
Can.J.Fam.L.....	Canadian Journal of Family Law
C.A. Ont.....	Cour d'appel de l'Ontario
C.A. Man.....	Cour d'appel du Manitoba
C.A.Q.....	Cour d'appel du Québec
C.C.C.....	Canadian Criminal Cases
C.C.R.....	Crown Cases Reserved (Angleterre)
C.cr.....	Code criminel
C.I.L.S.A.....	Comparative and International Law Journal of South Africa
C.L.R.....	Commonwealth Law Reports (Australie)
col.....	colonne
Colum.L.Rev.....	Columbia Law Review
Conn.J.Int.L.....	Connecticut Journal of International Law
Cour supr. N.-B.....	Cour suprême du Nouveau-Brunswick
Cox C.C.....	Cox Criminal Cases (Angleterre)
C.R.....	Criminal Reports
Cr.App.R.....	Criminal Appeal Reports (Angleterre)
C.R.D.....	Commission de réforme du droit du Canada
Crim.L.J.....	Criminal Law Journal
Crim.L.Q.....	Criminal Law Quaterly
Crim.L.R.....	Criminal Law Review
C.R.N.S.....	Criminal Review New Series
Cro. Car.....	Croke (Recueil de jurisprudence d'Angleterre)
C.S.C.....	Cour suprême du Canada
dir.....	directeur de l'édition
D.P.P.....	Director of Public Prosecutions
Duquesne U.L.Rev.....	Duquesne University Law Review
E.R.....	English Reports
et al.....	et autres
Geo.....	Georges
Georgia L.Rev.....	Georgia Law Review
Golden Gate U.L.Rev.....	Golden Gate University Law Review
Harv. C.R.-C.L. L.Rev.....	Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review
Harv.L.Rev.....	Harvard Law Review
Harv. Women L.J.....	Harvard Women's Law Journal
Hastings L.J.....	Hastings Law Journal
H.C.....	House of Commons
H.C.J. Ont.....	High Court of Justice de l'Ontario
H.C. of A.....	High Court of Australia
Hen.....	Henry
H.L.....	House of Lords
H.M.S.O.....	Her Majesty's Stationery Office

Ind.L.J.....	Indiana Law Journal
Int.Comp.L.Q.....	International and Comparative Law Quarterly
I.R.....	Irish Law Reports
Israel L. Rev.....	Israel Law Review
J.C.L.....	Journal of Criminal Law
J.Crim.Just.....	Journal of Criminal Justice
J.Crim.L. & Crim.....	Journal of Criminal Law and Criminology
J.E.....	Jurisprudence Express
Jour.Comp.Leg.....	Journal of the Society of Comparative Legislation
Kan.L.Rev.....	Kansas Law Review
K.B.....	King's Bench
Ky.L.J.....	Kentucky Law Journal
Law & Contemp.Prob.....	Law & Contemporary Problems
Lew.....	Lewin (Recueil de jurisprudence d'Angleterre)
L.G.D.J.....	Librairie générale de droit et de jurisprudence
Loy.L.A.Int'l & Comp.L.J..	Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Journal
Loy.L.A.L.Rev.....	Loyola University of Los Angeles Law Review
L.Q.R.....	Law Quarterly Review
L.R.C.....	Lois révisées du Canada
Man.L.J.....	Manitoba Law Journal
McGill L.J.....	McGill Law Journal
Mich.L.Rev.....	Michigan Law Review
M.L.R.....	Modern Law Review
Monash U.L.Rev.....	Monash University Law Review
Moo. C.C.....	Moody's English Crown Cases Reserved (1824-44)
N.D.....	North Dakota
N.E.2d.....	Northeastern Reporter, Second Series
N.Ir. Legal Q.....	Northern Ireland Law Quarterly
N.J.....	New Jersey
No.....	numéro
no.....	numéro
N.R.....	National Reporter
N.S. Prov. Ct.....	Nova Scotia Provincial Court
N.S.R.....	Nova Scotia Reports
N.S.S.C. App. Div.....	Nova Scotia Supreme Court Appellate Division

N.Y.2d.....	New York Court of Appeals Reports, Second Series
N.Y.S.2d.....	New York Supplement Second Series
N.W.....	North Western Reporter
N.W.T.R.....	Northwest Territories Reports
N.W.T.S.C.....	North West Territory Supreme Court
N.-Z.....	Nouvelle-Zélande
N.Z.L.J.....	New Zealand Law Journal
O.A.C.....	Ontario Appeal Cases
Ont. Ct. (Gen. Div.).....	Ontario Court (General Division)
Ont. Dist. Ct.....	Ontario District Court
O.R.....	Ontario Reports
Oreg.L.Rev.....	Oregon Law Review
Ottawa L.Rev.....	Ottawa Law Review
Oxford J. Legal Stud.....	Oxford Journal of Legal Studies
P.2d.....	Pacific Reporter Second Series
par.....	paragraphe
P.C.....	Privy Council
P.L.....	Projet de loi
pp.....	pages
P.U.F.....	Presses Universitaires de France
Q.A.C.....	Quebec Appeal Cases
Q.B.....	Queen's Bench ou Law Reports, Queen's Bench
Q.B.D.....	Queen's Bench Division
R.....	La Reine ou Le Roi
R.C.S.....	Recueil des arrêts de la Cour suprême
R.D.P.C.....	Revue de droit pénal et de criminologie
R. du B. can.....	Revue du Barreau canadien
R.H.D.....	Revue historique de droit français et étranger
R.I.C.P.T.....	Revue internationale de criminologie et de police technique
R.I.D.P.....	Revue internationale de droit pénal
R.J.T.....	Revue juridique Thémis
R.S.C.....	Revue de science criminelle et de droit pénal comparé
R.S.F.R.R.....	République Socialiste Fédérative Soviétique de Russie
R.T.N.U.....	Recueil des traités des Nations- Unies
R.-U.....	Royaume-Uni
Rutgers-Camden L.J.....	Rutgers-Camden Law Journal
Rutgers L.J.....	Rutgers Law Journal

Sask.R.....	Saskatchewan Reports
S.C.....	Statuts du Canada ou Supreme Court
s.....	siècle
sér.....	série
sess.....	session
So.Afr.L.J.....	South African Law Journal
So.Cal.L.Rev.....	Southern California Law Review
Sol.Jo.(Eng.).....	Solicitors Journal
S.Prov.C.....	Statuts provinciaux du Canada (Statuts de la Province du Canada)
S.R.C.....	Statuts révisés du Canada
ss.....	suivantes
Stanford L.Rev.....	Stanford Law Review
St.Louis U.L.J.....	Saint Louis University Law Journal
Supreme Court L.R.....	Supreme Court Law Review
Sydney L.Rev.....	Sydney Law Review
t.....	tome
trad.....	traduit
U.B.C. L.Rev.....	University of British Columbia Law Review
U.Chi.L.Rev.....	University of Chicago Law Review
U.C.L.A. Law Rev.....	University of California Los Angeles Law Review
U.N.B.L.J.....	University of New Brunswick Law Journal
U. of P.L.Rev.....	University of Pennsylvania Law Review
U.S.....	United States Supreme Court Reports
Utah L.Rev.....	Utah Law Review
U.T.Fac.L.Rev.....	University of Toronto Faculty of Law
U.Tasm.L.Rev.....	University of Tasmania Law Review
Vict.....	Victoria
Virg.L.R.....	Virginia Law Review
vol.....	volume
V.R.....	Victorian Reports (Australie)
Wake For.L.Rev.....	Wake Forest Law Review
Wash.....	Washington
Washington and Lee L.Rev..	Washington and Lee Law Review
Wayne L.Rev.....	Wayne Law Review
W.C.B.....	Weekly Criminal Bulletin
Whittier L.Rev.....	Whittier Law Review
W.L.R.....	Weekly Law Reports (Angleterre)
Wm. Bl.....	William Blackstone (recueil de jurisprudence d'Angleterre)
W.W.R.....	Western Weekly Reports (Canada)

Yale L.J.....	Yale Law Journal
Y.C.A.....	Yukon Court of Appeal
Y.R.....	Yukon Reports

INTRODUCTION

"Le droit de vivre se
mesure au droit de tuer".
M. Foucault¹

1. **Complexité du sujet.** Colvin affirme que "The Law of justified force in defence of the person is a mess²". Bien malin, l'avocat ou le citoyen qui peut expliquer de mémoire les dispositions de notre *Code criminel*³ sur la défense de la personne ou des biens! Même les juges trouvent le droit sur la légitime défense difficile : "L'une des difficultés les plus sérieuses à laquelle a à faire face le juge instruisant un jury est d'exposer la loi quant à la légitime défense et à la relier aux faits mis en preuve⁴". Une personne qui est illégalement

-
1. Citation dans J. RÉGNIER, *L'État est-il maître de la vie et de la mort?*, Paris, Centurion, 1983, p. 5.
 2. E. COLVIN, *Principles of Criminal Law*, 2e éd., Toronto, Carswell, 1991, p. 221.
 3. L.R.C. 1985, c. C-46.
 4. *Bélanger c. La Reine, Bélanger c. La Reine*, (13 janvier 1983), Québec, no 200-10-000083-811 (C.A.Q.), p. 1 (juge Bisson; juge Turgeon souscrivant), résumé à J.E. 83-166. Dans l'arrêt *Martin c. R.*, (1985) 47 C.R. (3d) 342 (C.A.Q.), p. 354, le juge Rothman, au nom de la Cour, écrit : "I am aware that the legal distinctions on this subject are not easy to describe in clear and simple terms and the case law

attaquée et tue son assaillant en se défendant, a la possibilité, peut-être, de plaider, en défense, trois dispositions⁵ du C.cr., une quatrième si elle essayait, en plus, de prévenir⁶ une infraction et même une cinquième, si l'homicide avait eu lieu alors qu'elle tentait d'effectuer une arrestation⁷. Comme l'explique le juge Martin :

The sections of the Code authorizing the use of force in defence of a person or property or to prevent the commission of certain serious crimes overlap, and the use of force in particular circumstances may be justified under more than one section⁸.

2. Délimitation du sujet et perspectives de la thèse.

Cette thèse ne concerne que la légitime défense et les principaux problèmes théoriques qu'elle soulève. Notre travail se veut avant tout une réflexion à l'aide d'une nouvelle structure de l'infraction afin d'offrir une meilleure compréhension théorique de ce moyen de défense. Nous entendons par l'expression "légitime défense", à la fois la légitime défense de soi-même ainsi que celle d'une tierce personne. Notre *Code criminel*

on this subject is complex".

5. Les par. 34(1) (légitime défense contre une attaque sans justification) et 34(2) (mesure de la justification) et l'art. 37 (le fait d'empêcher une attaque).
6. Art. 27 (recours à la force pour empêcher la perpétration d'une infraction) cité *infra*, Annexe "A", p. 287.
7. Voir les par. 25(1) (protection des personnes autorisées) et 25(3) (quand une personne n'est pas protégée) et l'al. 494(1)a) (arrestation sans mandat par quiconque).
8. R. c. *Baxter*, (1975) 27 C.C.C. (2d) 96 (C.A. Ont.), p. 113.

traite de la légitime défense aux art. 34 à 37 sous l'intertitre "Défense de la personne", peut-être⁹ au par. 232(4) portant sur la "mort au cours d'une arrestation illégale" et d'une façon accessoire dans d'autres dispositions portant sur la prévention des infractions et l'arrestation. La légitime défense est parfois traitée en droit anglais sous la rubrique de "private defence" par opposition à la "public defence" visant l'usage de la force pour défendre une personne lors de la prévention d'une infraction. C'est l'aspect "private defence" qui nous intéresse ici. Également, nous ne traiterons pas dans cette thèse de l'art. 35 portant sur la légitime défense contre une attaque qui a été provoquée, car cette disposition mérite un examen indépendant¹⁰. Nous nous bornerons donc, lors de l'examen des dispositions du *Code criminel*, aux art. 34 et 37 qui se lisent ainsi :

34. (1) [Légitime défense contre une attaque sans provocation] Toute personne illégalement attaquée sans provocation¹¹ de sa part est fondée à repousser

-
9. Sur cette question, voir *infra*, p. 91. Le texte du par. 232(4) est cité *infra*, Annexe "A", p. 289.
10. Pour des études théoriques sur la légitime défense contre une attaque qui a été provoquée, voir M. GUR-ARYE, *Actio Libera in Causa*, Jerusalem, Hebrew University of Jerusalem, 1984; J. HERRMANN, "Causing the Conditions of One's Own Defense: The Multifaceted Approach of German Law", [1986] *B.Y.U.L.Rev.* 747; P.H. ROBINSON, "Causing the Conditions of One's Own Defense: A Study in the Limits of Theory in Criminal Doctrine", (1985) 71 *Virg.L.Rev.* 1.
11. Selon l'art. 36, la provocation comprend "celle faite par des coups, des paroles ou des gestes". L'art. 37, contrairement à l'art. 34, ne prévoit pas expressément qu'il s'agit d'une attaque sans provocation. Nous pouvons cependant prétendre qu'il s'agit d'une attaque sans provocation puisque cette situation est expressément prévue

la violence par la violence si, en faisant usage de violence, elle n'a pas l'intention de causer la mort ni des lésions corporelles graves et si la violence n'est pas poussée au-delà de ce qui est nécessaire pour lui permettre de se défendre.

(2) [Mesure de la justification] Quiconque est illégalement attaqué et cause la mort ou une lésion corporelle grave en repoussant l'attaque est justifié si :

(a) d'une part, il la cause parce qu'il a des motifs raisonnables pour appréhender que la mort ou quelque lésion corporelle grave ne résulte de la violence avec laquelle l'attaque a en premier lieu été faite, ou avec laquelle l'assaillant poursuit son dessein;

(b) d'autre part, il croit, pour des motifs raisonnables, qu'il ne peut pas autrement se soustraire à la mort ou à des lésions corporelles graves.

37. (1) [Le fait d'empêcher une attaque] Toute personne est fondée à employer la force pour se défendre d'une attaque, ou pour en défendre toute personne placée sous sa protection, si elle n'a recours qu'à la force nécessaire pour prévenir l'attaque ou sa répétition.

(2) [Mesure de la justification] Le présent article n'a pas pour effet de justifier le fait d'infliger volontairement un mal ou un dommage qui est excessif, eu égard à la nature de l'attaque que la force employée avait pour but de prévenir.

Nous aborderons l'étude de la légitime défense dans une triple perspective.

Premièrement, et c'est concrètement l'aspect le plus important, la réforme du droit est celle qui a retenu notre attention. Il en sera question tout au cours de ce travail. Notons immédiatement que la Commission de réforme du droit du

Canada¹², après une étude préliminaire¹³ sur la légitime défense, a proposé dans son rapport sur un projet d'un code pénal, *Pour une nouvelle codification du droit pénal*¹⁴, que la légitime défense soit gouvernée en partie par la recommandation suivante :

3(10) Défense de la personne

a) **Règle générale.** Nul n'est responsable si, afin de se protéger ou de protéger autrui contre l'emploi illégal de la force, il emploie la force raisonnablement nécessaire pour éviter le préjudice corporel ou la douleur qu'il appréhende¹⁵.

Nous aurons l'occasion au cours de ce travail de commenter cette recommandation de la C.R.D. ainsi que d'autres dispositions de son *Projet de code pénal*.

Deuxièmement, les problèmes théoriques de la légitime défense n'ont pas de frontières, car "the questions that arise in

12. Ci-après C.R.D.

13. C.R.D., *Droit pénal : Partie générale - responsabilité et moyens de défense*, document de travail 29, Ottawa, Ministère des Approvisionnement et Services Canada, 1982, pp. 114-123 [ci-après *Droit pénal : Partie générale*]. Pour une critique, voir G.S. GARNEAU, "The Law Reform Commission of Canada and the Defence of Justification", (1983) 26 *Crim.L.Q.* 121.

14. C.R.D., *Pour une nouvelle codification du droit pénal*, Rapport 31, Ottawa, Commission de réforme du droit du Canada, 1987 [ci-après *Projet de code pénal*].

15. Nous n'étudierons pas l'al. 3(10)b) qui se lit : "Exception: application de la loi. Cette disposition ne s'applique pas lorsque l'accusé emploie la force contre une personne pouvant raisonnablement être identifiée comme un agent de la paix exécutant un mandat d'arrestation, ou contre toute personne présente et agissant sous l'autorité de ce dernier". Le par. 1(2) définit le "préjudice corporel" comme une "altération permanente ou temporaire du corps ou de ses fonctions".

assessing liability for crime are universal¹⁶". L'étude du droit comparé a joué un rôle très important dans notre travail. Nous avons donc puisé dans le droit anglais, allemand, autrichien, canonique, français, suisse et autres lorsque les solutions étrangères étaient susceptibles d'éclairer les questions étudiées.

Troisièmement, pour analyser la plupart des problèmes théoriques de la légitime défense, nous avons adopté la théorie tripartite de l'infraction, théorie à laquelle nous adhérons. À ce sujet, quelques observations s'imposent immédiatement.

Cette théorie, d'origine allemande¹⁷ mais d'une influence mondiale, a été introduite et soutenue en Amérique du Nord dans de nombreux écrits par le professeur George P. Fletcher¹⁸. Elle¹⁹ exprime un concept général de l'infraction

-
16. G.P. FLETCHER, "Criminal Theory as an International Discipline: Reflections on the 1984 Freiburg Workshop", (1985) 4 *Criminal Justice Ethics* 60 [ci-après "Criminal Theory"].
17. Voir W.C. DURHAM, *Compte rendu : Rethinking Criminal Law*, [1979] *Utah L.Rev.* 628.
18. L'oeuvre principale de Fletcher demeure *Rethinking Criminal Law*, Boston, Little, Brown, 1978 [ci-après *Rethinking*]. E. COLVIN, "Exculpatory Defences in Criminal Law", (1990) 10 *Oxford J. Legal Stud.* 381, p. 382, écrit : "much of the recent writing in the area [of exculpatory defences] either builds on Fletcher's ideas or sets out to criticize them".
19. Toute théorie pénale a évidemment ses opposants et ses partisans. Voir par exemple : J. QUIGLEY, "The Common Law's Theory of Criminal Liability: A Challenge From Across The Atlantic", (1989) 11 *Whittier L.Rev.* 479 (un opposant) et B.S. BYRD, "Wrongdoing and Attribution: Implications Beyond the Justification-Excuse Distinction", (1987) 33 *Wayne L.Rev.* 1289 (une partisane) [ci-après "Wrongdoing and Attribution"]. Byrd ne partage cependant pas toutes les

composé de trois éléments. Les notions de justification et d'excuse jouent un rôle primordial dans certains de ces éléments. Notons que la distinction théorique entre la justification et l'excuse telle qu'expliquée par Fletcher date de 1906²⁰.

La théorie tripartite de l'infraction est sans égale pour discuter des problèmes de droit pénal. Les notions de justification et d'excuse de cette théorie permettent d'analyser toutes les situations susceptibles d'être qualifiées de situations de défense de la personne ou d'autrui. Dans la première partie de notre étude, nous examinerons donc certains problèmes de la légitime défense reliés à la notion de la justification, puis, dans la deuxième partie, certains problèmes se rapportant à la notion de l'excuse.

Mais avant d'énoncer les sujets choisis, deux points préliminaires essentiels doivent retenir notre attention dans cette introduction.

L'importance accordée aux notions de la justification et de l'excuse nécessite une explication de ces notions et, partant, du cadre théorique dont elles sont des éléments²¹. Il

idées de Fletcher.

20. Voir W. HASSEMER, "Justification and Excuse in Criminal Law: Theses and Comments", [1986] *B.Y.U.L.Rev.* 573 et A. ESER, "Justification and Excuse", (1976) 24 *Am.J.Comp.Law* 621.
21. COLVIN, "Exculpatory Defences in Criminal Law", *loc. cit.*, note 18, p. 381, souligne que "[...] throughout the common-law world, texts on criminal law have typically analysed individual defences in the absence of an overall theoretical framework or with a framework of minimal proportions".

faut également évaluer dans quelle mesure le droit canadien s'accorde avec ce cadre théorique. Nous examinerons donc, dans la prochaine section, la théorie tripartite de l'infraction et son degré d'acceptation en droit pénal canadien.

Deuxièmement, afin de mieux comprendre l'origine et les dispositions actuelles de notre *Code criminel*, un bref historique de la légitime défense pour l'homicide en droit anglais jusqu'à l'adoption du *Code criminel*, 1892²² et des modifications législatives s'impose. Au cours de notre travail, nous aurons l'occasion de revenir sur d'autres aspects²³ historiques de la légitime défense.

3. Concept général de l'infraction; analyse de l'acceptation de ce concept en droit canadien. Le concept général de l'infraction ou, encore, la théorie tripartite²⁴ de l'infraction²⁵, signifie premièrement que l'infraction comporte

22. S.C. 1891-92, c. 29.

23. Voir *infra*, notre section sur le droit naturel débutant à la p. 53 et notre section sur le bref historique de la légitime défense putative débutant à la p. 130.

24. FLETCHER, *Rethinking Criminal Law*, *op. cit.*, note 18, p. 552, utilise l'expression "three-tiered structure".

25. Sur le sujet, en plus de FLETCHER, *Rethinking*, *op. cit.*, note 18, voir : ESER, "Justification and Excuse", *loc. cit.*, note 20; W. NAUCKE, "An Insider's Perspective on the Significance of the German Criminal Theory's General System for Analyzing Criminal Acts", [1984] *B.Y.U.L.Rev.* 305; H.-H. JESCHECK, "Droit pénal - Procédure pénale", traduction et adaptation par A. Rieg, dans M. FROMONT et A. RIEG (dir.), *Introduction au droit allemand, Tome II, Droit public - Droit pénal*, Paris, Cujas, 1984, pp. 266-279 [ci-après "Droit pénal"] et "The Doctrine of *mens rea* in German criminal law - its historical background and present state",

trois²⁶ éléments ou conditions essentielles pour que l'action d'une personne soit punissable²⁷ et, deuxièmement, que ces éléments sont aménagés dans une structure progressive de synthèse et de logique. Ces deux propositions sont essentielles à la théorie.

Les trois éléments de cette théorie sont :

(1975) 8 C.I.L.S.A. 112 [ci-après "The Doctrine of mens rea"].

26. Certains auteurs allemands, par exemple A. ESER, "Reform of the Defences: A German View", article présenté à la conférence de The Society for the Reform of the Criminal Law: "Reform of the Criminal Law", Londres, 26-29 juillet 1987, ajoutent un quatrième élément qui s'oppose à la punissabilité d'un acte. Pour Eser, le quatrième élément serait les "special public policy prerequisites", par exemple la prescription qui peut être niée par le temps écoulé. Cette condition existe dans le droit canadien; les arrêts *R. c. Mack*, [1988] 2 R.C.S. 903 et *R. v. Scott*, [1990] 3 R.C.S. 979 établissent que le juge doit décider de la suspension d'instance pour un abus de procédure due à la provocation policière "après que les juges des faits ont déclaré l'accusé coupable à l'égard de tous les éléments essentiels de l'infraction" (juge Cory, au nom de la Cour à la majorité, dans l'arrêt *Scott*). Si le juge décide qu'il doit suspendre l'instance, il doit alors refuser d'inscrire un verdict de culpabilité. Sur le sujet, voir B.P. ARCHIBALD, "The Constitutionalization of the General Part", (1988) 67 *R. du B. can.* 403, pp. 411-412. Puisque ce quatrième élément ne concerne pas la culpabilité ou l'innocence de l'accusé, nous n'en dirons pas plus là-dessus.
27. C'est-à-dire pour que la personne soit coupable de l'infraction. La note suivante est le numéro 29.

premièrement²⁹, la réalisation des faits ou éléments constitutifs³⁰ de l'infraction par une action humaine; deuxièmement, l'illicéité³¹; troisièmement, le blâme³². Une justification exclut le deuxième élément, l'illicéité. Une excuse exclut le troisième élément, le blâme.

En bref, on pourrait définir ainsi l'infraction

29. L'expression allemande pour la première condition est : "Tatbestandsmäßigkeit". L'expression "typicité" est parfois utilisée en français.
30. Les faits ou éléments constitutifs sont appelés en anglais "prohibitory norm" ou "definition of the offence". Cette dernière expression est à éviter, car elle n'est qu'une partie de la définition générale de l'infraction.
31. Parfois appelée l'antijuridicité ou l'illégalité et en anglais, "wrongfulness" ou "unlawfulness"; l'expression allemande est "Rechtswidrigkeit". Nous entendons par "illicéité" ce qui est contraire au droit, en violation du droit ou illicite. Nous préférons l'expression "illicéité" à "illégalité", car le mot "illégal" ne désigne que ce qui est contraire à la loi. Pour des études approfondies mais non récentes de cette notion, voir J. DARBELLAY, *Théorie générale de l'illicéité, en droit civil et en droit pénal*, Fribourg (Suisse), Éditions Universitaires, 1955 et L. JIMENEZ DE ASUA, "L'antijuridicité", [1951] R.I.D.P. 273.
32. Parfois appelé faute, reproche de faute, imputabilité, culpabilité, *mens rea* normative, blâme juridique et en anglais "attribution", "guilt", "blameworthiness" ou "accountability". L'expression allemande est "Schuld". Nous préférons l'expression blâme, car on la retrouve déjà dans notre droit.

sanctionnée par une peine : une action humaine³³ qui réalise les faits constitutifs de l'infraction (premier élément), qui est illicite, c'est-à-dire contraire au droit (deuxième élément) et qui est reprochable ou blâmable (troisième élément). Voici comment Fletcher et Naucke décrivent respectivement cette façon de concevoir l'infraction :

[...] a set of three ordered questions bearing on criminal liability: (1) Did the suspect's act violate a valid norm of the criminal law? (2) Is the violation of the norm unlawful (unjustified)? (3) Is the actor personally accountable for the unlawful violation; that is, is the unlawful violation unexcused? A negative answer to any of these three questions terminates the inquiry into liability³⁴.

[...] the Straftatsystem provides a structure for analyzing the basic constituents of criminal liability: whether the relevant prohibitory norm has been violated, whether justificatory circumstances are present, and whether culpability or accountability is negated by pertinent excusing conditions³⁵.

Comme nous l'avons souligné, un point crucial de cette théorie est le caractère progressif de synthèse³⁶ ou d'analyse

-
33. Le terme est ici employé dans un sens large comprenant l'omission. On pourrait tout aussi bien employer les mots "comportement" ou "conduite".
34. G.P. FLETCHER, "Justification: Theory", dans S.H. KADISH (dir.), *Encyclopedia of Crime and Justice*, vol. 3, New York, Free Press, 1983, 941, p. 942.
35. NAUCKE, *loc. cit.*, note 25, p. 307. Celui-ci traduit à la p. 306 l'expression "Straftatsystem" par "the 'general system for structuring criminal analysis'".
36. NAUCKE, *ibid.*, explique qu'il est plus précis de décrire le Straftatsystem comme un effort de synthèse plutôt que d'analyse "since the key function is to bring together the various constituents of liability and the wider values that shape our thought about criminal norms, justifications, and

des éléments. Avant de considérer le deuxième élément, il faut avoir déterminé la présence du premier dans le comportement à l'étude. Avant d'examiner le troisième, les deux premiers doivent avoir été établis.

Analysons brièvement chacun de ces trois éléments. Le premier élément consiste en l'action d'une personne qui réalise les faits constitutifs d'une infraction spécifiée par la loi. Il doit y avoir correspondance entre le comportement de l'accusé et le texte de loi qui décrit l'infraction³⁷. Cette exigence découle du principe de la légalité, *Nullum crimen, nulla poena sine lege*³⁸. Dans les codes pénaux modernes, les faits

excuses in a structured methodology for resolving particular cases". Naucke convient cependant qu'il est cependant plus facile pour l'avocat américain de concevoir le *Stratatsystem* comme un système d'analyse, car "[...] Americans tend to use the term 'analysis' indiscriminately to cover both the 'breaking down' (analytic) and the 'gathering together' (synthetic) aspects of the process of reasoning used in deciding cases".

37. NAUCKE, *loc. cit.*, note 25, p. 311, traduit l'expression "Tatbestandsmäßigkeit" par "the state or condition of fulfilling the defined elements of a criminal offense". Le professeur Jean Gauthier de l'Université de Lausanne dans une lettre qu'il nous a adressée le 28 mai 1991 écrit : "La 'Tatbestandsmäßigkeit' désigne le fait qui réalise les éléments constitutifs d'une infraction définie par la loi pénale". P. LOGOZ, *Commentaire du Code Pénal Suisse, Partie Générale*, 2e éd. mise à jour avec la collaboration de Y. Sandoz, Neuchâtel, Delachaux & Niestlé, 1976, p. 59, parle de cet élément comme "[...] un comportement humain spécifié par la loi [...]".
38. Ce principe est reconnu à l'al. 6(1)b) (présomption d'innocence) et à l'art. 9 (les infractions criminelles doivent tomber sous le coup de la loi canadienne) du C.cr. ainsi qu'à l'art. 11 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, Partie 1 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, constituant l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (R.-U.), 1982, c. 11 [ci-après *Charte*].

constitutifs de l'infraction sont décrits par le législateur dans la Partie spéciale³⁹ du code. Les faits constitutifs de l'infraction comprennent à la fois ce qu'un avocat de la common law appellerait l'*actus reus* ou élément matériel de l'infraction, soit un état de choses (une conduite, des circonstances ou des conséquences) et la *mens rea* descriptive ou l'élément moral de l'infraction (par exemple : l'intention ou l'insouciance⁴⁰).

Ainsi les faits constitutifs de l'une des définitions de l'infraction de voies de fait au *Code criminel*⁴¹ sont : "[...] quiconque [...] d'une manière intentionnelle, emploie la force directement ou indirectement, contre une autre personne sans son consentement⁴²". Notre *Code criminel* ne prévoit pas toujours la *mens rea* descriptive applicable à l'infraction incriminée. Les

-
39. La Partie générale des codes pénaux modernes comprend généralement une disposition sur la *mens rea* descriptive applicable aux infractions de la Partie spéciale, par exemple, l'art. 18, al. 1 de la Partie générale du *Code pénal suisse* dans *Les Codes pénaux européens, Nouvelle Collection du Comité de législation étrangère et de droit international*, t. 4, Paris, Centre français de droit comparé, 1971, p. 1923, dispose : "Sauf disposition expresse et contraire de la loi, est seul punissable celui qui commet intentionnellement un crime ou un délit".
40. Ainsi, si une personne tue intentionnellement une autre personne et les faits constitutifs d'une infraction dans la Partie spéciale prévoient : "Quiconque intentionnellement tue une autre personne est puni par [...]", la personne a réalisé les faits constitutifs de l'infraction. Il est inutile dans la Partie spéciale d'un code de répéter à chaque définition d'infraction que la personne "commet une infraction", cela va de soi, tout comme on n'écrit pas "tél." avant chaque numéro dans un annuaire téléphonique.
41. L'al. 266a).
42. Al. 265(1)a) du C.cr.; le par. 265(1) est cité *infra*, Annexe "A", p. 288.

tribunaux ont élaboré des règles supplétives de *mens rea* descriptive, soient l'intention, l'insouciance ou l'aveuglement volontaire⁴³.

L'illicéité constitue le deuxième élément de cette structure tripartite de l'infraction. L'illicéité est la conclusion objective⁴⁴ suivante : l'acte qui réalise les faits constitutifs de l'infraction est illicite ou contraire au droit. Une personne qui réalise les faits constitutifs agit illicitement ou contrairement au droit sauf si elle a une justification⁴⁵. Fletcher écrit qu'une justification "is interposed to challenge the wrongfulness of conduct satisfying the definition of the offense"⁴⁶ et "concerns the rightness, or at least the legal permissibility, of an act that nominally violates the law"⁴⁷.

-
43. Voir les arrêts : *R. c. MacCannel*, (1980) 54 C.C.C. (2d) 188 (C.A. Ont.), pp. 192-193; *R. c. Buzzanga and Durocher*, (1979), 49 C.C.C. (2d) 369 (C.A. Ont.), p. 381; *R. c. La Corporation de la ville de Sault Ste-Marie*, [1978] 2 R.C.S. 1299, pp. 1309-1310; *R. c. Vaillancourt*, [1987] 2 R.C.S. 636, pp. 652-653.
44. Voir ESER, "Justification and Excuse", *loc. cit.*, note 20, p. 626.
45. FLETCHER, *Rethinking Criminal Law*, *op. cit.*, note 18, pp. 576-577 est plus nuancé : "Justified conduct in violation of the definition is not wrongful, but neither is it perfectly legal, as is conduct that falls outside the scope of the definition. This type of harmful conduct might, for example, support tort liability for the harm done".
46. FLETCHER, *id.*, p. 563. Il faut ici interpréter "wrongfulness" comme "l'illicéité".
47. FLETCHER, "The Right and The Reasonable", [1985] *Harv.L.Rev.* 949, p. 954 [ci-après "The Right"]. FLETCHER, *Rethinking*, *op. cit.*, note 18, p. 564, soutient : "One is permitted to kill or injure another in self-defense, but never required to do so". Pour D.N. HUSAK, "Justification and the Criminal Liability of Accessories", (1989) 80 *J.Crim.L. & Criminology*

Une cause justificative⁴⁸ exclut donc l'illicéité qui découle de la réalisation des faits constitutifs de l'infraction. La formule qui explique le mieux le rapport entre les deux premiers éléments est celle de la règle et de l'exception ("rule-exception formula"⁴⁹) : une action qui réalise les faits constitutifs d'une infraction est illicite sauf s'il y a une justification. On ne peut effectivement arriver à la conclusion que l'acte est illicite ou contraire au droit, si l'accusé a une justification reconnue par le droit. L'illicéité est donc "[...] un élément autonome du concept de l'infraction, à côté des faits constitutifs de la loi⁵⁰".

Nous avons déjà souligné l'importance du caractère progressif de synthèse ou d'analyse des éléments de cette théorie. L'illicéité peut être considérée seulement si le premier élément a été prouvé. Il est inutile de considérer la

491, p. 504, une justification "is better identified with the permissible than with the commendable". Pour un aperçu de la terminologie employée pour décrire la notion de justification, voir J. DRESSLER, "New Thoughts About The Concept Of Justification In The Criminal Law: A Critique of Fletcher's Thinking and Rethinking", (1984) 32 *U.C.L.A. Law Rev.* 61, p. 68 [ci-après "New Thoughts"].

48. Sur la notion de justification, voir HASSEMER, *loc. cit.*, note 20; BYRD, "Wrongdoing and Attribution", *loc. cit.*, note 19; ESER, "Justification and Excuse", *loc. cit.*, note 20; T. LENCKNER, "The Principle of Interest Balancing as a Basis of Justification", [1986] *B.Y.U.L.Rev.* 645.

49. E. BINANVINCE, "The Doctrine of Mens Rea in Germany", dans *Travaux du quatrième colloque international de droit comparé*, Ottawa, Éditions de l'Université d'Ottawa, 1967, 143, p. 144. M. Binavince est un ancien professeur de droit pénal à l'Université d'Ottawa.

50. JESCHECK, *loc. cit.*, note 25, p. 267.

légitime défense à une accusation de voies de fait, si la preuve n'a pas démontré la présence des faits constitutifs de cette infraction; il n'y a alors, en effet, rien d'illicite, rien à justifier. Un acte illicite ou contraire au droit dans l'analyse de l'infraction est donc celui qui réalise les faits constitutifs de l'infraction et qui n'est pas justifié par une justification⁵¹.

Jescheck explique que "Dans la notion d'illicéité se trouve [...] inclus le jugement de valeur de l'ordre juridique sur l'acte⁵²" et que "L'illicéité répond à la question de savoir à quelles conditions un acte contredit l'ordre juridique [...] ⁵³".

Hassemer explique qu'une justification "is commonly associated with generalized/objective factors⁵⁴" mais celui-ci ajoute avec justesse que ce critère perd de son utilité lorsque

-
51. FLETCHER, *Rethinking Criminal Law*, *op. cit.*, note 18, p. 515, définit un "wrongful act" comme "one that satisfies the definition of the offense and that is unjustified". Les deux premiers éléments sont parfois regroupés dans la doctrine par les expressions françaises de "l'injuste" ou de "l'illicite".
52. JESCHECK, "Droit pénal", *loc. cit.*, note 25, p. 267. Sur la notion de "l'ordre juridique, voir F. VON LISZT, *Droit pénal allemand*, t. 1, *Introduction - Partie générale*, trad. par R. Lobstein, Paris, Giard & Briere, 1911, p. 96 [ci-après "LISZT"].
53. JESCHECK, *id.*, p. 271. Nous aurions plutôt employé ici l'expression "l'illicite" comme regroupant les deux premiers éléments plutôt que "l'illicéité". Voir *supra*, note 51.
54. HASSEMER, *loc. cit.*, note 20, pp. 591-593.

la structure interne de la justification est analysée⁵⁵. Une conséquence⁵⁶ importante découle de la notion de justification. Fletcher affirme que les "Claims of justification lend themselves to universalization⁵⁷". Fletcher explique le raisonnement ainsi:

They [claims of justification] extend to anyone aware of the circumstances that justify the nominal violation of the law. If the threatened victim may justifiably defend himself against unlawful aggression, then others in a position to do so may justifiably intervene on his behalf. This feature of universality follows from the justification's rendering the violation right and proper⁵⁸.

Une tierce personne peut donc aider un individu qu'elle sait être justifié et être elle-même justifiée.

Une fois que les deux premiers éléments sont présents, il faut aussi l'existence d'un blâme ou d'un reproche de faute pour que l'acte illicite soit punissable. Ce troisième élément, le blâme, est exclu par une excuse. Fletcher explique ainsi l'élément de blâme, qu'il appelle "attribution" :

"[attribution] ...refer[s] to the judgment that a

55. Comme nous le verrons *infra*, p. 117, la personne qui invoque la légitime défense doit avoir agi pour se défendre, pour repousser l'attaque ou prévenir celle-ci.

56. Voir aussi *infra*, débutant à la p. 150.

57. FLETCHER, *Rethinking*, op. cit., note 18, pp. 761-762; contra HUSAK, *loc. cit.*, note 47. J.P. BISHOP, *Commentaries on the Criminal Law*, 7e éd., vol. 1, Boston, Little, Brown, 1882, p. 526, affirmait déjà au siècle dernier l'existence d'une doctrine générale sur le droit d'aider les autres en légitime défense : "The doctrine here is, that whatever one may do for himself he may do for another".

58. G.P. FLETCHER, "Excuse: Theory", dans *Encyclopedia of Crime and Justice*, op. cit., note 34, vol. 2, 724, p. 727.

particular individual may fairly be held accountable for his wrongdoing in violation of a legislative prohibition. The notion of excusing is the precise reciprocal of attribution; it is the judgment that the individual cannot be fairly held accountable⁵⁹.

Jescheck affirme que "dans le reproche de faute se trouve [...] inclus le jugement de valeur de l'ordre juridique sur l'auteur⁶⁰" et que ce troisième élément "répond à la question de savoir si l'auteur peut être rendu personnellement responsable de l'acte illicite⁶¹". Hassemer explique que la notion d'excuse est "commonly associated with individualized/subjective

-
59. FLETCHER, *Rethinking*, *op. cit.*, note 18, p. 578. JESCHECK, "Droit pénal", *loc. cit.*, note 25, p. 271, explique ainsi l'objet du blâme : "L'objet du reproche de faute est la défectuosité de la formation de la volonté, qui a conduit à la décision juridiquement désapprouvée". Selon nous, l'objet du blâme est donc l'exercice reprochable de la volonté; par exemple, il ne peut y avoir de reproche de faute ou de blâme juridique lorsque l'exercice de la volonté qui a conduit à l'acte illicite est celle d'un jeune enfant, d'une personne souffrant de désordre mental ou encore d'une personne agissant par contrainte.
60. JESCHECK, *id.*, p. 267. Jescheck, *ibid.*, explique ainsi la peine : "La peine représente une désapprobation publique de l'acte par la communauté juridique; elle est un mal que l'auteur a mérité pour avoir enfreint le droit [...] Du caractère mérité de la peine découle en outre l'élément de faute [blâme]".
61. *Id.*, p. 271. Sur le contenu de ce blâme juridique ou d'imputabilité, l'opinion suivante d'É. DASKALAKIS, *Réflexions sur la responsabilité pénale*, Paris, P.U.F., 1975, p. 33, nous semble très acceptable pour certaines excuses à une infraction intentionnelle : "L'imputabilité [...] a pour contenu le jugement défavorable à l'égard de l'auteur, consistant en ce que l'auteur aurait pu ne pas matérialiser sa volonté antisociale [par l'action illicite]. Il n'aurait pas dû manifester cette volonté, puisque l'homme moyen [dans les mêmes circonstances] aurait pu éviter cette manifestation".

factors⁶²".

Les excuses, contrairement aux justifications, ne concernent pas des normes qui visent les justiciables en général, mais plutôt les juges et les jurés :

Excuses derive from norms directed not to the public, but rather to legal officials, judges, and juries, who assess the accountability of those who unjustifiably violate the law⁶³.

L'excuse est personnelle : "Excuses [...] are personal and limited to the specific individual caught in the maelstrom of circumstances. This limitation derives from the required element of involuntariness in excused conduct⁶⁴". À l'opposé de la justification, une tierce personne ne peut aider un individu qui bénéficie d'une excuse et "emprunter" cette excuse pour sa propre défense.

Fletcher⁶⁵ donne deux explications⁶⁶ possibles de l'excuse. Chaque explication trouve son fondement dans une philosophie des peines. La première explication découle de la théorie de la rétribution :

62. HASSEMER, *loc. cit.*, note 20, p. 591. Hassemer critique cette opinion, pp. 591-593.

63. FLETCHER, "Excuse: Theory", *loc. cit.*, note 58, p. 728.

64. *Id.*, p. 727.

65. *Id.*, pp. 726-727.

66. Voir J. DRESSLER, "Foreword - Justifications and Excuses: A Brief Review of the Concepts and the Literature", (1987) 33 *Wayne L.Rev.* 1155, pp. 1165-1167, pour un bref aperçu des diverses théories.

A retributive theory of punishment insists that the actor deserves punishment only if he is personally accountable for violating the law. The assumption is that no one is accountable for unavoidable acts, and excuses argue that the actor could not have avoided committed the criminal act. This standard of "avoidability" should be interpreted normatively. The question always is whether it would be fair under the circumstances to expect the actor to resist the pressures of the situation and abstain from the criminal act⁶⁷.

Cette explication suppose que l'agent a succombé à des "pressions" qui rendent son acte involontaire du point de vue normatif :

This rationale of excuses rests on the assumption that either internal pressures (insanity, intoxication) or external pressures (duress, natural circumstances) might so intrude upon the actor's freedom that the act committed under pressure no longer appears to be his doing. [...] If the act is not his, he cannot be blamed for having committed it⁶⁸.

Soulignons immédiatement que l'erreur de droit ou l'ignorance de la loi considérée comme une excuse ne correspond pas à l'idée de "pressions exercées" sur l'individu⁶⁹.

La notion d'excuse peut aussi s'expliquer par la conception utilitariste de la peine :

67. FLETCHER, "Excuse: Theory", *loc. cit.*, note 58, p. 726.

68. *Ibid.*

69. *Id.*, p. 726 : "[...] the model of overwhelming pressure fails to encompass mistake and ignorance of law"; selon Fletcher, *id.*, pp. 726-727, la seule question normative pour cette excuse est : "[...] whether the actor is accountable for his state of ignorance".

As a measure causing pain, punishment should never be imposed when it is pointless. The purpose of punishment is to deter socially undesirable behavior. Punishment is pointless with regard to classes of actors, such as the insane, who are not deterrable. Therefore, nondeterrables should be excused from punishment for their criminal acts⁷⁰.

Seule l'action qui réalise les faits constitutifs d'une infraction et qui est contraire au droit est justiciable du blâme:

Excuses make sense only in the context of precluding blame and thus presuppose the possibility of blame [...].

[...] There would be no more point in blaming or excusing a justified act than there would be in blaming or excusing a beneficial act. The justification sanctifies the act and renders excuses irrelevant⁷¹.

De nombreux pays⁷² ont adopté la structure tripartite de l'infraction dont nous n'avons esquissé ici que les grandes lignes théoriques. Peut-on dire que cette façon de concevoir l'infraction est en voie d'être reconnue par la doctrine et la jurisprudence canadienne? Nous le croyons.

Fortin et Viau écrivent : "La responsabilité pénale suppose [...] que la conduite de l'accusé corresponde à la définition légale de l'infraction et qu'il ne bénéficie pas d'un

70. *Id.*, p. 727.

71. Voir FLETCHER, "The Right", *loc. cit.*, note 47, p. 960.

72. FLETCHER, *Rethinking*, *op. cit.*, note 18, p. 467, mentionne l'Allemagne, le Japon, l'Italie et les pays latino-américains. On pourrait ajouter l'Autriche, l'Espagne et la Grèce. Le code pénal de l'Allemagne régleme toutes les excuses et la plupart des justifications.

moyen de défense excusant ou justifiant son acte⁷³". Pour ces auteurs, la justification "a pour effet de revendiquer la légalité de la conduite⁷⁴" et l'excuse "découle du principe du *mens rea* entendu dans un sens normatif qui fait reposer la responsabilité pénale sur la faute⁷⁵". Fortin et Viau soulignent aussi que la présence de la distinction entre la justification et l'excuse "dans les lois pénales et sa valeur explicative au plan des principes en font un mode utile de classification des moyens de défense⁷⁶".

La C.R.D définit la *mens rea* normative⁷⁷ comme la

73. J. FORTIN et L. VIAU, *Traité de droit pénal*, Montréal, Thémis, 1982, p. 70.

74. *Id.*, p. 195.

75. *Ibid.*

76. *Id.*, p. 198. G. CÔTÉ-HARPER, A.D. MANGANAS, et J. TURGEON, *Droit pénal canadien*, 3e éd., Cowansville, Blais, 1989, p. 436, sont d'avis que la distinction doit être maintenue. Mais voir D. STUART, *Canadian Criminal Law: A Treatise*, 2e éd., Toronto, Carswell, 1987, pp. 388-391 [ci-après *Canadian Criminal Law*] qui n'est pas favorable à la distinction; de même, COLVIN, "Exculpatory Defences in Criminal Law", *loc. cit.*, note 18, p. 382, soutient : "criminal law would be better without the distinction".

77. L'expression latine *mens rea* a deux sens. La *mens rea* dite "descriptive", décrit des états d'esprit comme l'intention ou l'insouciance ou se réfère à la négligence. Certains juges aiment mieux employer l'expression "faute" que l'expression "*mens rea*" dans le sens d'état d'esprit pour décrire la négligence, voir R. c. *Wholesale Travel Group Inc. and Chedore*, (1991) 130 N.R. 1 (C.S.C.). Dans cet arrêt l'expression "faute" est aussi utilisée pour décrire l'intention, insouciance et l'aveuglement volontaire. La *mens rea* dite "normative" se réfère à une notion de blâme à un reproche de faute. Il ne faut pas ici confondre la "faute" dans le reproche de faute de la *mens rea* dite "normative" avec l'expression "faute" utilisée pour décrire l'intention, l'insouciance, l'aveuglement volontaire et la négligence.

"faute parce qu'elle [la personne accusée] a accompli un acte interdit avec l'état d'esprit requis et qu'elle n'avait aucune excuse ou justification pour l'accomplir"⁷⁸". Notons, cependant, que la théorie de la C.R.D. serait plus juste si l'on inversait l'ordre entre l'excuse et la justification. Dans son étude préliminaire sur le sujet, la C.R.D. souligne que la "justification enlève à un acte le caractère illégal qu'il aurait autrement"⁷⁹" et un "accusé qui bénéficie d'une excuse n'est pas coupable de l'acte illégal qu'il a commis"⁸⁰". La C.R.D. reconnaît la distinction théorique entre la justification et l'excuse dans les commentaires de son *Projet de code pénal* :

La personne à qui peuvent être imputés les éléments moral et matériel d'un crime peut néanmoins échapper à la responsabilité pénale en raison de circonstances particulières excusant ou justifiant sa conduite. Celle-ci est justifiée dans les cas où la personne était fondée, comme toute autre personne se trouvant dans les mêmes circonstances, à agir comme elle l'a fait. D'autre part, la conduite répréhensible en soi peut être excusée lorsque la personne ne devrait pas être blâmée ni condamnée parce qu'elle était soumise à des pressions particulières qui auraient incité toute autre personne normale à agir de la même façon⁸¹.

Cependant, la C.R.D. refuse de classer les moyens de défense dans son *Projet de code pénal* selon la distinction, pour le motif suivant :

78. *Droit pénal : Partie générale, op. cit.*, note 13, p. 26.

79. *Id.*, p. 38.

80. *Ibid.*

81. C.R.D., *op. cit.*, note 14, p. 37.

Les justifications et les excuses se recoupent et le même moyen de défense, la nécessité par exemple, peut constituer tantôt une excuse, tantôt une justification. C'est pourquoi nous n'avons pas cherché à séparer les moyens de défense suivant qu'ils appartiennent à l'une ou l'autre de ces catégories⁸².

Si l'état de nécessité peut se distinguer, en tant que fait justificatif ou cause d'excuse, comme nous le croyons⁸³, il nous semble que le rôle de la codification⁸⁴ est justement de les distinguer puisque la distinction "is of fundamental theoretical

-
82. *Ibid.* Nous avons omis dans la citation, la note de la C.R.D. qui renvoie à E. COLVIN, *Principles of Criminal Law*, 1re éd., Toronto, Carswell, 1986, pp. 178-179. Colvin, *id.*, p. 179, écrit : "The dividing line between justification and excuse is neither fixed nor clear-cut. It is a cultural variable about which reasonable people can disagree". Sur la difficulté de distinguer la justification et l'excuse, voir aussi K. GREENAWALT, "The Perplexing Borders of Justification and Excuse", (1984) 84 *Colum.L.Rev.* 1897. Pour une critique de certaines idées de Greenawalt, voir A. BRUDNER, "A Theory of Necessity", (1987) 7 *Oxford J. Legal Stud.* 339, pp. 364-365 et BYRD, "Wrongdoing and Attribution", *loc. cit.*, note 19.
83. Les art. 34 et 35 du *Code pénal allemand* dans *Collection des codes pénaux européens du Comité de législation étrangère et de droit international du Ministère de la Justice*, t. 4, *Les nouveaux codes pénaux de langue allemande*, Paris, Documentation française avec le concours du Centre français de droit comparé, 1981, pp. 338-338, établissent la distinction entre l'"Etat de nécessité en tant que fait justificatif" et l'"Etat de nécessité en tant que cause d'excuse". Ces deux dispositions ont permis d'éliminer la disposition sur la contrainte; sur le sujet, voir FLETCHER, *Rethinking Criminal Law*, *op. cit.*, note 18, pp. 774-788 et 833-834. Pour une opinion contestant le bien-fondé de cette distinction, voir M. GUR-ARYE, "Should the Criminal Law Distinguish Between Necessity as A Justification and Necessity as an Excuse", (1986) 102 *L.Q.R.* 71; pour une réponse partielle à GUR-ARYE, voir BYRD, *ibid.*
84. FLETCHER, "The Right", *loc. cit.*, note 47, p. 955, affirme : "In framing a theory of liability or a rational criminal code, one would presumably inquire whether a particular defense addresses itself to the propriety of the act or to the personal culpability of the actor".

and practical value⁸⁵". Si la légitime défense est un droit, le futur code pénal devrait le dire⁸⁶. Un code pénal doit pouvoir guider les citoyens dans leur conduite⁸⁷. Notons que si l'al. 3(10)a) du *Projet de code pénal* de la C.R.D. ne dit pas que la "légitime défense" est une justification ou un droit, la C.R.D. dans ses commentaires explique clairement que cette disposition est un droit⁸⁸.

La Cour suprême du Canada se rallie, elle aussi, peu à peu, au système tripartite de l'infraction bien que l'arrêt *R. c. Chaulk*⁸⁹, que nous analyserons dans la première partie de ce travail, représente une régression.

Dans l'arrêt *Perka c. La Reine*⁹⁰, le jugement majoritaire du juge Dickson, fortement influencé par le

85. *Ibid.*

86. Selon ESER, "Reform of the Defences: A German View", *loc. cit.*, note 26, p. 4, le citoyen veut et a le droit "to know what is right and wrong". Dans l'arrêt *Renvoi relatif au Code criminel (Man.)*, [1990] 1 R.C.S. 1123, p. 1141, le juge Dickson affirmait : "Il est certain que dans le contexte pénal où la liberté d'une personne est en jeu, il est impératif que les personnes soient en mesure de savoir d'avance avec un degré de certitude élevé quelles conduites sont interdites ou permises".

87. BYRD, "Wrongdoing and Attribution", *loc. cit.*, note 19, p. 1297 affirme : "A Criminal Code, however, is not only an authoritative statement of when an individual may be punished but also is a guide to conduct".

88. C.R.D., *Projet de code pénal*, *op. cit.*, note 14, p. 41 : "L'al. 3(10)a) énonce le droit d'employer la force raisonnablement nécessaire pour repousser une attaque illégale. Il assujetti ce droit [...]" (nous avons souligné).

89. [1990] 3 R.C.S. 1303.

90. [1984] 2 R.C.S. 232.

professeur Fletcher⁹¹, accepte la distinction théorique entre la justification et l'excuse; pour le juge Dickson, une justification "challenges the wrongfulness of an action which technically constitutes a crime⁹²", tandis que l'excuse "concedes the wrongfulness of the action but asserts that the circumstances under which it was done are such that it ought not be attributed to the actor"⁹³. Le "wrongfulness" du juge Dickson correspond à l'illicéité dans le système tripartite de l'infraction, et l'excuse, à la notion qui élimine le blâme, troisième condition dans ce système.

-
91. Les définitions de la justification et de l'excuse sont inspirées de celles de FLETCHER, *Rethinking*, op. cit., note 18, p. 759 : "Claims of justification concede that the definition of the offense is satisfied, but challenge whether the act is wrongful; claims of excuse concede that the act is wrongful, but seek to avoid the attribution of the act to the actor".
92. *Perka c. La Reine*, précité, note 90, p. 246. Le mot "wrongfulness" est rendu dans la version française par "caractère mauvais". Une recherche de droit et la lecture de Fletcher auraient indiqué le mot illicéité ou illégalité. Dans l'arrêt *R. c. Gee*, [1982] 2 R.C.S. 286, p. 301, le juge Dickson affirme que l'effet de la justification de l'art. 27 du C.cr. sur l'acte illégal visé par la définition de l'homicide coupable de l'al. 205(5)a) du C.cr. [maintenant l'al. 222(5)a)] est de "justifier l'accusé qui commet ce qui serait autrement un acte illégal. Il rend légal ce qui autrement serait illégal". Dans l'arrêt *R. c. Baker*, (1988) 45 C.C.C. (3d) 368 (C.A. C.-B.), la Cour partage l'avis suivant de l'appelant : "[...] the defence of self-defence prevents an otherwise 'unlawful act' [visé à l'al. 222(5)b)] from being 'unlawful'" et non l'opinion que "[...] self-defence is a separate 'justification' for a homicide that is 'culpable'". Pour le texte de l'art. 27, voir *infra*, Annexe "A", p. 287.
93. *Perka c. La Reine*, *ibid.* La version française se lit : "consiste à reconnaître le caractère mauvais de l'acte, mais à affirmer que les circonstances dans lesquelles il a été accompli sont telles qu'il ne devrait pas être attribué à son auteur".

Dans l'arrêt *Perka*, le juge Dickson, se fondant sur le raisonnement de Fletcher, accepte comme raison d'être des excuses, le "caractère involontaire dit moral ou normatif"⁹⁴ de celles-ci. De plus, s'appuyant sur un autre raisonnement de Fletcher, le juge Dickson énonce "[...] que la punition de tels actes est aussi inutile qu'injuste [...]"⁹⁵.

Dans l'arrêt *R. c. Mack*⁹⁶, la Cour, fortement influencée par la décision *Perka*, réitère qu'une justification nie le "wrongfulness" (l'illicéité) de l'infraction; en effet, la Cour rejette la provocation policière comme une justification ("moyen justificatif de défense") au motif que "it cannot be said that the accused's commission of the crime by reason of police pressure was not wrongful"⁹⁷.

94. *Id.*, pp. 249-250. Dans l'arrêt *R. c. Mack*, précité, note 26, p. 946, le juge Lamer, au nom de la Cour, affirme : "le concept d'involontaire normatif explique aussi la reconnaissance de la défense de contrainte".

95. *Id.*, p. 250. Pour l'excuse de nécessité le juge Dickson, *ibid.*, déclare : "Au coeur de ce moyen de défense, il y le sentiment d'injustice que soulève la punition pour une violation de la loi commise dans des circonstances où la personne n'avait pas d'autre choix viable ou raisonnable [...]".

96. *Précité*, note 26.

97. *Id.*, p. 947. Les mots "not wrongful" sont rendus dans la version française par "pas répréhensible". Là encore, la traduction nous semble déficiente. Le juge Lamer émet cette opinion après avoir rejeté la provocation policière comme excuse. Sur le rôle de la provocation policière dans la théorie de la punissabilité d'une action, voir *supra*, note 26.

Dans l'arrêt *R. c. Bayard*⁹⁸, la Cour suprême du Canada, accueille l'appel de Bayard "essentiellement" pour les raisons énoncées par le juge Lambert, dissident à la Cour d'appel⁹⁹. Le juge Lambert expliquait que la justification du par. 34(2) ou de l'art. 35 du C.cr. sur la défense de la personne ne peut être considérée que si les faits constitutifs de l'infraction de meurtre ont été réalisés :

If you are considering murder, the first question is whether homicide by the accused has been proved beyond a reasonable doubt, the second question is whether the homicide has been shown, beyond a reasonable doubt, to have been culpable, the third question is whether the intention to cause death or grievous bodily harm has been proved beyond a reasonable doubt, and the fourth question is whether the defences under subsection 34(2) and section 35 have been negated by the Crown beyond a reasonable doubt¹⁰⁰.

Sur le caractère universel de la justification, la common law ancienne semble avoir reconnu cette conséquence pour

98. (1989), 92 N.R. 376 (C.S.C.).

99. *R. c. Bayard*, (1988) 92 N.R. 376 (C.A. C.-B.).

100. *Id.*, p. 391. Les trois premières questions constituent les faits constitutifs de l'infraction. Dans l'arrêt *R. c. Parente*, (1988) 28 O.A.C. 154, p. 158, la Cour affirme : "Only after dealing with the issue of intent, should the jury have been directed to consider the applicable defences and whether the appellant was justified in discharging the shotgun within the meaning of s. 34(1) or (2) of the Criminal Code". Cette nouvelle jurisprudence semble contredire l'arrêt *R. c. Faïd*, [1983] 1 R.C.S. 265, p. 271, où le juge Dickson explique que si le jury a conclu "à l'emploi de la force excessive, le moyen de défense que constitue la légitime défense a échoué" et que le jury doit alors se demander si l'accusé avait l'intention requise pour le meurtre. Sur le double rôle de l'intention, voir *infra*, débutant à la p. 206.

la défense de la personne¹⁰¹ et notre Code criminel aussi, mais de façon limitative à l'art. 37 du C.cr. puisque la légitime défense par une personne se restreint à un tiers "placé sous sa protection". Greenawalt prétend que le "Movement within the law is now strictly in the direction of assimilating the rights of intervenors to the rights of victims¹⁰²". L'affirmation de Greenawalt semble se vérifier¹⁰³ actuellement dans notre jurisprudence. La C.R.D. reconnaît ce principe à l'al. 3(10)a) de son *Projet de code pénal* sur la défense de la personne que nous avons déjà citée et dans son par. 3(16) sur l'aide légitime:

3(16) Aide légitime. N'est pas responsable la personne qui aide, conseille, encourage, pousse ou incite une autre personne qui bénéficie d'un moyen de défense prévu aux paragraphes 3(1) ou 3(8) à 3(15), ou qui agit sous son autorité ou en son nom¹⁰⁴.

-
101. Voir G. WILLIAMS, *Textbook of Criminal Law*, 2e éd., Londres, Stevens, 1983, p. 501 [ci-après *Textbook*] et J.F. STEPHEN, *A Digest of the Criminal Law (Crimes and Punishments)*, 4e éd. Londres, Macmillan, 1887, p. 143, art. 200 sur la "Private Defence" [ci-après *Digest*]. WILLIAMS, *ibid.*, ajoute : "In our times judges have evaded the issue by saying that, whether or not one can defend a stranger, one can prevent the commission of a crime against a stranger - which comes to much the same thing"; voir aussi, L.C. WILSON, "The Defence of Others - Criminal Law and the Good Samaritan", (1988) 33 *McGill L.J.* 756, p. 758 et ss.
102. K. GREENAWALT, *Conflicts of Law and Morality*, New York, Oxford University Press, 1989, p. 259.
103. Dans la décision *R. c. Barkhouse*, (1983) 58 N.S.R. (2d) 393 (N.S. Prov. Ct.), la Cour décide que si une personne attaquée demande de l'aide et qu'un tiers intervient, la personne attaquée vient alors sous la protection de ce tiers; *contra*, *R. c. Turner*, (1990) 11 W.C.B. (2d) 270 (Ont. Ct. (Gen. Div.)), où la Cour décide qu'un ami n'est pas une "personne placée sous sa protection" pour les fins du par. 37(1).
104. C.R.D., *Projet de code pénal*, *op. cit.*, note 14, p. 46.

Passons maintenant à la troisième condition, le blâme qui est nié par une excuse. L'arrêt *Renvoi sur la Motor Vehicle Act (C.-B.)*¹⁰⁵, établit, en vertu de l'art. 7 de la Charte¹⁰⁶, l'exigence constitutionnelle d'une *mens rea*, lorsque l'infraction prévoit une peine d'emprisonnement. Dans cet arrêt, le juge Lamer explique qu'une "loi qui permet de déclarer coupable une personne qui n'a véritablement rien fait de mal viole les principes de justice fondamentale"¹⁰⁷ et "qu'un innocent ne doit pas être puni"¹⁰⁸.

Le professeur Jodouin, commentant l'arrêt *Renvoi sur la Motor Vehicle Act (C.-B.)*, écrit que "selon le juge Lamer, l'article 7 de la Charte impose une vision normative de la culpabilité"¹⁰⁹. Le professeur Jodouin ajoute que "cet aspect de

105. [1985] 2 R.C.S. 486.

106. L'art. 7 de la Charte, *op. cit.*, note 38 se lit : "Chacun a droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne; il ne peut être porté atteinte à ce droit qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale".

107. *Renvoi sur la Motor Vehicle Act (C.-B.)*, précité, note 105, p. 492. Dans une affaire récente, *R. c. Wholesale Travel Group Inc. and Chedore*, précité, note 77, p. 84, le juge Lamer a donné des explications sur le sens à donner à l'expression "n'a véritablement rien fait de mal", en écrivant : "[...] l'infraction de responsabilité absolue risque d'entraîner la déclaration de culpabilité d'une personne qui n'a réellement rien fait de mal (c'est-à-dire qu'elle n'a pas accompli d'acte intentionnel ou par négligence)".

108. *Id.*, p. 513.

109. A. JODOUIN, "L'incidence de l'article 7 de la Charte canadienne des droits et libertés sur la *mens rea*", dans *Formation permanente du Barreau du Québec, Nouveaux Développements en droit criminel découlant de la Charte*

la *mens rea* est formellement contredit par Stephen¹¹⁰". Avec la "constitutionnalisation" de la *mens rea*, on peut remettre en question l'opinion suivante de Stephen sur la maxime *actus non facit reum nisi mens sit rea* : "It is often supposed to mean that nothing is legally a crime unless it is morally wrong, which is obviously untrue, unless the powers of the legislator are to be bounded by the conscience of the judge¹¹¹".

Dans l'affaire *R. c. Martineau*, le juge Lamer, au nom d'une majorité des juges, énonce le principe que "[...] la peine doit être proportionnée à la culpabilité morale du délinquant [...]"¹¹²". De même dans l'affaire *R. c. Logan*, le juge Lamer, discutant des degrés différents de culpabilité entre les auteurs principaux et les parties (complices) aux infractions, relevait ce principe en disant : "Il faut se rappeler que de nombreuses infractions comportent différents degrés de culpabilité et qu'il appartient à celui qui détermine la peine d'ajuster en

canadienne des droits et libertés, Cowansville, Blais, 1988, 15, p. 20.

110. *Ibid.*

111. J.F. STEPHEN, "The Criminal Code (1879)", (1880) 7 *Nineteenth Century* 136, p. 158. Cette opinion de Stephen n'est pas mentionnée dans l'article du professeur Jodouin.

112. [1990] 2 R.C.S. 633, p. 645. Le *Rapport de la Commission canadienne sur la détermination de la peine, Réformer la sentence : une approche canadienne*, Ottawa, Ministère des Approvisionnements et Services Canada, 1987, p. 169 (Président : O. Archambault) et le GOUVERNEMENT DU CANADA, *Le droit pénal dans la société canadienne*, Ottawa, 1982, p. 62 reconnaissent que la peine doit être proportionnelle non seulement à la gravité de l'infraction mais aussi au degré de responsabilité de l'accusé.

conséquence le châtement de chaque contrevenant¹¹³". Il ne peut donc y avoir de peine sans culpabilité morale ou de blâme moral.

Il faut observer cependant que la Cour suprême du Canada a surtout jusqu'à présent¹¹⁴ interprété la *mens rea* dans son sens descriptif, c'est-à-dire comme se rapportant à des états d'esprit comme l'intention ou l'insouciance ou se référant à la négligence¹¹⁵ plutôt qu'à une notion distincte de blâme. L'intention, l'insouciance ou même la négligence, lorsque celle-ci est prévue par le législateur, sont nécessaires pour qu'une infraction soit punissable; cependant, les notions d'intention et de blâme ne sont pas identiques¹¹⁶. Le droit comparé indique que le changement d'une théorie qui voit le blâme uniquement dans des états d'esprit à une théorie normative de la culpabilité, ne se fait que progressivement. À bien des égards, la notion canadienne de la *mens rea* correspond à la notion de la *mens rea*, qui avait cours en Allemagne vers 1945¹¹⁷.

113. [1990] 2 R.C.S. 731, p. 741 (juge Lamer). Le texte anglais débute avec les mots "It must be remembered that within many offences [...]."

114. Par exemple : R. c. Vaillancourt, précité, note 43, R. c. Bernard, [1988] 2 R.C.S. 833 et R. c. Hess et Nguyen, [1990] 2 R.C.S. 906.

115. Dans l'arrêt R. c. Wholesale Travel Group Inc., précité, note 77, la négligence est plutôt décrite comme une "faute" plutôt qu'une *mens rea* dans le sens d'état d'esprit.

116. Voir *infra*, p. 211.

117. Sur l'expérience allemande, voir JESCHECK, "The Doctrine of *mens rea*", *loc. cit.*, note 25.

L'affaire *Bergstrom c. La Reine*¹¹⁸ démontre que l'excuse n'est considéré qu'après qu'il a été prouvé que l'accusé a "commis l'infraction". Au nom de la Cour, le juge McIntyre explique que l'excuse de contrainte par menaces de l'art. 17 du C.cr. ne pouvait "être accueilli[e] que s'il est établi que l'accusé a, de fait, véritablement commis l'infraction. Lorsque ce moyen de défense s'applique, l'accusé est excusé d'avoir commis l'infraction¹¹⁹". Selon nous, il faut interpréter l'expression "a [...] commis l'infraction" comme signifiant que l'accusé a réalisé les faits constitutifs de l'infraction et qu'il ne pouvait invoquer aucune justification.

4. Bref historique de la légitime défense. Un bref historique de la légitime défense pour l'homicide s'impose. Nous examinerons le droit anglais jusqu'à l'adoption du *Code criminel*, 1892¹²⁰ au Canada, puis nous analyserons les modifications législatives depuis 1893.

Dans ce survol historique, nous avons concentré notre recherche sur la légitime défense pour l'homicide. Pour les autres infractions, telles le "mayhem" ou l'"assault and battery", on consultera la doctrine¹²¹ du temps, car il n'existe

118. [1981] 1 R.C.S. 539. Voir aussi R. c. *Holmes*, [1988] 1 R.C.S. 914.

119. *Bergstrom c. La Reine*, *id.*, p. 544.

120. Précité, note 22.

121. E.H. East, *A Treatise of the Pleas of the Crown*, vol. 1, Londres, Butterworths, 1803, pp. 402 et 406; W. HAWKINS, *A Treatise of The Pleas of the Crown*, vol. 1, New York, Arno

pas d'études historiques sur la légitime défense quant à ces délits. Mentionnons seulement que pour ces autres infractions, la légitime défense semble avoir été une justification et que le droit anglais dans ce domaine s'est élaboré de façon séparé de celui de l'homicide. Il n'a rien de surprenant à cette approche de la common law, dont l'une des caractéristiques est l'étude du cas par cas, ce qui bien souvent empêche de faire la synthèse de diverses situations pouvant être regroupées sous un seul principe de droit. Ce n'est qu'au XIXe siècle avec les premiers efforts de synthèse du droit pénal anglais, que "Her Majesty's Commissioners for Revising and Consolidating the Criminal Law" reconnaissent alors la logique d'un principe général de droit pour la légitime défense¹²².

Dans le vieux droit anglo-saxon et jusqu'au règne d'Henri II (1154-1189), l'homicide commis en légitime défense n'était pas punissable par la mort. Cet homicide constituait une question de compensation entre celui qui avait tué ou sa famille et la famille de la victime¹²³.

Press, 1972 (réimpression : Londres, Sayer, 1734), pp. 130-131 et 134.

122. Ceux-ci écrivent dans R.-U., H.C., *Second Report of Her Majesty's Commissioners for Revising and Consolidating the Criminal Law*, c. 709 dans *Sessional Papers* (1846), vol. 24, 107, p. 151 : "The rules of justification apply equally to minor personal injuries as to homicides; but in the Treatises they are commonly stated as though they are related to homicide only".
123. T.A. GREEN, "The Jury and the English Law of Homicide", (1976) 74 *Mich.L.Rev.* 414, pp. 416-419 [ci-après "The Jury"]; GREEN, *id.*, p. 417, précise : "While slaying through accident and self-defence were, in theory, emendable homicides for which compensation was owing, there

C'est sans doute durant le règne d'Henri II qu'apparaît la distinction entre l'homicide justifiable et l'homicide excusable, distinction bien assise au début du XIII^e siècle¹²⁴. Ces deux types d'homicide ne constituaient pas une "felony". L'utilisation des expressions anglaises "justifiable" et "excusable" pour décrire ces homicides au Moyen-Age ne sont pas tout à fait exactes comme le souligne Hurnard : "The terms justifiable and excusable homicide were not used in the Middle Ages, though the notion of killing with justice was familiar and sometimes the circumstances were said to constitute *excusatio*¹²⁵".

L'homicide justifiable est celui commis "in the execution of justice, as in the execution of a lawful sentence of death or the slaying of an outlaw or other felon who resisted capture¹²⁶". L'accusé ayant commis un tel homicide est acquitté. D'autre part, un verdict d'homicide excusable comprend¹²⁷ l'homicide commis en légitime défense ("se defendendo"). La

is evidence of an attempt by King and Church in the tenth and eleventh centuries to limit the amount owed".

124. *Id.*, p. 419.

125. N.D. HURNARD, *The King's Pardon for Homicide Before A.D. 1307*, Oxford, Clarendon Press, 1969, p. 68.

126. R. MORELAND, *The Law of Homicide*, Indianapolis, Bobbs-Merrill, 1952, p. 259; voir aussi, T.A. GREEN, *Verdict According to Conscience: Perspectives on the English Criminal Trial Jury 1200-1800*, Chicago, University of Chicago Press, 1985, pp. 79-81.

127. L'homicide par "misadventure" ou *per infortunium* (accidentel) constituait la deuxième façon de commettre un homicide excusable.

personne ayant été trouvée coupable d'un tel homicide peut demander un pardon royal, pardon qui, à la fin du XIII^e siècle, n'est plus discrétionnaire mais "de cursu" ("as a matter 'of course',¹²⁸). Un verdict d'homicide excusable en légitime défense entraîne, après 1343¹²⁹, la confiscation des biens ("forfeiture of goods").

Il se peut que l'origine de la distinction entre les deux formes d'homicide ait eu comme sources la tradition chrétienne et le droit canonique.

Une comparaison entre l'Angleterre et la France s'avère utile puisque les conquérants de l'Angleterre viennent de la France et de plus, le droit de nombreux pays au Moyen-Age est comparable¹³⁰. En France, jusqu'à la révolution de 1789, la

128. GREEN, "The Jury", *loc. cit.*, note 123, pp. 419-426. En 1278, le *Statute of Gloucester*, 6 Edw. I, c. 9 établit la procédure pour l'obtention du pardon en cas de légitime défense. La personne était cependant emprisonnée jusqu'à l'obtention du pardon. C'est le chancelier qui signe la "Charter of Pardon"; au début, celui-ci consulte le roi mais éventuellement, le chancelier signera ceux-ci sans consulter le roi, voir HAWKINS, *op. cit.*, note 121, vol. 2, p. 381 et C.U. MENON, éd., *Aiyar & Anand's Law of Private Defence*, 2^e éd., Allahabad (Indes), Law Book Company, 1964, p. 7.

129. GREEN, *id.*, pp. 425 et 455. W. BLACKSTONE, *Commentaries on the Laws of England*, vol. 4, *Of Public Wrongs* (1769), Chicago, University of Chicago Press, 1979, p. 188, écrit que les biens pouvaient être remis : "[...] the delinquent has now, and has had as early as our records will reach, a pardon and writ of restitution of his goods as a matter of course and right, only paying for suing out the same".

130. H.J. BERMAN dans *Law and Revolution*, Cambridge (Massachusetts), Harvard University Press, 1983, p. 18 rapporte que Maitland a dit à l'un de ses cours en 1888: "English lawyers have for the last six centuries exaggerated the uniqueness of our legal history...I know

personne ayant tué en légitime défense doit obtenir une lettre de grâce ou de rémission¹³¹. Donnedieu de Vabres explique ainsi cette situation :

[...] la conception première [de la légitime défense] se modifia au cours de l'histoire, sous l'influence de la tradition chrétienne, de l'idée que celui qui commet un acte délictueux, en état de légitime défense, a manqué au devoir de charité. Il ne sera pas puni, mais il est coupable. Il doit solliciter du roi des lettres de grâce ou de rémission. [...] La grâce ne pouvait être refusée lorsqu'il y avait eu légitime défense de la vie¹³².

Silving nous renseigne sur la notion ancienne de la légitime défense en droit ecclésiastique : "Early ecclesiastical law held that a man has no 'right' to take the life of another

just enough to say this with confidence, that there are great masses of medieval law very comparable with our own".

131. H. DONNEDIEU DE VABRES, *Traité de droit criminel et de législation pénale comparée*, 3e éd., Paris, Sirey, 1947, pp. 227-228, écrit : "Ce droit est consacré par l'Ordonnance de Villers-Cotterets de 1539 (art. 168), plus tard, par la Grande Ordonnance sur la procédure criminelle de 1670, titre XVI, articles 2 et suivants". L'Ordonnance de 1670 s'applique au Canada sous le régime français (la Nouvelle-France), voir A. LACHANCE, *La justice criminelle du roi au Canada au XVIIIe siècle. Tribunaux et officiers*, Les cahiers d'histoire de l'Université Laval, no 22, Québec, Les Presses de l'Université Laval, 1978, p. 61.
132. DONNEDIEU DE VABRES, *id.*, p. 227; voir aussi A. LAINGUI et A. LEBIGRE, *Histoire du droit pénal*, t. 1, *Le droit pénal*, Paris, Cujas, 1979, pp. 96-97 et J. FOVIAUX, *La rémission des peines et des condamnations*, Paris, P.U.F., 1970, en particulier, pp. 31-38, 42-43 et 77. F. POLLOCK et W. MAITLAND, *The History of English Law - Before the Time of Edward I*, 2e éd. vol. 2, Cambridge, Cambridge University Press, 1968, pp. 483-484 affirment : "In France, as in England, throughout the later middle ages and far on into modern times the king's lettres de grâce were granted to those who had slain a man *per infortunium vel se defendendo*. We are not dealing with an insular peculiarity".

even in case of self-defense; such taking of life, if due moderation is exercised, at best affords an excuse or a ground of guilt exemption¹³³."

Metz affirme qu'il y eut une divergence d'opinion en droit canonique médiéval, à savoir si la loi évangélique devait primer sur le principe de la légitime défense :

[...] comment est-il possible de concilier l'emploi de la violence [en légitime défense] avec la Loi évangélique? N'y avait-il pas des textes du Nouveau Testament qui demandaient, au contraire, d'aimer ses ennemis et de tendre la joue gauche à celui qui vous avait frappé sur la droite.

La plupart des canonistes s'efforçaient de résoudre la difficulté, tout en sauvegardant le principe du droit de répondre à la force par la force. [...] Cependant quelques rares canonistes essayèrent, au contraire, de faire triompher la Loi évangélique contre le principe de la légitime défense. Huguccio [mort en 1210] en particulier se montra un partisan ferme de la solution de sévérité. Il n'admit que la légitime défense proprement passive, qui consiste simplement à écarter (*repellere*) l'agresseur, sans le frapper, ni le blesser. La défense active (*repercutere*) ne serait pas permise; elle ne serait pas une cause d'excuse, d'irresponsabilité ou d'impunité.

Mais la conception d'Huguccio ne parvint pas à triompher. Les décrétales d'Alexandre III [pape de 1159-1181] et d'Innocent III [pape de 1198-1216] admirèrent la légitimité de la défense active¹³⁴.

133. H. SILVING, *Criminal Justice*, vol. 2, Buffalo, Hein, 1971, p. 600.

134. R. METZ, "La responsabilité pénale dans le droit canonique médiéval", dans *La Responsabilité pénale, Travaux du Colloque de philosophie pénale (12 au 21 janvier 1959)*, Paris, Dalloz, 1961, 83, p. 111. Sur le droit canonique médiéval, voir aussi : S.J. SULLIVAN, *Killing in Defense of Private Property: The Development of a Roman Catholic Moral Teaching, Thirteenth to Eighteenth Centuries*, Missoula (Montana), Scholars Press, 1976; BERMAN, *op. cit.*, note 130, pp. 147-148 en particulier; S. KUTTNER, *Kanonistische*

Il se peut que la divergence d'opinion ait été plus complexe et ait duré plus longtemps pour l'homicide en légitime défense commis par un individu n'agissant pas en vertu de l'autorité publique¹³⁵.

D'abord, le passage que nous avons cité de Metz se limite à la légitimité en droit canonique de repousser la force par la force et non pas à la légitimité de tuer en légitime défense¹³⁶. Deuxièmement, notre recherche indique qu'au moins une des décrétales d'Innocent III ne semble viser que l'autorité publique¹³⁷. Enfin, le traitement par Saint Thomas d'Aquin (1224-

Schuldlehre von Gratian bis auf die Dekretalen Gregors IX, Città del Vaticano, Biblioteca Apostolica Vaticana, 1935; A. DANILUS, *De defensione legitima in jure poenali canonico*, Rome, Apud Custodiam Librariam Pontificii Instituti Utriusque Iuris, 1951.

135. METZ, *id.*, p. 108, écrit : "Le droit canonique classique [XIIe s. et première moitié du XIIIe s.] n'est pas arrivé à une théorie d'ensemble de la légitime défense. Décrétistes et décrétalistes [du XIIe s. au milieu du XIIIe s.] ont traité une série de problèmes particuliers qui se rattachent tous plus ou moins à la question [de la légitime défense], mais sans nous donner une doctrine cohérente et homogène de la légitime défense".
136. METZ, *id.*, p. 113, écrit sur ce point : "l'homicide est excusable, si l'on n'avait pas pu se défendre autrement qu'en causant la mort de l'agresseur : *alias evadere non posse*. C'est l'homicide résultant d'une *necessitas inevitabilis* ou *sine culpa*". Dans une note, Metz indique, *ibid.*, qu'on retrouve déjà quelques indications à ce sujet dans le *Decretum* de Gratien en 1140. METZ, *ibid.*, et A. LAINGUI, *La responsabilité pénale dans l'ancien droit (XVIe - XVIIIe siècle)*, Paris, L.G.D.J., 1970, p. 275, affirment que les décrétales de Grégoire IX (pape de 1227-1241) prévoient des pénitences légères pour le laïc qui a tué sans haine un malfaiteur pour protéger sa personne et ses biens.
137. Voir SULLIVAN, *op. cit.*, note 134, p. 13.

1274) de la question "Est-il permis de tuer un homme pour se défendre?" dans la *Summa theologiae*¹³⁸, indique que s'il est toujours licite pour une autorité publique de tuer volontairement une autre personne pour se défendre, un particulier ne peut tuer licitement une autre personne que si l'effet de son acte de défense, soit la mort, n'a pas été voulu. Le traitement de cette question, par Saint Thomas d'Aquin, indique que l'homicide en légitime défense par un particulier était encore une question délicate et non entièrement résolue pour l'Église à cette époque. L'étude de Sullivan démontre que ce n'est qu'au XIIIe siècle qu'apparaissent dans l'Église, les principes de la légitime défense pouvant justifier la mort d'autrui par un tiers autre qu'une personne en autorité¹³⁹.

Il se peut donc que le droit anglais ait fait la distinction entre l'homicide justifiable et l'homicide excusable parce qu'au moment où la distinction prend naissance, le droit canonique reconnaissait la légitimité du premier, tandis que la

138. THOMAS D'AQUIN (SAINT), *Somme théologique*, t. 3, Paris, Éditions du Cerf, 1985, II-II (2e section de la deuxième partie), question 64, art. 7, pp. 430-431 et cité *infra*, p. 209. A partir du XIIIe s., la théologie devient une science distingue du droit canonique, voir F.H. RUSSELL, *The Just War in the Middle Ages*, Cambridge, Cambridge University Press, 1979 (réédition de l'édition de 1975), p. 214. L'influence de Saint Thomas sur le droit canonique est néanmoins indéniable.

139. SULLIVAN, *op. cit.*, note 134, p. 24, écrit : "From the teachings of these thirteenth-century authorities, with its roots in Augustine and the Church law codified by Gratian and Gregory, we have seen emerge the basic principle which justify a private person taking the life of another". Parmi les auteurs du XIIIe siècle cités par Sullivan, nous retrouvons Saint Thomas d'Aquin et Raymond de Peñafort.

question de la légitimité du second n'était pas encore résolue par l'Église. Soulignons qu'au XIIe et même au XIIIe siècle, la justice anglaise est administrée par des gens familiers, dans une certaine mesure, avec le droit canonique¹⁴⁰ et qu'il est indéniable, non seulement que le droit canonique mais aussi la philosophie chrétienne exercèrent une influence très importante sur le début de la common law¹⁴¹.

Pour terminer sur les origines de la distinction, soulignons que Pollock et Maitland¹⁴² écrivent que Bracton¹⁴³ reconnaît que l'homicide en légitime défense requiert le pardon royal. Bracton s'est inspiré¹⁴⁴ pour sa discussion de l'homicide,

-
140. POLLOCK et MAITLAND, *op. cit.*, note 132, vol. 1, p. 132, écrivent : "Henry's [Henri II] greatest, his most lasting triumph in the legal field was this, that he made the prelates of the church his justices". Voir aussi BERMAN, *op. cit.*, note 130, p. 274.
141. G.W. KEETON, *The Norman Conquest and the Common Law*, Londres, Benn, 1966, pp. 69-70.
142. POLLOCK et MAITLAND, *op. cit.*, note 132, vol. 2, pp. 477-478.
143. J.F. STEPHEN, *A History of the Criminal Law of England* [ci-après *History*], vol. 2, Buffalo, Hein, 1985 (réimpression: Londres, MacMillan, 1883), p. 199, affirme l'importance du traité de Bracton, *Bracton De Legibus et Consuetudinibus Angliae* : "There can be no doubt that this book is by far the most comprehensive and also the least technical account of the law of England [...] and it is free from various defects which have been imputed to that great work".
144. L'opinion de Pollock et Maitland est maintenant contestée par F. SCHULTZ, "Bracton and Raymond de Peñafort", (1945) 61 *L.Q.R.* 286 qui affirme que le chapitre de *homicidio* de Bracton aurait été inspiré non de Bernard de Pavie mais de Raymond de Peñafort, auteur de *Summa de casibus*. Quoiqu'il en soit, Schultz, p. 289, explique que la discussion de *homicidio* de Bernard de Pavie est semblable à celle de Raymond de Peñafort mais avec des différences importantes et que Raymond de Peñafort avait sans doute en main le

des écrits de Bernardus Papiniensis (Bernard de Pavie) dans sa *Summa Decretalium*. Bernard de Pavie fut, peut-être¹⁴⁵, l'élève d'Huguccio, qui, comme nous l'avons vu, favorisait la primauté de la loi évangélique sur le principe de la légitime défense¹⁴⁶.

À partir du XIVe siècle, la notion de l'homicide justifiable est élargie pour y inclure le fait de tuer des personnes en flagrant délit de certains crimes comme le vol à main armé ("robbery"), le vol de nuit avec effraction ("burglary") ou le crime d'incendie¹⁴⁷. Mais des ambiguïtés demeurent si bien qu'en 1532, une loi¹⁴⁸ d'Henri VIII empêche la confiscation des biens de ceux qui ont tué, pour leur propre défense, une personne qui avait tenté de " [...] feloniously to rob or murder any person in or nigh any common highway [...] or

livre de Bernard de Pavie.

145. Selon H.D.J. BODENSTEIN, "Phases In The Development of Criminal Mens Rea", (1919) 36 *So.Afr.L.J.* 323, p. 335, Huguccio fut le professeur de Bernard de Pavie; contra, J.A. CLARENCE-SMITH, *Medieval Law Teachers and Writers, Civilian and Canonist*, Ottawa, University Press, 1975, p. 33.
146. Voir *supra*, texte correspondant à la note 134.
147. GREEN, "The Jury", *loc. cit.*, note 123, pp. 427 et 436. Pour la période du XVIIe au XIXe siècle, on consultera H.A. SNELLING, "Killing in Self-defense", (1960) 34 *Aust.L.J.* 130 qui examine d'une façon assez détaillée les écrits des grands auteurs anglais de cette période (Pulton, Coke, Hale, Hawkins, Foster, Blackstone et East) et une partie de la jurisprudence du XIXe s.
148. *That a Man killing a Thief in his Defence shall not forfeit his Goods* (1532) (R.-U.), 24 Hen. 8, c. 5 (la doctrine appelle cette loi d'une façon abrégée "Killing a Thief Act").

in their mansions [...] ¹⁴⁹".

Cette loi de 1532 fut interprétée libéralement par les tribunaux comme abolissant également la nécessité de demander un pardon pour les cas visés par la loi ¹⁵⁰. De plus, les tribunaux appliquèrent cette loi et son interprétation libérale à des situations d'homicide en légitime défense autres que celles visées expressément par la loi ¹⁵¹. Il se peut également qu'on ait interprétée cette loi pour permettre l'acquittement ¹⁵² pour les cas visés par la loi. Brown affirme : "The formal pardon in cases of necessary self-defence disappeared after the statute, and in all probability died a natural death at some time during the late sixteenth and early seventeenth centuries ¹⁵³".

-
149. Cité par B.J. BROWN, "Self-Defence in Homicide From Strict Liability to Complete Exculpation", [1958] *Crim.L.R.* 583, p. 590. Voir la discussion de cette loi par T. HOBBS dans "A Dialogue between a Philosopher & a Student", *The English Works of Thomas Hobbes of Malmesbury*, vol. 6, Aalen, Scientia, 1962 (réimpression de l'éd. de 1840), pp. 134-136.
150. BROWN, *id.*, p. 589. La loi prévoyait seulement qu'il n'y aurait plus de confiscation de biens.
151. BROWN, *ibid.*
152. Voir BROWN, *ibid.* et J.H. BEALE, "Retreat from a Murderous Assault", (1902-1903) 16 *Harv.L.Rev.* 567, p. 571 qui mentionnent tous deux l'acquittement dans une affaire en 1534 mais GREEN, "The Jury", *loc.cit.*, note 123, p. 494, écrit : "The Year Book of the case is inconclusive".
153. BROWN, *ibid.* MENON, *op. cit.*, note 128, p. 8, écrit : "When the necessity ceased for a formal pardon in cases clearly not within the statute one cannot say. The pardon was so purely a matter of form that Coke does not mention it, and though Lord Hale speaks of it incidentally, in his time it would seem that one who killed in necessary defence was acquitted since the felony alleged in the indictment was disproved".

Menon explique qu'avant Foster, qui publie en 1762 un essai¹⁵⁴ sur l'homicide : "[...] the old law had been forgotten, and acquittal was a matter of course¹⁵⁵". Foster qui fit des apports théoriques importants sur la légitime défense, remarqua que "The writers on the Crown Law [...] have not treated the subject [of self-defence] with due Precision [...]"¹⁵⁶. Pour Foster, il y a deux genres d'homicide *Se Sua Defendendo* : celui qui est "perfectly Innocent and Justifiable¹⁵⁷" et celui qui est "in some measure Blameable and barely Excusable¹⁵⁸". Foster appelle "Justifiable Self-Defence¹⁵⁹" ce que ces "writers on the

-
154. M. FOSTER, *A Report of some Proceedings on the Commission of Oyer and Terminer and Goal Delivery for the Trial of the Rebels in the Year 1746 in the County of Surry, and of other Crown Cases. To which Are Added Discourses upon a Few Branches of the Crown Law*, Oxon, Professional Books, 1982 (réimpression de l'éd. de 1762).
155. MENON, *op. cit.*, note 128, p. 8; voir aussi B.J. BROWN, "The Demise of Chance Medley and the Recognition of Provocation as a Defence to Murder in English Law", (1967) 7 *Am.J. Legal Hist.* 310 sensiblement au même effet. STEPHEN, *History*, *op. cit.*, note 143, vol. 3, p. 77, affirme : "The Law upon this subject may thus be considered as having fallen into desuetude in the course of the eighteenth century". BLACKSTONE, *op. cit.*, note 129, vol. 4, *Of Public Wrongs* (1769), p. 188, explique que pour éviter les frais de la demande de pardon et de la restitution des biens, "the judges will usually permit (if not direct) a general verdict of acquittal". Les recherches de J.M. BEATTIE, *Crime and the Courts*, Princeton (N.J.), Princeton University Press, 1986, p. 187, pour les années 1660-1800 aux assises de Surrey, indiquent que le jury acquittait l'accusé mais expliquait son verdict par la mention "se defendendo".
156. FOSTER, *op. cit.*, note 154, p. 273.
157. *Ibid.*
158. *Ibid.*
158. *Ibid.*

Crown Law" nomment "Justifiable Homicide"¹⁶⁰". Il définit ainsi la "Justifiable Self-Defence" :

In the Case of Justifiable Self-Defence the injured Party may repel Force with Force in Defence of his Person, Habitation, or Property, against one who manifestly intendeth and endeavoureth with Violence or Surprize to commit a known felony upon either. In these Cases He is not obliged to retreat, but may pursue his Adversary 'till He findeth himself out of Danger, and if in a Conflict between them He happeneth to Kill, such Killing is Justifiable¹⁶¹.

Foster décrit l'autre forme de "Self-Defence" comme étant "Culpable and through the Benignity of the Law Excusable"¹⁶² et appelle celle-ci : "Homicide se Defendendo upon Chance-medley"¹⁶³". Pour Foster, l'expression "Chance-medley" doit être entendue comme "a sudden casual Affray Commenced and Carried on in the heat of Blood"¹⁶⁴", de telle sorte que "Homicide se Defendendo upon Chance-medley" signifie :

[...] that the Person when engaged in a sudden affray quitted the Combat before a Mortal Wound given, and retreated or fled as far as He could with Safety, and then urged by meer Necessity Killed his Adversary for the Preservation of his own Life¹⁶⁵.

160. *Ibid.*

161. *Ibid.*

162. *Id.*, p. 275.

163. *Ibid.*

164. *Id.*, p. 276.

165. *Ibid.* BLACKSTONE, *op. cit.*, note 129, vol. 4, *Of Public Wrongs (1769)*, pp. 183-184, reprend essentiellement l'analyse de Foster sur ce point; pour Blackstone l'homicide "in self-defence, or se defendendo, upon a sudden affray" est excusable. EAST, *op. cit.*, note 121, pp. 271-280, traite de la légitime défense de la même façon

En 1828, la distinction entre l'homicide justifiable et excusable est abolie, car une loi prévoit qu'aucune punition ni confiscation des biens ne peut être imposée à une personne qui en a tué une autre en légitime défense¹⁶⁶. Des articles de loi au même effet sont adoptés au Canada¹⁶⁷. En 1883, Stephen écrit que la distinction entre les deux homicides présente un "historical interest, though at present it involves no legal consequences"¹⁶⁸. Il ne faut pas interpréter ce passage de Stephen, ainsi que le fait une certaine doctrine¹⁶⁹, comme signifiant que la distinction entre justification et l'excuse n'est pas importante. Stephen

que Foster. Dans la Province-Unie du Canada, J. CRÉMAZIE, *Les lois criminelles anglaises* [titre abrégé, voir notre bibliographie], Québec, Imprimerie Frechette, 1842, pp. 68-69, suit également Foster pour l'homicide excusable "commis pour sa propre défense".

166. *An Act for consolidating and amending the Statutes in England relative to Offences against the person* (1828) (R.-U.), 9 Geo. 4, c. 31, art. 10 : "Provided always, and be enacted, That no punishment or forfeiture shall be incurred by any person who shall kill another by misfortune or in his own defence, or in any other manner, without felony" (la doctrine appelle habituellement cette loi "Offences against the Person Act 1828"). Cet article 10 est abrogé et repris par *Offences against the Person Act 1861* (R.-U.), 24 & 25 Vict., c. 100, art. 7, voir STEPHEN, *History*, op. cit., note 143, vol. 3, p. 77.
167. Pour la Province-Unie du Canada, l'Acte pour consolider et amender les statuts de cette Province, relatifs aux offenses contre les personnes, S.Prov.C. 1841, c. 27, art. 8 et pour la Confédération du Canada, l'Acte concernant les offenses contre la Personne, S.C. 1869, c. 20, art. 7.
168. STEPHEN, *History*, op. cit., note 143, vol. 3, p. 11.
169. STUART, *Canadian Criminal Law*, op. cit., note 76, p. 389, soutient que Stephen "avoided exploring any such distinction on the ground that it would serve no purpose".

reconnait l'importance des notions de justification et d'excuse¹⁷⁰.

Dans les rapports¹⁷¹ des "Criminal Law Commissioners" qui s'échelonnent de 1833 à 1849, la légitime défense est considérée comme une justification pour les cas d'homicide¹⁷².

Le projet de loi¹⁷³ de 1874 rédigé par Stephen et voulant modifier le droit sur l'homicide, qualifie de non

-
170. STEPHEN, "The Criminal Code (1879)", *loc. cit.*, note 111, pp. 151-155, défend le bien-fondé de l'art. 19 du *English Draft Code* de 1879 contre les critiques du juge Cockburn. Cet art. 19, cité *infra*, Annexe "A", p. 282, est l'ancêtre du par. 8(3) du C.cr. qui préserve les principes et règles de la common law qui font d'une circonstance, une justification ou une excuse. Stephen, *id.*, p. 153, écrit : "it is hardly possible to foresee all the circumstances which might possibly justify or excuses acts which might otherwise be crimes". Cet *English Draft Code* se trouve dans R.-U., H.C., CRIMINAL CODE BILL COMMISSION, *Report of the Royal Commission Appointed to Consider the Law Relating to Indictable Offences: With an Appendix Containing a Draft Code Embodying the Suggestions of the Commissioners*, C. 2345 dans *Sessional Papers* (1878-79), vol. 20, p. 169 (Président : C.B. Blackburn).
171. Pour un aperçu de ces rapports, voir R. CROSS, "The Reports of the Criminal Law Commissioners (1833-1849) and the Abortive Bills of 1853", dans P.R. GLAZEBROOK (dir.), *Reshaping the Criminal Law: Essays in honour of Glanville Williams*, Londres, Stevens, 1978, pp. 5-20.
172. Par exemple, voir R.-U., H.C., *Fourth Report from Her Majesty's Commissioners for Revising and Consolidating the Criminal Law*, c. 940 dans *Sessional Papers* (1847-48), vol. 27, chap. XV, section 5, art. 12, p. 167 et cité *infra*, Annexe "A", p. 280.
173. R.-U., H.C., P.L. 44, *Homicide Act, 1874* dans *Sessional Papers* (1874) vol. 2, 365; ce projet est étudié dans : R.-U., H.C., *Special Report from the Select Committee on Homicide Law Amendment Bill; Together with the Proceedings of the Committee, Minutes of Evidence, and Appendix*, no 315 dans *Sessional Papers* (1874), vol. 9, 471 et 771 (Président: R. Lowe).

criminel, l'homicide commis par l'usage de la force justifiée¹⁷⁴.

Un autre projet de loi rédigé par Stephen et portant sur un code pénal, le *Criminal Code (Indictable Offences)*, 1878¹⁷⁵, propose qu'infliger intentionnellement la mort ou des lésions corporelles en légitime défense ne constitue pas une infraction. Le projet de loi spécifie les conditions pour qu'il y ait justification¹⁷⁶.

Ce projet de loi de 1878 meurt au feuilleton après une deuxième lecture à la Chambre des communes. Immédiatement après, le gouvernement anglais crée la "Criminal Code Bill Commission"¹⁷⁷ chargée d'étudier ce projet de loi mort au feuilleton. Cette Commission, dont Stephen est l'un des quatre commissaires, soumet son rapport¹⁷⁸ en 1879. Ce rapport comporte un projet de code pénal dans son annexe, projet que les pénalistes appellent le *English Draft Code*. Ce nouveau projet de code pénal de la

174. P.L. 44, *Homicide Act, 1874*, *id.*, art. 23, p. 37 et cité *infra*, Annexe "A", p. 280.

175. R.-U., H.C., P.L. 178, *Criminal Code (Indictable Offences)*, 1878 dans *Sessional Papers (1878)*, vol. 2, p. 5.

176. *Id.*, art. 119 et 120, pp. 72-73 et cités *infra*, Annexe "A", p. 281. Sur ces deux dispositions, le R.-U., H.-C., "Memorandum 'Showing the ALTERATIONS proposed to be made in the existing Law by the CRIMINAL CODE (INDICTABLE OFFENCES) Bill, if Amended, as proposed by the Attorney General'", no 276 dans *Sessional Papers (1878)*, vol. 63, 159, rédigé par Stephen, explique, p. 164 : "It is possible that the law may be slightly altered by Clauses 119 and 120, as the present law on the subject is intricate and confused [...]. But the alteration, if any, is very slight".

177. CRIMINAL CODE BILL COMMISSION, *op. cit.*, note 170.

178. *Ibid.*

Commission modifie¹⁷⁹ considérablement les dispositions sur la défense de la personne du projet de loi de 1878. Les modifications sont dues au président de la Commission, Lord Blackburn¹⁸⁰, mais le rapport ne contient pas les motifs de ces changements¹⁸¹. Le Procureur général, Sir John Holker, explique¹⁸² plus tard que celles-ci sont une "amplification"¹⁸³ du sujet.

Les Commissaires expliquent dans leur rapport l'effet d'employer l'expression "justified" dans les dispositions sur la légitime défense dans le *English Draft Code* : " [the effect] would be not only to relieve him from punishment, but also to afford him a statutable defence against a civil action for what he had done¹⁸⁴". Nous reviendrons¹⁸⁵ sur le chevauchement

-
179. *Id.*, art. 55-57, pp. 241-242 et cités en partie, *infra*, Annexe "A", p. 282, sous la rubrique *English Draft Code (1879)*. À l'art. 57, les Commissaires ajoutent la note marginale suivante : "This perhaps extends the law, but it appears reasonable".
180. Voir H.E. TASCHEREAU, *The Criminal Code of the Dominion of Canada As Amended in 1893 With Commentaries, Annotations, Precedents of Indictments, &c., &c.*, Toronto, Carswell 1893, p. v.
181. R. CROSS, "The Making of English Criminal Law: (6) Sir James Fitzjames Stephen", [1978] *Crim.L.R.* 652, p. 661, écrit : "Some of us would give a lot to have been a fly on the wall at those five-hour meetings of the Criminal Code Commissioners".
182. R.-U., H.C., *Parliamentary Debates*, 3e sér., vol. 245, aux col. 313-314 (3 avril 1879).
183. *Id.*, col. 313.
184. CRIMINAL CODE BILL COMMISSION, *op. cit.*, note 170, p. 179. Sur l'application de ce principe, voir FORTIN et VIAU, *op. cit.*, note 73, p. 253 et *Priestman c. Colangelo et al.*, [1959] R.C.S. 615. Notons que dans la *Crimes Act 1961*, 1961 (N.-Z.), no 43, un "code pénal" fortement influencé par le *English Draft Code*, l'art. 2 définit ainsi le mot

historique entre le droit civil et le droit pénal pour la légitime défense.

Les articles sur la légitime défense du *English Draft Code* sont adoptés presque textuellement au Canada dans le *Code criminel*, 1892¹⁸⁶. Une seule modification législative importante et concernant l'art. 37 a été apportée depuis à ces articles. Dans le *Code criminel* révisé de 1955¹⁸⁷, les mots "accompagnée d'insultes" qui apparaissaient dans l'ancienne disposition¹⁸⁸ sont supprimés. Cette modification avait été proposée par la Commission chargée de la révision du *Code criminel*. Martin, juriste de cette Commission, explique que la disposition d'avant 1955 "appears to be grounded in the distinction between assault and battery [...]"¹⁸⁹ et que l'élimination de ces mots "will overcome the impression that in a case of assault the one who

"Justified" : "in relation to any person, means not guilty of an offence and not liable to any civil proceeding".

185. Voir *infra*, p. 133.

186. Précité, note 22, art. 45-47 et cités en partie *infra*, Annexe "A", pp. 286 et 287.

187. S.C. 1953-54, c. 51, art. 37 et cité *infra*, Annexe "A", p. 287.

188. Le par. 55(1) du *Code criminel*, S.R.C. 1927, c. 36 se lit ainsi : "55. [**Défense contre les insultes**] Chacun est justifiable d'avoir recours à la force pour se défendre lui-même, ou pour défendre quelqu'un qui est sous sa protection, d'une attaque accompagnée d'insultes; mais il ne doit faire usage que de la force nécessaire pour repousser cette attaque ou sa répétition". Ce par. 55(1) correspond aujourd'hui au par. 37(1) du C.cr.

189. J.C. MARTIN, *The Criminal Code of Canada*, Toronto, Cartwright, 1955, p. 114.

strikes the first blow is the guilty party¹⁹⁰..

5. **Plan de la thèse.** Dans la première partie de notre travail, "Légitime défense et justification", nous aborderons trois questions. D'abord, nous examinerons trois fondements philosophiques de la légitime défense comme justification. Dans le chapitre suivant, nous analyserons les conditions d'exercice de la légitime défense. Notre troisième chapitre vise la légitime défense putative, sans doute un des sujets les plus ardu et compliqué de la théorie pénale.

Dans notre deuxième partie, "Légitime défense et excuse", nous avons choisi trois questions. Le premier chapitre est consacré à l'étude de l'erreur. Dans le chapitre suivant, nous explorerons une dimension théorique fort négligée, soit l'excès de force en légitime défense due à la peur ou au désarroi. Le dernier chapitre porte sur le "syndrome de la femme battue" et les cas de non-confrontation.

190. *Ibid.*

PREMIERE PARTIE

LÉGITIME DÉFENSE ET JUSTIFICATION

"[a crime is an] action
which is contrary to the
rights of others"
Feuerbach¹⁹¹

Chapitre I

Les fondements philosophiques

de la légitime défense comme justification

Nous découvrons rapidement en étudiant les fondements de la légitime défense comme justification que ceux-ci sont en grande partie philosophiques et qu'il est impossible de traiter dans ce court travail de tous ceux qui ont été proposés¹⁹². Le

191. Cité par HASSEMER, *loc. cit.*, note 20, pp. 593-594.

192. Pour d'autres théories, voir F. WHARTON, *Philosophy of Criminal Law*, Holmes Beach (Floride), Gaunt, 1989 (réimpression de : Philadelphia, Kay, 1880), pp. 134-138 (théories du contrat social et de la prévention); N.M. OMICHINSKI, "Applying the Theories of Justifiable Homicide to Conflicts in the Doctrine of Self-Defense", (1987) 33 *Wayne L.Rev.* 1447, pp. 1449-1452 (théories de "Moral Forfeiture of the Right to Life" et "The Right to Resist Unlawful Aggression" pour la justification de l'homicide); J. DRESSLER, *Understanding Criminal Law*, New York, Matthew Bender, 1987, pp. 200-201 ("Utilitarian Explanations" et "Non-Utilitarian Explanations"); G.P. FLETCHER, *Rethinking*, *op. cit.*, note 18, pp. 856-857 ("Necessary Defense as an Excuse"); voir aussi S.H. KADISH, "Respect for Life and

classement même de ces fondements s'avère une tâche difficile qui varie énormément d'un philosophe à un autre.

Nous avons choisi de traiter de trois fondements : le droit naturel, la théorie de justice absolue qui stipule que le "droit n'a pas à reculer devant l'injustice" et la comparaison des intérêts juridiques en conflit parce qu'ils nous semblent à la fois les plus actuels et les plus permanents. De plus, leur lien avec la théorie juridique est facile à établir et ils correspondent à nos propres idées. Malheureusement, sur cette question, la doctrine canadienne, sans doute plus préoccupée par l'analyse des règles elles-mêmes, est assez silencieuse.

Section I. Le droit naturel

La notion précise du droit naturel a évolué beaucoup à travers l'histoire de la philosophie¹⁹³. Donner une définition précise du droit naturel peut varier selon l'époque, par exemple

Regard for Rights in Criminal Law", (1964) 64 *Calif.L.Rev.* 871; H. BEDAU, "The Right to Life", (1968) 52 *The Monist* 550, A.J. ASHWORTH, "Self-Defence and the Right to Life", (1975) 34 *Camb.L.J.* 282; G.P. FLETCHER, "The Right to Life", (1979) 13 *Georgia L.Rev.* 1372 et, du même auteur, *A Crime of Self-Defense, Bernhard Goetz and the Law on Trial*, New York, Free Press, 1988, pp. 27-33 [ci-après *A Crime of Self-Defense*]; D. WASSERMAN, "Justifying Self-Defence", (1987) 16 *Philosophy & Public Affairs* 356, pp. 357-361.

193. Voir : M.B. CROWE, *The Changing Profile of the Natural Law*, La Hague, Martinus Nijhoff, 1977; P.E. SIGMUND, *Natural Law in Political Thought*, Cambridge (Massachusetts), Winthrop, 1971; A.P. D'ENTRÈVES, *Natural Law - An Introduction To Legal Philosophy*, 2e éd., Londres, Hutchinson University Library, 1972; F. POLLOCK, "The History of the Law of Nature: A Preliminary Study", (1900) 2 *Jour.Comp.Leg.* (new series) 418.

l'époque romaine, le Moyen-Age, ou les temps modernes. La signification précise de cette expression, droit naturel, peut même changer d'un auteur à l'autre. À ce propos, Dias explique :

The term 'natural law' like positivism, has been variously applied by different people at different times. (1) Ideals which guide legal development and administration. (2) A basic moral quality in law which prevents a total separation of the 'is' from the 'ought'. (3) The method of discovering perfect law. (4) The content of perfect law deductible by reason. (5) The conditions *sine quibus non* for the existence of law¹⁹⁴.

Pour nous, le droit naturel représente une conception idéale du droit qui transcende le droit positif et que Sir Barker rend bien :

The origin of the idea of natural law may be ascribed to an old and infeasible movement of the human mind [...] which impels it towards the notion of an eternal and immutable justice; a justice which human authority expresses, or ought to express - but does not make [...]. This justice is conceived as being the higher or ultimate law, proceeding from the nature of the universe - from the Being of God and the reason of man¹⁹⁵.

Chez les Grecs, la légitime défense était conçue comme "[...] l'exercice d'un droit naturel¹⁹⁶". Pour les Romains¹⁹⁷,

194. R.W.M. DIAS, *Jurisprudence*, 5e éd., Londres, Butterworths, 1985, p. 470.

195. Sir Ernest BARKER, *Traditions of Civility*, cité dans D'ENTRÈVES, *op. cit.*, note 193, p. 14.

196. W. JEANDIDIER, *Droit pénal général*, Paris, Montchrestien, 1988, p. 240. Sur la légitime défense en droit grec, voir D.M. MACDOWELL, *Athenian Homicide Law in the Age of the Orators*, Manchester, The University Press, 1963, pp. 75-76 et M. GAGARIN, "Self-defense in Athenian Homicide Law", (1978) 19 *Greek, Roman and Byzantine Studies* 111.

celle-ci était "un principe général de droit"¹⁹⁸ qui trouvait son fondement dans le droit naturel¹⁹⁹. Un certain passage²⁰⁰ du *Digeste* de Justinien suggère cependant que son fondement est le *jus gentium* plutôt que le *jus naturale*. Weinreb explique que ces deux droits pouvaient se référer à une même conception : "the former [*ius gentium*] emphasizing its universality and the latter its source"²⁰¹". Les ouvrages de droit citent souvent un passage du *Plaidoyer pour T.A. Milon* de Cicéron pour soutenir le fondement de la légitime défense dans le jusnaturalisme :

[Traduction] Il est en effet une loi non écrite, mais innée; une loi que nous n'avons ni apprise de nos maîtres, ni reçue de nos pères, ni étudiée dans nos livres : nous la tenons de la nature même; nous l'avons puisée dans son sein; c'est elle qui nous l'a inspirée : ni les leçons, ni les préceptes ne nous ont instruits à la pratiquer; nous l'observons par sentiment; nos âmes en sont pénétrées. Cette loi dit que tout moyen est honnête pour sauver nos

-
197. Le droit romain ne donne pas de "définition générale de la légitime défense", voir LISZT, *op. cit.*, note 52, p. 210. Liszt, *id.*, p. 209, ajoute que ce n'est pas l'illégalité qui est exclue par la légitime défense mais la responsabilité puisque le "dolus [l'intention] nécessaire manque".
198. LAINGUI, *op. cit.*, note 136, p. 259.
199. *Ibid.* et METZ, *loc. cit.*, note 134, p. 109, qui citent les passages du *Digeste* dans le *Corpus Iuris Civilis* de Justinien. Pour un exposé sur la légitime défense en droit romain, voir T. MOMMSEN, *Le droit pénal romain*, t. 2, trad. de J. Duquesne, Collection "Manuel des antiquités romaines", vol. XVIII, Paris, Fontemoing, 1907, pp. 334-336.
200. Voir METZ, *ibid.*
201. L.L. WEINREB, *Natural Law and Justice*, Cambridge, Harvard University Press, 1987, p. 47. LAINGUI, *op. cit.*, note 136, p. 260, dit que plus tard, pour l'école du droit naturel moderne, "droit des gens et droit naturel sont confondus".

jours lorsqu'ils sont exposés aux attaques et aux poignards d'un brigand et d'un ennemi : car les lois se taisent au milieu des armes; elles n'ordonnent pas qu'on les attende, lorsque celui qui les attendrait serait victime d'une violence injuste avant qu'elles pussent lui prêter une juste assistance²⁰².

Weinreb affirme qu'au VI^e siècle, le droit naturel "had taken hold as an ethical standard rooted in some permanent and enduring reality, against which actual law could be tested"²⁰³.

En droit canonique médiéval, le principe de la légitime défense se fonde également sur le droit naturel²⁰⁴. Metz affirme: "Les décrétistes, les décrétalistes et les papes eux-mêmes se réfèrent au texte du *Digeste* pour justifier la légitime défense²⁰⁵". Selon Saint Thomas d'Aquin, il est licite, pour protéger sa propre vie, de poser un geste qui entraîne la mort d'une autre personne, "[...] puisqu'il est naturel à un être de se maintenir dans l'existence autant qu'il le peut"²⁰⁶. Pour les philosophes scolastiques, le droit naturel "[...] prend place

202. M.T. CICÉRON, *Oeuvres complètes de Cicéron avec la traduction en français*, sous la direction de M. Nisard, t. 3, Paris, Librairie de Firmin-Didot, 1927, chap. 4 du "Plaidoyer Pour T.A. Milon" (*Pro Milone*), pp. 215-216. CICÉRON, *id.*, t. 4, "Traité de la République" (*De republica*), livre 3, chap. 22, p. 329, définit le droit naturel : "Il est une loi véritable, la droite raison conforme à la nature, immuable, éternelle, qui appelle l'homme au bien par ses commandements, et le détourne du mal par ses menaces [...]".

203. WEINREB, *op. cit.*, note 201, p. 46.

204. METZ, *loc. cit.*, note 134, pp. 108-109.

205. *Id.*, p. 109.

206. *Somme théologique*, *op. cit.*, note 138, II-II, q. 64, art. 7, p. 431.

dans la morale, au chapitre de la justice; il n'est que la loi morale en tant qu'elle s'applique à la réglementation des relations sociales²⁰⁷"; de plus, le droit naturel se réduit à "des principes généraux, fondements de l'ordre social²⁰⁸" et dont certains principes nous viennent de la nature. Notons, en terminant avec la doctrine de l'Église, que le canon 1323, § 5 du nouveau *Code de droit canonique* de 1983 prévoit que la légitime défense rend la violation d'une loi ou d'un précepte non punissable²⁰⁹.

Parmi les grands juristes du continent européen, Grotius (1583-1645) et Pufendorf (1632-1694) fondent également la légitime défense dans le droit naturel. Ces auteurs ont exercé une influence profonde sur les philosophes et juristes qui les ont suivis²¹⁰. Dans son traité, *De jure belli ac pacis*, Grotius

207. J. LECLERCQ, *Leçons de droit naturel*, v. 1, *Le fondement du droit et de la société*, Namur, Ad. Wesmael-Charlier, 1933, p. 18.

208. *Id.*, p. 19.

209. *Code de droit canonique*, Ottawa, Service des Éditions de la Conférence des Évêques catholiques du Canada, 1984, can. 1323, § 5, p. 229 et cité *infra*, Annexe "A", p. 289. Selon la doctrine canonique, la légitime défense est une circonstance qui exclut "l'imputabilité" dans la théorie du délit canonique, voir *infra*, p. 208 et O. ECHAPPE, "L'imputabilité de l'acte délictueux : du droit romain au droit canonique", (1987) 30 *L'année canonique* 115, pp. 127-130.

210. CROWE, *op. cit.*, note 193, p. 225, écrit : "Grotius's most influential follower was Samuel Pufendorf (1632-1694); through him may be traced Grotius' influence upon Locke, Rousseau, Thomasius, Wolff, Barbeyrac, Burlamaqui, Blackstone and Montesquieu - a list whose variety is a tribute to Grotius's universality and Pufendorf's versatility".

identifie la légitime défense à un droit et remarque que "[...] ce droit de se défendre vient directement & immédiatement du soin même de nôtre conservation, que la Nature recommande à chacun, & non pas de l'injustice ou du crime de l'Agresseur²¹¹". Pour Grotius, le droit naturel se compose de certains principes :

[...] la Droite Raison, qui nous fait connoître qu'une Action est moralement honnête ou deshonnête, selon la convenance ou la disconvenance nécessaire qu'elle a avec une Nature Raisonnée et Sociable; & par conséquent que Dieu, qui est l'auteur de la Nature, ordonne ou défend une telle Action²¹².

Pour Pufendorf, la légitime défense est aussi un droit²¹³. Dans son livre, *De Jure Naturae et Gentium Libri Octo*, Pufendorf expose le fondement de la légitime défense : "With the preservation of oneself, which is commended to every man by his most ardent love of his own person and by reason itself, is connected also self-defence, or the warding off of evils which tend to a man's injury, and are threatened by another man²¹⁴".

211. H. GROTIUS, *Le droit de la guerre et de la paix*, trad. par J. Barbeyrac, Caen, Université de Caen, Centre de philosophie politique et juridique, 1984 (réimpression de: Amsterdam, P. de Coup, 1724), tome 1, livre 2, ch. 1er, § 3, p. 208.

212. *Id.*, t. 1, chap. 1, § 10, pp. 48-49.

213. S. PUFENDORF, *Les Devoirs de l'homme et du citoyen: tels qu'ils lui sont prescrits par la loi naturelle*, t. 1, trad. par J. Barbeyrac, 6e éd., Caen, Centre de philosophie politique et juridique, Université de Caen, 1984 (réimpression de l'édition : Londres, Nourse, 1741), chap. XXI, p. 175 : "Le même droit que nous avons dit que chacun a pour la défense de sa vie contre un injuste Agresseur, on l'a aussi pour la défense de son corps [...]".

214. S. PUFENDORF, *De Jure Naturae Et Gentium Libri Octo*, vol. 2, *The Translation of the edition of 1688* par C.H. Oldfather and W.A. Oldfather, Oxford, The Clarendon Press,

Chez les juristes anglais, Foster (1689-1763) fonde aussi la "Justifiable Self-Defence" sur le droit naturel :

The Right of Self-Defence in these Cases is founded in the Law of Nature, and is not nor can be superseded by any Law of Society. [...] I say before societies were formed for mutual Defence and Preservation, the Right of Self-Defence resided in Individuals; it could not reside elsewhere. And since in Cases of Necessity, Individuals incorporated into Society cannot resort for Protection of the Law of the Society, that Law with great Propriety and strict Justice considereth them as still in that Instance under the Protection of the Law of Nature²¹⁵.

Selon Blackstone (1723-1780), les hommes possèdent des droits absolus ("absolute rights"), par exemple "such as would belong to their persons merely in a state of nature, and which every man is entitled to enjoy whether out of society or in it²¹⁶". Le but de la société est de protéger l'exercice de tels droits : "[...] the principal aim of society is to protect individuals in the enjoyment of those absolute rights, which were vested in them by the immutable laws of nature [...]"²¹⁷. Parmi

1934, livre II, chapitre V, p. 264 (ce chapitre est entièrement consacré à la légitime défense).

215. FOSTER, *op. cit.*, note 154, pp. 273-274; Foster distingue deux genres de "Self-Defence" : la "Justifiable Self-Defence" et celle qui est "Culpable and through the Benignity of the Law Excusable", voir *supra*, p. 44. On ne peut que noter l'influence du *De Cive* de Thomas Hobbes dans ce passage de Foster, voir HOBBS, *op. cit.*, note 149, vol. 2.
216. BLACKSTONE, *op. cit.*, note 129, vol. 1, *Of the Rights of Persons* (1765), p. 119. Pour une discussion du droit à la vie et de Blackstone, voir BEDAU, *loc. cit.*, note 192.
217. BLACKSTONE, *id.*, p. 120.

ceux-ci, le droit à la sécurité personnelle consiste "[...] in a person's legal and uninterrupted enjoyment of his life, his limbs, his body, his health, and his reputation²¹⁸".

Selon Blackstone, la vie est un don de Dieu et "a right inherent by nature in every individuals [...]"²¹⁹". De plus, une personne a un droit naturel et inhérent à ses membres ("a man's limbs")²²⁰. Ces constatations portent Blackstone à conclure : "Both the life and limbs of a man are of such high value, in the estimation of the law of England, that it pardons even homicide if committed *se defendendo*, or in order to preserve them²²¹". Plus loin, dans ces commentaires, Blackstone admettra que : "Self-defence, therefore, as it justly called the primary law of nature, so it is not, neither can it be in fact, taken away by the law of society²²²".

Les tribunaux anglais admettent aussi que la conservation de soi-même ("self-preservation") découle de la nature. En 1562, dans l'arrêt *Hales c. Petit*²²³, le Common Bench décide que le suicide est une infraction contre Dieu, le Roi et la nature; le suicide est contraire à la nature, car : "[...] it

218. *Id.*, p. 125.

219. *Ibid.*

220. *Id.*, p. 126.

221. *Ibid.*

222. BLACKSTONE, *op. cit.*, note 129, vol. 3, *Of Private Wrongs* (1768), p. 4.

223. (1562) 1 Plowden 253, 75 E.R. 387 (Common Bench).

is contrary to the rules of self-preservation, which is the principle of nature, for every thing living does by instinct of nature defend itself from destruction [...] ²²⁴". Dans un arrêt du XIXe siècle, on retrouve un commentaire du juge Parke qui démontre que la magistrature voit dans la légitime défense un droit provenant de la nature :

Where a man strikes at another, within a distance capable of the latter being struck, nature prompts the party struck to resist it, and he is justified in using such a degree of force as will prevent a repetition ²²⁵.

Aujourd'hui, une certaine doctrine canadienne explique la légitime défense comme "une forme de nécessité découlant de l'instinct de conservation ²²⁶". Sur le plan juridique, il serait plus juste de parler du "droit de conservation ²²⁷" plutôt que de "l'instinct de conservation". Ce droit de conservation est reconnu par notre jurisprudence. Dans l'arrêt *R. c. Stanley*, le juge Branca déclare : "the law of self-defence is founded upon the right of one to survive and is a paramount law [...] ²²⁸".

224. *Id.*, p. 400 (E.R.).

225. *Anon.*, (1836) 2 Lew. 48, 168 E.R. 1075 (Assizes).

226. FORTIN et VIAU, *op. cit.*, note 73, p. 254. Dans l'arrêt *R. c. Bédard*, (1986) 2 Q.A.C. 132, pourvoi à la Cour suprême du Canada rejeté [1988] 1 R.C.S. 231, l'on cite, p. 135, la directive suivante du juge au procès : "Le principe de la légitime défense découle, du point de vue légal, de la nécessité instinctive de se protéger".

227. Expression empruntée à Trousse, cité dans J.-P. DOUCET, *Précis de Droit pénal général*, Liège, Faculté de droit, d'économie et de sciences sociales de l'Université de Liège, 1976, p. 147.

228. (1977) 36 C.C.C. (2d) 216 (C.A. C.-B.), p. 230.

Le droit à la légitime défense procède du droit à la vie, à la liberté et à la sécurité que l'art. 7 de la Charte reconnaît²²⁹. En droit international des droits de la personne, la légitime défense découle aussi du droit à la vie. Selon l'al. 2(2)a) de *La Convention [européenne] de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, l'emploi de la force nécessaire pour la défense de la personne contre la violence illégale n'est pas considéré comme une violation du droit à la vie :

Article 2

1. Le droit de toute personne à la vie est protégé par la loi. La mort ne peut être infligée à quiconque intentionnellement, sauf en exécution d'une sentence capitale prononcée par un tribunal au cas où le délit est puni de cette peine par la loi.

2. La mort n'est pas considérée comme infligée en violation de cet article dans les cas où elle résulterait d'un recours à la force rendu absolument nécessaire : a) pour assurer la défense de toute personne contre la violence illégale [...]²³⁰.

229. Pour le texte de l'art 7, voir *supra*, note 106. Sur le sujet, voir T. GIVANOVITCH, "La légitime défense et les droits de l'homme", [1956] *R.I.D.P.* 37.

230. (1955) 23 *R.T.N.U.* 221, art. 2, cité dans *Code des droits et libertés, Textes réunis par A. MOREL*, 3e éd., Montréal, Thémis, 1989, pp. 323-324. J.E.S. FAWCETT, *The Application of the European Convention on Human Rights*, 2e éd., Oxford, Clarendon Press, 1987, p. 39, affirme que l'exception de l'al. 2(2)a) semble s'appliquer, lorsqu'elle est lue textuellement, à la légitime défense par un particulier et par une autorité publique. Cependant Fawcett précise : "In principle an act of a private individual cannot itself constitute a breach of the Convention, and from this it must follow that, in the administration of the Convention, the exceptions listed in this paragraph must be understood as being applicable only to acts of killing by persons exercising public authority".

Archibald²³¹ soutient avec raison que toute tentative d'abolir la légitime défense violerait le droit à la sécurité d'une personne et ne serait pas justifiée par l'art. 1 de la Charte²³².

Le droit à la légitime défense est un droit naturel que tout être humain possède²³³. La légitime défense ne peut donc être considérée que comme une justification. Hassemer explique qu'une justification "concerns a level which precedes positive law²³⁴" et c'est pourquoi l'on recherche le fondement des justifications dans le droit naturel et la morale²³⁵. Dans son étude sur le droit naturel, Passerin d'Entrèves conclut que la morale et l'éthique sont indissociables : "the doctrine of natural law is in fact nothing but an assertion that law is part

231. ARCHIBALD, *loc. cit.*, note 26, p. 406.

232. L'art. 1 de la Charte, précitée, note 38 se lit : "1. [Droits et libertés au Canada.] La Charte canadienne des droits et libertés garantit les droits et libertés qui y sont énoncés. Ils ne peuvent être restreints que par une règle de droit, dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique".

233. GIVANOVITCH, *loc. cit.*, note 229, p. 38, affirme : "Les philosophes du droit naturel admettent que la légitime défense est l'un des droits naturels de l'homme. Ainsi Belime en affirmant le droit d'existence, c'est-à-dire à la vie, dit que la légitime défense est un droit 'qui n'est qu'une conséquence du droit d'existence'. Ce droit est appelé, dit-il, par les anciens jurisconsultes *jus inculpatæ tutelæ*" (note de l'auteur omise). Voir aussi M.A. GONSALVES, *Fagothey's Right & Reason Ethics in Theory and Practice*, 9e éd., Columbus, Merrill, 1989, pp. 259-261.

234. HASSEMER, *loc. cit.*, note 20, p. 594.

235. *Ibid.*

of ethics²³⁶". Cette conclusion rejoint une des interprétations du droit avancées par Berman : "Law is also an expression of moral standards as understood by human reason. This view of law [...] is associated with natural-law theory [...]"²³⁷".

Que pensons-nous de ce fondement? Des trois fondements que nous examinons dans ce chapitre, le jusnaturalisme nous semble le plus conforme au droit canadien. Le droit naturel inhérent à chaque personne de défendre sa vie, sa liberté et sa sécurité est reconnu implicitement à l'art. 7 de la Charte.

Le fondement du droit naturel explique très bien la proportionnalité entre l'attaque et la défense. Dans le prochain chapitre, nous étudierons plus à fond cette condition. Prins définissait la proportionnalité ainsi : "la défense doit être proportionnée à la gravité du danger que l'on repousse"²³⁸". Le jusnaturalisme explique bien la proportionnalité parce que le droit naturel fait partie de l'éthique et que la proportionnalité n'est qu'une manifestation de cette éthique. Cette condition de proportionnalité nous est chère et ce ne sont pas tous les fondements de ce chapitre qui peuvent justifier cette condition capitale.

236. D'ENTRÈVES, *op. cit.*, note 193, p. 110.

237. BERMAN, *op. cit.*, note 130, p. 556.

238. A. PRINS, *Science pénale et droit positif*, Bruxelles, Bruylant, 1899, p. 194. Pour un exemple d'une formulation législative de cette condition, voir le par. 3(1) du Code pénal autrichien de 1974 dans *Collection des codes pénaux européens*, *op. cit.*, note 83, p. 14 et cité, *infra*, Annexe "A", p. 291.

La proportionnalité, principe d'éthique, sert à renforcer certaines valeurs importantes comme : la dignité de la personne humaine, le respect pour la vie et l'amour du prochain, même celui de l'agresseur²³⁹. Fletcher explique que "Recognizing the humanity of the aggressor implies that in some situations the defender must absorb an encroachment on his autonomy rather than inflict an excessive cost on the aggressor²⁴⁰". La Cour suprême du Canada a reconnu que les droits n'étaient pas absolus : "Le concept de 'droit' utilisé dans la Charte postule l'existence de relations entre membres de la société, tous titulaires du même droit²⁴¹".

Section II. La théorie de justice absolue : "le droit n'a pas à reculer devant l'injustice"

Pour bien comprendre la maxime allemande "le droit n'a pas à reculer devant l'injustice²⁴²", il faut être conscient de

239. Rappelons que dans l'arrêt *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, p. 136, le juge Dickson, au nom de la Cour, affirme que les valeurs sont à l'origine des droits reconnus dans la Charte et que ceux-ci comprennent "le respect de la dignité inhérente de l'être humain, la promotion de la justice, [...] l'acceptation d'une grande diversité de croyances [...]".

240. FLETCHER, *A Crime of Self-Defense*, op. cit., note 192, p. 34.

241. *Operation Dismantle c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 441, p. 488.

242. LOGOZ, op. cit., note 37, p. 171, emploie l'expression française "force reste au droit" qui transmet la même idée.

l'influence qu'Hegel a eu en droit allemand²⁴³. De plus, c'est avec celui-ci que le "final break with natural law occurs in legal as well as in political theory²⁴⁴". Hegel a été le premier à avoir "donné au droit de légitime défense le caractère d'une théorie scientifique basée sur la nécessité donnant naissance à un droit²⁴⁵". Pour Hegel, la personne agissant en légitime défense affirme un droit : "L'attaque est la négation du droit; la défense est la négation de cette négation, donc l'affirmation du droit²⁴⁶". Régnier explique ainsi cette opinion philosophique: "Dans l'acte défensif, il y a une tentative pour rétablir l'équilibre rompu par une injuste agression. Par là même c'est une oeuvre de justice. Le droit est restauré²⁴⁷".

Pour le droit allemand, Jescheck affirme : "La légitime défense (Notwehr) repose sur cette idée fondamentale que le droit

243. G. FASSO, *Histoire de la Philosophie du droit, XIXe et XXe siècles*, Paris, L.G.D.J., 1976, p. 60, signale qu'après "[...] sa nomination à l'université de Berlin, d'où de sa chaire il domina complètement la culture allemande de l'époque [...]".

244. D'ENTRÈVES, *op. cit.*, note 193, p. 72.

245. G. VIDAL et J. MAGNOL, *Cours de droit criminel et de science pénitentiaire*, 9e éd., t. 1, *Droit pénal général - science pénitentiaire*, Paris, Éditions Rousseau, 1949, p. 356.

246. DONNEDIEU DE VABRES, *op. cit.*, note 131, p. 229, "citant" G.W.F. HEGEL, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, § 127 (la "citation" de Donnedieu de Vabres nous semble fautive en ce qu'elle ne se rapporte pas au paragraphe 127 mais semble plutôt être un résumé de la pensée d'Hegel exprimé à son paragraphe 97). On a qualifié cette doctrine de Hegel, de "doctrine de la nullité de l'injustice", voir VIDAL et MAGNOL, *ibid.*

247. RÉGNIER, *op. cit.*, note 1, p. 68.

n'a pas à reculer devant l'injustice²⁴⁸". Cette idée, rendue en anglais par la maxime "Right should never give way to Wrong²⁴⁹", apparaît en 1848 et se retrouve dans presque toutes les analyses sur la légitime défense. Fletcher explique ainsi le fondement de la légitime défense :

In the German idiom, each case of self-defence represents a conflict between *Recht* (Right) and *Unrecht* (Wrong); the victim stands for the Right; the aggressor for the Wrong - as though each instance of self-defence were an Everyman drama. Another central concept is that of the Legal Order (*die Rechtsordnung*), which in the German view, is threatened by every breach of the law. Thus the autonomy of the defendor [sic] is identified with the idea of Law itself, and every act of self-defence is a defence of the basic structure of legal relationships²⁵⁰.

L'application de la maxime pose cependant un problème lorsque c'est le droit de propriété plutôt que le droit à la vie, à l'intégrité physique ou à la liberté qui est attaqué ou menacé.

-
248. "Droit pénal", *loc. cit.*, note 25, p. 269. S. GRAFF, "Battered Women, Dead Husbands: A Comparative Study of Justifications and Excuse in American and West German Law", (1988) 10 *Loy.L.A.Int'l & Comp.L.J.* 1, p. 29, indique que la légitime défense "[...] is generally viewed as an inherent natural right of the individual to protect her autonomy and vindicate her rights".
249. G.P. FLETCHER, "Proportionality and the Psychotic Aggressor: A Vignette in Comparative Criminal Theory", (1973) 8 *Israel L.Rev.* 367, p. 379 [ci-après "The Psychotic Aggressor"]; Fletcher écrit que la maxime est due à Berner dans "Die Notwehrtheorie" (1848) *Archiv des Criminalrechts*, pp. 547, 557 et 562.
250. FLETCHER, "The Psychotic Aggressor", *id.*, p. 380; Fletcher explique, *id.*, p. 378, que les notions d'autonomie de l'individu et le droit de protéger cette autonomie sous-tendent cette théorie. Sur les analogies de Fletcher entre cette théorie et les écrits de Coke et Locke, voir *id.*, p. 379 et *Rethinking, op. cit.*, note 18, pp. 860-861.

En effet, cette théorie de justice absolue peut difficilement admettre une condition de proportionnalité entre l'attaque et la riposte, c'est-à-dire dans "le rapport de valeurs des intérêts concernés²⁵¹". En effet, une telle condition apparaît contraire à la logique du fondement. Fletcher fait mention d'un arrêt du Tribunal d'Empire allemand en matière pénale rendu en 1920 où l'on a décidé que "the general principle of vindicating the Legal Order would justify shooting and killing an apple thief on the run if that was the only way to stop him²⁵²". L'art. 32 du *Code pénal allemand*²⁵³ de 1975 n'a pas remédié à ce problème. Néanmoins, cette position rigide est maintenant tempérée par la jurisprudence et la doctrine allemande²⁵⁴.

Cette théorie s'explique, sans doute, par une séparation trop rigide entre le droit et l'éthique, séparation qui semble remonter à Kant : "[...] an unjust assailant on my own life, which I defend by taking his life (*jus inculpae tutelae*)

251. JESCHECK, "Droit pénal", *loc. cit.*, note 25, p. 270. LOGOZ, *op. cit.*, note 37, pp. 171-172, sans faire allusion directement à l'explication allemande mais discutant l'opinion que l'on "peut faire à l'agresseur tout le mal nécessaire pour que force reste au droit", affirme : "Cette manière de voir a cependant quelque chose de choquant; ce n'est pas tout à fait sans raison qu'on l'a qualifiée de 'morale d'assassin'".

252. *Rethinking*, *op. cit.*, note 18, p. 871.

253. *Collection des codes pénaux européens*, *op. cit.*, note 83, art. 32, p. 338 et cité *infra*, Annexe "A", p. 291.

254. JESCHECK, "Droit pénal", *loc. cit.*, note 25, p. 270; voir aussi FLETCHER, "The Psychotic Aggressor", *loc. cit.*, note 249, pp. 381-382; du même auteur, *Rethinking*, *op. cit.*, note 18, pp. 870-874; GRAFF, *loc. cit.*, note 248, pp. 30-31.

[...] in such a situation the recommendation of moderation (*moderamen*) is not part of justice [sic], but belongs only to Ethics²⁵⁵". Fletcher affirme que pour Kant : "The Notions of Right and of Justification arise in legal theory, which Kant properly keeps distinct from moral theory²⁵⁶". En terminant avec ce fondement, soulignons une certaine similarité entre la notion suivante de "Right" de Fletcher et celle du droit naturel de Sir Barker²⁵⁷ que nous avons citée plutôt et qui démontrent leur caractère transcendant :

The concept of Right intersects the notions of justice and morality, but is distinguishable from both. [...]

Right, on the other hand, is open-ended, transcendent, undetermined. It cannot be fully known²⁵⁸.

Que pensons-nous de ce fondement? La théorie de justice absolue : "le droit n'a pas à reculer devant

-
255. I. KANT, *The Metaphysical Elements of Justice, Part I of the Metaphysics of Morals*, trad. par J. Ladd, New York, Macmillan, 1965, p. 41. FLETCHER, "The Right", loc. cit., note 47, p. 965, déplore le fait que Ladd ait traduit *Recht* par "justice"; nous devrions donc lire le mot "Right" plutôt que le mot "justice". Sur la légitime défense et Kant, voir : G.P. FLETCHER, "Punishment and Self-Defense", (1989) 8 *Law and Philosophy* 201, pp. 210-211 et 214; du même auteur, *A Crime of Self-Defense*, op. cit., note 192, pp. 32-33; B.S. BYRD, "Kant's Theory of Punishment: Deterrence in Its Threat, Retribution in Its Execution", (1989) 8 *Law and Philosophy* 151, pp. 186-188.
256. FLETCHER, "The Right", id., p. 974. Pour une critique de la position kantienne, voir GONSALVES, op. cit., note 233, p. 236.
257. Voir *supra*, p. 54.
258. G.P. FLETCHER, "Two Modes of Legal Thought", (1981) 90 *Yale L.J.* 970, pp. 981-982.

l'injustice", nous semble le fondement le moins acceptable, car imbu d'un trop grand rationalisme, elle oublie, du moins dans son essence, cette condition de proportionnalité à laquelle nous tenons.

Section III. La comparaison des intérêts²⁵⁹ juridiques en conflit

Ce fondement que l'on appelle couramment en anglais le "principle of lesser evils" peut être résumé sommairement ainsi: "[...] an act can be justified if the interests it protects outweigh the interests supporting omission of the act²⁶⁰". Pour ce fondement, Fletcher écrit : "The source of the right is a comparaison of the competing interests of the aggressor and the defender, as modified by the important fact that the aggressor is the one party responsible for the fight²⁶¹". Fletcher rejette cependant ce fondement qu'il décrit comme dominant dans le monde juridique anglo-américain. Les motifs de Fletcher sont que toutes les vies ont une valeur égale et que le fondement ne peut expliquer le cas de l'agresseur souffrant de désordre mental et

259. G.P. FLETCHER, "The Right to Life", *loc. cit.*, note 192, pp. 1371-1380, explique la différence entre intérêts et droits. Les faits constitutifs des infractions indiquent l'intérêt juridique protégé, voir JESCHECK, "Droit pénal", *loc. cit.*, note 25, p. 268; voir aussi : LISZT, *op. cit.*, note 52, p. 94; A. ESER, "The Principle of 'Harm' in the Concept of Crime: A Comparative Analysis of the Criminally Protected Interests", [1965-66] *Duquesne U.L.Rev.* 345.

260. LENCKNER, *loc. cit.*, note 48, p. 659.

261. FLETCHER, *Rethinking*, *op. cit.*, note 18, pp. 857-858.

ne présentant donc aucune culpabilité²⁶².

Nous ne pouvons pas souscrire à la position du professeur Fletcher. Nous admettons certes le bien-fondé de l'opinion que toutes les vies ont une valeur égale. Si par analogie, on compare ce fondement à une balance avec deux plateaux, dont l'un tient la vie ou l'intégrité physique de l'agresseur et l'autre la vie ou l'intégrité physique de la victime innocente, l'erreur de Fletcher est d'oublier les autres intérêts juridiques sur le plateau de la personne agressée : "In a case of self-defense [...] the need to protect the legitimate interest that has been threatened is supplemented by a further interest - the protection of the public order and legal system from a transgressor²⁶³". La doctrine française voit aussi dans la légitime défense, cette co-opération entre l'individu et l'ordre juridique : "[...] le citoyen qui se défend coopère au lieu et

262. Voir FLETCHER, *id.*, pp. 857-860 et "The Psychotic Aggressor", *loc. cit.*, note 249, pp. 377-378; cependant voir le rejet plus nuancé de FLETCHER, "Justification: Theory", *loc. cit.*, note 34, pp. 944-945. Il faut ici interpréter "culpabilité" dans le sens de blâme ou reproche de faute.

263. M. KREMNIETZER, "Proportionality and the Psychotic Aggressor: Another view", (1983) 18 *Israel L.Rev.* 178, p. 191; voir aussi : LENCKNER, *loc. cit.*, note 48, pp. 652 et 660. ESER, "Justification and Excuse", *loc. cit.*, note 20, p. 632, écrit : "besides defending the individual interest of the defender, self-defense is regarded as the actualization of the legal interest in promotion of general peace". Kremnitzer est d'avis que lorsqu'une personne se défend contre l'attaque d'une autre personne, qu'elle sait souffrir d'un désordre mental, le moyen de défense est la nécessité et non la légitime défense.

place de l'autorité au maintien de l'ordre²⁶⁴". Un tel raisonnement est sensé lorsque l'on considère l'élément de légitime défense accessoire dans d'autres dispositions du C.cr.²⁶⁵

Le défenseur le plus important de ce fondement en Amérique est le professeur Robinson²⁶⁶. Au Canada, Archibald, adhère aussi à cette théorie qui mérite d'être citée *in extenso*:

[...] the principle governing justification is that while a person may have caused the harm prescribed through the definitional elements of an offence, this conduct is nevertheless made lawful by a concurrent rule which recognizes the primacy of another legally protected interest. The concern is not with the actor and his or her disabilities or blameworthiness as is the case with excuses. Rather the analysis looks to the situation in which the actor finds himself or herself, and the relative importance of his or her conduct in those circumstances. Hence the social interest in protecting bodily integrity through criminalization of the acts which are labelled assault or murder yields, under defined conditions, to the higher interest of the enforcement of justice or the protection of oneself or one's property²⁶⁷.

La terminologie employée par le Professeur Archibald

-
264. R. MERLE et A. VITU, *Traité de Droit Criminel*, t. 1, *Problèmes généraux de la science criminelle - Droit pénal général*, 6e éd., Paris, Cujas, 1988, p. 544.
265. Voir par exemple, l'art. 27 du C.cr., recours à la force pour empêcher la perpétration d'une infraction, cité *infra*, Annexe "A", p. 287.
266. P.H. ROBINSON, *Criminal Law Defences*, St. Paul, West, 1984, vol. 1, pp. 83-89 et vol. 2, pp. 69-73 et, du même auteur, "Criminal Law Defences: A Systematic Analysis", (1982) 82 *Colum.L.Rev.* 199, pp. 213-214. Ce fondement est attaqué par D.N. HUSAK, *loc. cit.*, note 47, pp. 498-499 et 501 et WASSERMAN, *loc. cit.*, note 192, pp. 357-361. Comme réponse à Husak, on pourra consulter LISZT, *op. cit.*, note 52, pp. 204-207.
267. ARCHIBALD, *loc. cit.*, note 26, p. 423.

renvoit, comme on le constate, à la théorie tripartite de l'infraction²⁶⁸.

Le fondement de la comparaison des intérêts a une base utilitariste²⁶⁹. Bentham décrivait la légitime défense comme "the repulsion of a greater evil, since even the death of an unjust aggressor is a less evil for society than the suffering of an innocent person²⁷⁰".

Le fondement de la légitime défense sur la comparaison des intérêts en conflit nous semble acceptable. Ce fondement tel que formulé par le "principe of lesser evils" semble comporter implicitement cette condition de proportionnalité qui nous apparaît essentielle. En effet, Omichinski affirme : "The lesser evils theory, by its own terms, requires the principle of proportionality²⁷¹".

Les fondements analysés dans ce chapitre se rapportent plus particulièrement à la légitime défense comme justification. Il est cependant possible d'aller plus loin dans cette recherche philosophique et de s'attarder au fondement même du concept de la

268. Celui-ci est familier avec la doctrine allemande : "German writers have been particularly helpful [...]", *id.*, p. 406.

269. S.M.H. YEO, *Compulsion in the Criminal Law*, Sydney, The Law Book, 1990, p. 6 : "Society determines whether conduct is justifiable on the basis of social utility: if the actor's conduct causes less harm than the harm which he or she thereby avoids, the conduct is justifiable".

270. J. BENTHAM, *Theory of Legislation*, trad. du français d'Etienne Dumont par R. Hildreth, Londres, Kegan Paul, Trench, Trubner, 1931, p. 269.

271. Voir OMICHINSKI, *loc. cit.*, note 192, p. 1455.

"justification". Cela ne nous est pas apparu nécessaire à ce moment. Cependant dans la deuxième partie de notre travail, lorsque nous examinerons pourquoi l'homicide du conjoint par une femme battue dans une situation de non-confrontation ne devrait pas être traité comme une justification, nous devons alors approfondir le concept de la justification.

Chapitre II

Les conditions d'exercice de la légitime défense

L'étude comparative de la légitime défense et de la théorie pénale nous a conduit à dégager les conditions qui doivent être respectées pour que ce moyen de défense puisse constituer une justification.

Il doit d'abord y avoir une attaque illicite contre la vie, l'intégrité physique ou la liberté physique de la personne; à défaut d'une attaque illicite, une menace d'attaque illicite et imminente peut suffire. L'acte de défense doit être nécessaire. Il doit être proportionnel à l'attaque. Enfin, on doit avoir agi pour se défendre ou défendre autrui, pour repousser l'attaque ou la prévenir. Tous les systèmes de droit n'exigent pas ces conditions²⁷².

Dans ce chapitre, nous analyserons ces conditions et nous déterminerons dans quelle mesure le *Code criminel* et les propositions de réforme du droit canadien les respectent.

272. Comme nous l'avons vu, la proportionnalité en droit allemand n'est pas une condition formelle de la légitime défense.

Section I. L'attaque illicite

Paragraphe 1. L'attaque

A. Théorie

Pour comprendre la nécessité d'une attaque²⁷³ en légitime défense, il faut d'abord distinguer entre l'état de nécessité et l'état de légitime défense comme moyens de défense.

Williams affirme que "Self-defence can be regarded as a part of necessity that has attained relatively fixed rules²⁷⁴". La légitime défense diffère²⁷⁵ cependant de l'état de nécessité comme moyen de défense sur quelques points importants.

Dans un état de nécessité, la personne réalise les faits constitutifs d'une infraction suite à un danger. Dans l'arrêt *Perka c. La Reine*, qui portait sur la nécessité en tant que cause d'excuse, le juge Dickson déclare : "ce moyen de défense ne s'applique qu'à une situation de danger imminent où on

273. On peut aussi employer l'expression "agression". La C.R.D., *Droit pénal : Partie générale*, op. cit., note 13, pp. 119 et 121 avait proposé le mot "agression" pour remplacer l'expression "illégalement attaquée" à l'art. 34 du C.cr.

274. G. WILLIAMS, *Criminal Law: The General Part*, 2e éd., Londres, Stevens, 1961, p. 733 [ci-après *Criminal Law*]. P. MORIAUD, *De la justification du délit par l'état de nécessité*, Genève, Burkhardt, 1889, p. 35, écrit : "l'état de légitime défense n'est qu'un état de nécessité privilégié".

275. Sur les différences, voir : LOGOZ, op. cit., note 37, pp. 169 et 175-176. On retrouve aussi des exposés dans MORIAUD, id., pp. 34-43 et P. FORIERS, *De l'état de nécessité en droit pénal*, Bruxelles, Bruylant, 1951, pp. 212-213.

a agi afin d'éviter un péril imminent et immédiat²⁷⁶". Pour la légitime défense, le danger est spécifique, il s'agit d'une attaque. Comme l'explique Logoz : "La légitime défense est une défense. Elle suppose donc une attaque [...] ²⁷⁷"; de même, Merle et Vitu écrivent : "Un acte de défense n'est pas concevable sans une agression [...] ²⁷⁸".

Dans la légitime défense, l'attaque doit venir d'une personne. Lorsque l'attaque provient d'un animal sauvage, on doit invoquer l'état de nécessité, car les animaux ne peuvent agir illicitement²⁷⁹. Cependant, si une personne se sert d'un animal comme d'un instrument pour attaquer illicitement une autre personne, il nous semble alors possible de pouvoir invoquer la légitime défense²⁸⁰.

La personne qui agit en légitime défense se défend contre une attaque, tandis que celle qui agit en état de nécessité attaque, en quelque sorte un bien juridique d'autrui,

276. Précité, note 90, p. 259 (nous avons souligné). La version anglaise se lit : "the defence only applies in circumstances of imminent risk where the action was taken to avoid a direct and immediate peril".

277. LOGOZ, *op. cit.*, note 37, p. 169.

278. MERLE ET VITU, *op. cit.*, note 264, p. 544.

279. Dans l'affaire *R. c. Breau*, (1959) 125 C.C.C. 84 (Cour supr. N.-B.) le juge West accepte la légitime défense à une accusation d'avoir tué un orignal contrairement à une loi provinciale. Cet arrêt nous semble mal fondé en théorie juridique.

280. Voir A. YOTOPOULOS-MARANGOPOULOS, *Les mobiles du délit: Étude de criminologie et de droit pénal suisse et comparé*, Paris, L.G.D.J., 1974, p. 229.

comme l'explique Logoz :

Celui qui se trouve en état de nécessité proprement dite ne se défend pas contre une agression illicite; il attaque lui-même autrui, en quelque sorte, parce qu'il ne peut pas éviter autrement la perte d'un bien qui lui appartient²⁸¹.

Enfin, avec l'état de nécessité, il existe "[...] un conflit d'intérêts qui sont tous légitimes²⁸²", ce qui n'est pas le cas avec la légitime défense puisque l'attaque ou la menace de l'attaque imminente doit être illicite.

La légitime défense doit être permise non seulement contre une attaque en cours ou actuelle mais aussi contre une menace²⁸³ d'attaque imminente. Pourquoi imposer des limites temporelles? Logoz explique que la légitime défense suppose "[...] en tant qu'acte de justice propre - une attaque pressante, c'est-à-dire actuelle ou, tout au moins imminente²⁸⁴". Rosen explique ainsi la raison d'être de la règle de l'imminence :

[...] the imminence requirement is meant to restrict self-defense to those situations where there is no time to turn to actors in the criminal justice system to do their designated job and save the

281. LOGOZ, *op. cit.*, note 37, p. 175. Il faut interpréter ici le mot "bien" dans le sens d'un bien juridique comme la vie, l'intégrité physique, le patrimoine, etc., voir l'art. 34 du *Code pénal suisse* sur l'état de nécessité.

282. *Ibid.*

283. À proprement parler, le mot "menace" est superflu.

284. LOGOZ, *op. cit.*, note 37, p. 169.

defendant from the need to resort to self-defense²⁸⁵.

La raison profonde de la règle de l'imminence est que le droit et la société interdisent à un citoyen de se faire justice lui-même²⁸⁶.

Cette règle sur l'imminence permet d'expliquer l'exemple énigmatique avancé par Andenaes : "Self-defence can also be necessary against future attacks, for example [...] where a skipper has learned of a conspiracy among the sailors to murder him in a few days when the ship is expected to arrive at a certain spot well suited for this purpose²⁸⁷". Dans cet exemple, l'attaque est imminente en droit, car le capitaine ne peut pas

-
285. C.J. ROSEN, "The Excuse of Self-Defense: Correcting A Historical Accident on Behalf of Battered Women Who Kill", (1986) 36 *Am.Univ.L.Rev.* 11, p. 53. MERLE et VITU, *op. cit.*, note 264, p. 545, écrivent : "[...] seule une attaque immédiate ou très prochaine met la personne visée dans l'impossibilité de se placer sous la protection des lois ou des autorités publiques". Par analogie, on peut aussi employer le raisonnement de FLETCHER, *Rethinking, op. cit.*, note 18, p. 795, qui explique que la règle de l'imminence pour l'état de nécessité offre une solution au problème "[...] of limiting the competence of individuals to override legislative judgment about the social welfare".
286. ROSEN, *ibid.*, écrit : "[...] self-help - conduct that the law and society prefer to discourage"; D.L. CREACH, "Partially Determined Self-Defense: The Battered Wife Kills and Tells Why", (1982) 34 *Stanford L.Rev.* 615, p. 627, affirme: "Society is interested in limiting the use of self-help". Dans la décision *R. c. Kusyj*, (1983) 51 A.R. 243 (N.W.T.S.C.), p. 246, le juge Marshall énonce deux principes généraux du droit : "1) The law is a mechanism for peaceful dispute-settling and is really an alternative to self-help. [...] 2) Further, the law must soundly dissuade violence among our people".
287. J. ANDENAES, *The General Part of the Criminal Law of Norway*, South Hackensack (New Jersey), Rothman, 1965, p. 156.

avoir recours aux autorités policières dans les jours qui suivent. Le capitaine peut donc agir à sa guise en tout temps.

Fletcher explique que l'imminence signifie : "the time for the defence is now! The defender cannot wait any longer [...]. Legitimate self-defence must be neither too soon nor too late²⁸⁸".

Il ne peut y avoir de légitime défense dans une attaque préventive. Fletcher définit ainsi cette attaque :

A preemptive strike against a feared aggressor is illegal force used too soon. [...] In the case of a preemptive strike, the defender calculates that the enemy is planning an attack or surely is likely to attack in the future, and therefore it is wiser to strike first than to wait until the actual aggression²⁸⁹.

Fletcher explique que ces attaques préventives sont illégales en droit international et dans tous les systèmes de droit pour les motifs suivants : "They are illegal because they are not based on a visible manifestation of aggression; they are grounded in a prediction of how the feared enemy is likely to behave in the future²⁹⁰".

288. FLETCHER, *A Crime of Self-Defense*, op. cit., note 192, pp. 19-20. Un bon critère pour déterminer l'imminence est de se demander si une hésitation de la part de la personne alléguant la légitime défense diminuerait réellement ses chances de se défendre, sur ce critère allemand voir l'étude de droit comparé de GRAFF, *loc. cit.*, note 248, p. 46.

289. FLETCHER, *id.*, p. 20.

290. *Ibid.*

Quand peut-on dire qu'une attaque est terminée? Chaque cas mérite une attention particulière. Logoz nous donne des indices en disant : "Dès que le danger est passé [...]", "Si [...] l'agresseur est arrivé à ses fins", si c'est un acte de "vengeance" ou de "représailles" et " [...] après que l'agresseur a été mis hors d'état de nuire, ou au cas où il a pris la fuite [...]"²⁹¹.

La légitime défense est permise lorsque l'attaque ou la menace d'une attaque imminente vise la vie, l'intégrité physique ou la liberté physique de la personne qui l'invoque. La liberté physique de la personne, ou ce que la doctrine française appelle la "liberté locomotrice"²⁹², est un bien juridique aussi précieux que la vie ou l'intégrité physique et mérite une protection égale. Pendant une séquestration illicite, la légitime défense devrait être permise en tout temps. On consultera avec avantage certaines dispositions modernes²⁹³ de droit étranger qui permettent la légitime défense devant une violation de la liberté de la personne. Le droit canon²⁹⁴ suit même cette ligne de pensée.

291. LOGOZ, *op. cit.*, note 37, p. 169.

292. MERLE et VITU, *op. cit.*, note 264, p. 547.

293. Voir le par. 3(1) du Code pénal autrichien de 1974 dans *Collection des codes pénaux européens, op. cit.*, note 83, p. 14 et le *North Dakota Century Code (1976)*, art. 12.1-05-03 (cités, *infra*, Annexe "A", pp. 291 et 293).

294. Le *Dictionnaire de droit canonique*, sous la direction de R. NAZ, t. 6, Paris, Librairie Letouzey et Ané, 1957, p. 390, affirme : "On peut encore recourir à la force pour défendre [...] la liberté, mise en danger par la perspective de la servitude ou d'une incarcération injuste et perpétuelle".

B. Code criminel et Projet de code pénal

Le libellé de l'art. 34 du C.cr. permet la légitime défense contre une attaque en cours; celui de l'art. 37, pour prévenir une attaque ou sa répétition.

La lecture du texte de l'art. 34 ne laisse aucun doute sur l'exigence d'une attaque actuelle ou en cours. Les mots du par. 34(1)²⁹⁵, "Toute personne illégalement attaquée [...] repousser la violence par la violence", ceux du par. 34(2), "Quiconque est illégalement attaqué [...] en repoussant l'attaque" et ceux de l'al. 34(2)a), "ne résulte de la violence avec laquelle l'attaque a en premier lieu été faite", en font foi.

Dans la décision *R. c. Chivers*, le juge De Weerdt explique la portée de l'art. 34 : "This section, it seems to me, requires that there be an actual assault in progress and that the accused's actions be carried out in 'repelling' the assault²⁹⁶".

295. Dans la décision *R. c. Holley*, (22 juin 1990), no 2693/89, (Ont. Dist. Ct.) résumé à (1990) 10 W.C.B. (2d) 148, le juge Stortini affirme, p. 9, que si l'accusé en vertu du par. 34(1) "had an honest belief that he was to be assaulted then he would be justified in defending himself even to the extent of a preemptive strike". Cette partie du jugement se rapportant à l'attaque préventive pour le par. 34(1) nous semble mal fondée en droit.

296. [1988] N.W.T.R. 124 (S.C.), p. 132. Dans la décision *R. c. Shule*, (1987) 57 Sask.R. 276 (Q.B.), p. 279, le juge Hrabinsky rejette l'application du par. 34(1), car l'accusé "[...] was not faced with a situation where force was being

Dans l'arrêt *Reilly c. La Reine*, la Cour suprême du Canada décide que le par. 34(2) "ne protège l'accusé que lorsque celui-ci appréhende la mort ou une lésion corporelle grave résultant de l'attaque qu'il repousse [...] ²⁹⁷". Dans l'arrêt *R. c. Whynot*, la Cour d'appel décide pour l'art. 34 : "the assault must have been underway [...] ²⁹⁸". Soulignons cependant que dans l'arrêt *R. c. Lavallee* ²⁹⁹, le juge Wilson critique, au nom de la majorité, cet aspect de l'arrêt *Whynot* ³⁰⁰.

Le libellé de l'art. 37 indique que le législateur visait la prévention ou la répétition d'une attaque ("assault"). L'origine de cette disposition peut sans doute s'expliquer par une décision ³⁰¹ du juge Parke que nous avons déjà citée en

repelled by force. At the time in question the complainant had applied no force to him".

297. [1984] 2 R.C.S. 396, p. 404, juge Ritchie, au nom de la Cour (nous avons souligné).
298. (1983) 9 C.C.C. (3d) 449 (N.S.S.C. App. Div.), p. 464. D. STUART, "Annotation", (1983) 37 C.R. (3d) 198, p. 199, écrit : "Under s. 34 [...] there is no automatic rule that the defender cannot strike first: see *R. v. Antley*, [1964] 1 O.R. 545 [...] (C.A.) and *R. v. Stanley*, [1977] 5 W.W.R. 578 (C.A. C.-B.)". Dans l'arrêt *Stanley*, Stanley donne le premier coup mais la victime commettait alors un "deemed unprovoked assault" en vertu du par. 41(2) du C.cr. (p. 229). Dans l'arrêt *Antley*, la Cour ne mentionne pas l'art. 34 et selon la Cour, *Antley* était attaqué ("assaulted") au moment de donner le premier coup.
299. [1990] 1 R.C.S. 852, pp. 876-877 et 883.
300. Nous traiterons de ce jugement dans la deuxième partie de notre travail, voir *infra*, p. 228.
301. Anon., précité, note 225.

partie³⁰² et dont l'autre partie se lit ainsi :

If a party raise up a hand against another, within a distance capable of the latter being struck, the other may strike in his own defence to prevent him [...]³⁰³.

On peut croire que le législateur voulait que l'art. 34 s'applique aux cas de "battery" et l'art. 37 aux cas d'"assault", selon la distinction que faisait la common law entre ces deux concepts³⁰⁴.

Dans l'arrêt *Bélanger c. La Reine*, le juge Bisson affirme : "L'article 37 est ni plus ni moins qu'une répétition de l'article 34 C.cr., paragraphe (1)³⁰⁵". Cette opinion nous semble moins juste que celle du juge de Weerdt dans la décision *R. c. Chivers* :

Section 37 is intended to deal with the prevention of an assault or the repetition of it, and not - as under s. 34 - the actual assault itself. That, as I read it, is a significant addition to the narrower justification of self-defence while under actual attack. It provides a statutory justification of self-defence in *anticipation of an attack*, and to that extent it provides a legal justification [...]³⁰⁶.

Comme on peut le constater, le libellé de l'art. 37

302. Voir le texte principal correspondant à la note 225.

303. Anon., précité, note 225.

304. Voir *supra*, p. 50, la modification législative de 1955 à l'art. 37.

305. Précité, note 4, p. 15.

306. Précité, note 295, p. 133.

n'impose aucune condition temporelle pour la prévention d'une attaque ou de sa répétition. Dans la décision *R. c. Chivers*, le juge de Weerdt permettrait d'invoquer l'art. 37 contre "[...] an anticipated and imminent, though not immediate, deadly assault on the accused [...]"³⁰⁷.

Dans l'arrêt *R. c. Whynot*, la Cour d'appel aurait exigé une attaque en cours pour l'art. 37 :

A person who seeks justification for preventing an assault against himself or someone under his protection must be faced with an actual assault, something that he must defend against, before the provisions of s. 37 can be invoked [...]

[...] under s. 37 the assault must be such that it is necessary to defend the person assaulted by the use of force³⁰⁸.

Cette interprétation nous semble erronée. Comment concilier cette opinion avec le texte du par. 37(1) qui permet d'invoquer la légitime défense "pour prévenir une attaque"³⁰⁹? Si une personne prévient une attaque, c'est que celle-ci n'est pas actuelle ou en cours.

307. *Ibid.*, p. 134; le mot "deadly" s'explique par les faits de cet arrêt. *Contra*, l'arrêt *Lowther c. The Queen*, (1957) 26 C.R. 150 (C.A.Q.) précité, note 307, où le juge Hyde accepte que l'art. 37 aurait dû être soumis au jury bien que la lecture des faits nous laisse l'impression que la menace était future; selon le juge Hyde, *id.*, p. 163, l'art. 37 est une "extension" de l'art. 34 et que l'art. 37 doit être lu avec ("in conjunction") l'art. 34.

308. Précité, note 298, p. 464. Cette décision est discutée dans l'arrêt *R. c. Lavallee*, précité, note 299, pp. 876-877.

309. Remarquons également, même s'il ne s'agit que d'une indication, que la note marginale au par. 37(1) se lit : "Le fait d'empêcher une attaque".

Certains auteurs ont bien expliqué la distinction entre les articles 34 et 37 :

Sections 34 and 35 deal with situations in which an assault actually occurred. Section 37 is concerned with situations in which force is used to prevent an assault from occurring³¹⁰.

Section 37 differs from sections 34 and 35 in that those sections deal with defence from assaults or counter-assaults. Section 37 deals with the prevention of an assault from taking place on one's self or on anyone within one's protection³¹¹.

Les articles 34 et 37 permettent-ils à une personne de se protéger si l'attaque vise sa liberté? Nous le croyons. La légitime défense découle de l'art. 7 de la Charte qui protège non seulement la vie et la sécurité de la personne mais aussi sa liberté.

Puisque le par. 265(1) du C.cr.³¹² définit, notamment, le fait de se livrer à une attaque, il est naturel que la doctrine et les tribunaux se soient servis de cette définition pour définir l'attaque de la légitime défense. Nous croyons que cette interprétation est trop étroite. Le Code criminel, 1892³¹³

310. K.L. CLARKE, R. BARNHORST et S. BARNHORST, *Criminal Law and the Canadian Criminal Code*, Toronto, McGraw-Hill Ryerson, 1977, p. 63.

311. T.G. ZUBER, *Introduction to Canadian Criminal Law*, Toronto, McGraw-Hill Ryerson, 1974, p. 90.

312. Cité, *infra*, Annexe "A", p. 288.

313. Précité, note 22.

est fondé sur quatre sources³¹⁴. Deux de ces sources, le livre de Burbidge³¹⁵ et celui de Stephen³¹⁶, indiquent que la notion d'attaque ("assault") comprend l'acte de privation de liberté. Ainsi, Stephen affirme : "An assault is [...] the act of depriving another of his liberty [...]"³¹⁷. De plus, les commissaires de la Criminal Code Bill Commission écrivent dans leurs commentaires sur le *English Draft Code* : "We take one great principle of the common law to be, that [...] it sanctions the defence of a man's person, liberty, and property against illegal violence [...]"³¹⁸.

Une telle interprétation des sources résoudrait la difficulté théorique que soulevait le juge Wilson dans l'arrêt *R. c. Lavallee* : "Si l'auteur de la prise d'otage lui dit qu'il le tuera dans trois jours, est-il en principe raisonnable que

314. Le ministre de la justice, Sir Thompson, Canada, *Debates of the House of Commons*, vol. 34, col. 1312 (12 avril 1892) les mentionnait : " [...] the draft code prepared by the Royal Commission in Great Britain in 1880, on Stephens' [sic] Digest of the Criminal Law, the edition of 1887, Burbidge's Digest of the Canadian Criminal Law of 1889, and the Canadian Statutory Law".

315. G.W. BURBIDGE, *A Digest of the Criminal Law of Canada (Crimes and Punishments)*, Toronto, Carswell, 1980 (réimpression de : Toronto, Carswell, 1890), art. 309, p. 240.

316. STEPHEN, *Digest*, *op. cit.*, note 101.

317. *Id.*, art. 241, p. 184 (nous ne citons que la partie pertinente). Voir aussi l'al. 161(d) rédigé par Stephen et portant sur la définition de l'"assault" dans le P.L. 178, *Criminal Code (Indictable Offences)*, 1878, précité, note 175, p. 85.

318. CRIMINAL CODE BILL COMMISSION, *op. cit.*, note 170 (nous avons souligné).

l'otage saisisse une occasion qui s'offre le premier jour de le tuer ou doit-il attendre l'exécution de la menace le troisième jour?³¹⁹".

L'al. 3(10)a)³²⁰ du *Projet de code pénal* de la C.R.D. portant sur la défense de la personne prévoit qu'une personne peut se protéger "contre l'emploi illégal de la force". La C.R.D. soutient dans son commentaire, que cet alinéa "reprend grosso modo le droit actuel [...]"³²¹ et "énonce le droit d'employer la force raisonnablement nécessaire pour repousser une attaque illégale"³²². Nous doutons que cet alinéa, du moins selon l'interprétation qu'en propose la CRD, reprenne l'art. 37 du C.cr., car le commentaire semble plutôt restreindre la disposition à une attaque actuelle.

Enfin, soulignons que l'al. 3(10)a) ne protège pas une

319. Précité, note 299, p. 889. La question a été abordée dans certains arrêts où des avocats de la défense avaient soumis que la définition de l'attaque au *Code criminel* comprenait la séquestration. Le résumé de la décision R. c. *Ridley*, (1987) 3 W.C.B. (2d) 89 (B.C.Co.Ct.) dit : "Although the accused was unlawfully confined at the time, she was not undergoing any application of force to her person and therefore the self-defence of s. 34(1) were inapplicable"; voir aussi la décision R. c. *Chivers*, précité, note 295, pp. 132-133. Si la séquestration ne constitue pas une attaque et une violence aux fins de l'art. 34, trois solutions peuvent être envisagées : un tribunal pourrait décider de créer une exception constitutionnelle, appliquer le par. 8(3) du C.cr. ou interpréter la séquestration comme une "répétition" continue d'une attaque et appliquer l'art. 37.

320. Cité, *supra*, p. 5.

321. C.R.D., *Projet de code pénal*, *op. cit.*, note 14, p. 41.

322. *Ibid.* (nous avons souligné).

personne contre une attaque visant sa liberté.

Paragraphe 2. L'illicéité

A. Théorie

L'attaque ou la menace d'une attaque imminente doit être "objectivement"³²³ illicite ou contraire au droit. En 1879, les commissaires de la Criminal Code Bill Commission soulignaient le caractère "illégal" de la violence : "We take one great principle of the common law to be, that [...] it sanctions the defence of a man's person, liberty, and property against illegal violence [...]"³²⁴.

Plusieurs règles découlent de cette condition d'illicéité. D'abord, comme l'affirme Logoz : "Il n'y a [...] pas de légitime défense contre celui qui emploie la force en usant de son droit"³²⁵. Ensuite, il ne peut y avoir de légitime défense à la légitime défense³²⁶. Enfin, comme l'explique Yotopoulos-Marangopoulos : "il peut exister une légitime défense contre l'excès de légitime défense"³²⁷. En effet, celui qui excède son droit, agit alors sans droit et son acte de défense

323. Nous empruntons cette expression à LOGOZ, *op. cit.*, note 37, p. 170. Pour l'attaque imaginaire, voir *infra*, p. 127, notre chapitre sur la légitime défense putative.

324. CRIMINAL CODE BILL COMMISSION, *op. cit.*, note 170, p. 179.

325. LOGOZ, *op. cit.*, note 37, p. 170.

326. La légitime défense putative n'est pas une justification, voir *infra*, p. 145.

327. YOTOPOULOS-MARANGOPOULOS, *op. cit.*, note 280, p. 229.

devient illicite; la légitime défense serait donc alors permise contre cet acte devenu illicite.

Le domaine de l'illicéité se limite-t-il au droit pénal ou à la loi pénale? Nous ne le croyons pas. Dans la plupart des cas, l'attaque ou l'attaque imminente sera illicite parce qu'elle réalise ou va réaliser les faits constitutifs d'une infraction et qu'elle n'est pas justifiée. Mais on ne doit pas exclure la possibilité que l'attaque, actuelle ou imminente, soit illicite parce qu'elle est contraire au droit civil (même s'il est plus facile d'imaginer des exemples de l'application de ce principe dans les cas de la légitime défense de la propriété).

La légitime défense doit être permise, selon la théorie tripartite de l'infraction, contre l'attaque illicite d'une personne intoxiquée, d'une personne souffrant d'un désordre mental ou même d'un enfant. Ces personnes peuvent agir illicitement. Elles ne sont qu'excusées.

B. Code criminel et Projet de code pénal

La question de l'illicéité de l'attaque ne se pose que pour l'art. 37, car les par. 34(1) et (2) prévoient expressément que la personne qui invoque ces dispositions doit avoir été "illégalement attaquée". Le texte de l'art. 37 n'exige pas que l'attaque soit illégale. Cette omission n'est pas discutée dans la doctrine. La jurisprudence a suppléé à cette lacune en

exigeant que l'attaque imminente soit illégale³²⁸.

Les tribunaux ont décidé qu'une personne pouvait utiliser la légitime défense contre un policier qui effectue une fouille³²⁹ ou arrestation³³⁰ illégale. La C.R.D. affirme que le par. 232(4)³³¹ du C.cr., portant sur la mort au cours d'une arrestation illégale par provocation, "[...] restreint le droit à la légitime défense en cas d'arrestation illégale³³²". Garneau ne partage pas cet avis : "In reality, subsection 215(4) [maintenant le par. 232(4)] relates to the defence of provocation in cases involving the excessive use of force to resist illegal arrest and does not in any way restrict the use of deadly force in a justifiable self-defence situation involving illegal arrest³³³". Il ne semble pas y avoir de jurisprudence canadienne explicite sur ce par. 232(4)³³⁴.

328. Voir *R. c. Barkhouse*, précité, note 103, p. 399.

329. *R. c. Larlham*, [1971] 3 W.W.R. 304 (C.A. C.-B.).

330. Voir les arrêts *Colet c. La Reine*, [1981] 1 R.C.S. 2 et *R. c. O'Donnell*; *R. c. Cluett*, (1982) 3 C.C.C. (3d) 333 (N.S.S.C. App. Div.), p. 352, infirmé sur un autre point pour *Cluett c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 216.

331. Cité, *infra*, Annexe "A", p. 289.

332. C.R.D., *op. cit.*, note 14, p. 41.

333. GARNEAU, *loc. cit.*, note 13, p. 130.

334. Ce paragraphe correspond au par. 176(4) du *English Draft Code* de 1879 dans le rapport de la CRIMINAL CODE BILL COMMISSION, *op. cit.*, note 170, p. 269. La note marginale à ce paragraphe se lit : "It is doubtful whether this does not alter the present law. *R. c. Hood l Moo.* C.C. 281. If it does, it is the only case in which the Draft Code makes that murder which is not murder at present".

Le sens du mot "illégalement" aux par. 34(1) et (2) comprend-t-il aussi ce qui est contraire au droit civil? Nous croyons que oui. Pensons par analogie à l'interprétation de l'expression "acte illégal" employée à l'al. 222(5)a) du C.cr. pour définir une des façons de commettre un homicide coupable. Dans l'arrêt *R. c. Cole*, la Cour expliquait ainsi le sens à donner à l'expression "acte illégal" : "If the unlawful act is not criminal it must be an intentional act which, viewed objectively, is likely to subject another person to danger of harm or injury³³⁵". Stephen définissait l'expression "unlawful act" comme comprenant "Acts constituting actionable wrongs³³⁶".

Une personne souffrant d'un désordre mental selon le par. 16(2) du C.cr. ou un enfant de moins de 12 ans peuvent-ils attaquer illicitement une autre personne de telle manière que la légitime défense soit permise contre eux? En d'autres mots, ces personnes peuvent-elles agir illicitement³³⁷? Nous croyons que

335. (1981) 64 C.C.C. (2d) 119 (C.A. Ont.), p. 127, autorisation d'appeler à la Cour suprême du Canada refusée (1982) 42 N.R. 175. Dans l'affaire *R. c. Barron*, (1984) 39 C.R. (3d) 379 (H.C.J. Ont.), infirmé sur un autre point (1985) 48 C.R. (3d) 334 (C.A. Ont.), p. 388, le juge Ewaschuk exige pour qu'un acte qui est un "tort" de négligence commis dans des circonstances dangereuses soit un "acte illégal", que ce "tort" constitue une infraction de négligence criminelle causant la mort ou des lésions corporelles au sens du Code criminel.

336. *Digest, op. cit.*, note 101, p. 151, art. 210 portant sur "Accidental infliction of bodily injury by lawful act - What acts are lawful".

337. L'art. 13 du C.cr. sur la minorité pénale dispose que l'enfant de moins de 12 ans ne "peut être déclaré coupable d'une infraction". Le par. 16(1) du C.cr. sur l'aliénation mentale prévoit qu'un aliéné "ne peut être déclaré coupable".

oui.

Selon la jurisprudence, l'aliénation mentale de l'art. 16 du C.cr. peut nier la *mens rea* descriptive³³⁸, par exemple l'intention. Cette position pose un sérieux problème à l'application de la théorie tripartite de l'infraction au droit canadien. En effet, si dans certains cas, l'aliénation mentale nie la *mens rea* descriptive, une personne ne pourrait réaliser les faits constitutifs de l'infraction (premier élément dans le système tripartite) et conséquemment³³⁹, agir illicitement. Voici le raisonnement du juge Lamer pour expliquer que l'aliénation mentale peut nier la *mens rea* descriptive :

L'accusé pourrait aussi faire valoir que sa condition mentale était telle que, tout en agissant consciemment et volontairement, il n'avait pas la *mens rea* requise. Une personne inculpée de meurtre pourrait, par exemple, prétendre qu'au moment où consciemment et volontairement elle faisait l'acte de trancher, elle croyait trancher un pain en deux alors qu'en fait, elle tranchait la tête de la victime (voir *Kenny's Outlines of Criminal Law* (19e éd. 1966, à la p. 83, note 1). En pareil cas, la défense d'aliénation mentale se traduit par une négation de la *mens rea*, l'accusé n'ayant eu aucune intention de causer la mort³⁴⁰.

338. Dans l'arrêt *R. c. Chaulk*, précité, note 89, p. 1321, le juge Lamer affirme, au nom de la majorité, que l'aliénation mentale prévue à l'art. 16 du C.cr. agit comme "[...] une exemption de responsabilité pénale fondée sur l'incapacité de former une intention criminelle" qui peut nier la *mens rea* descriptive dans certains cas; voir aussi: *R. c. Swain*, [1991] 1 R.C.S. 933; *Cooper c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 1149; A.-M. BOISVERT, "Psychanalyse d'une défense : réflexions sur l'aliénation mentale", (1990) 69 *R. du B. can.* 46, pp. 62-70.

339. Le deuxième élément, l'illicéité, présuppose l'existence du premier élément, la réalisation des faits constitutifs.

340. *R. c. Chaulk*, précité, note 89, p. 1321.

Cette jurisprudence nous semble erronée. Elle contredit une jurisprudence antérieure³⁴¹. Le professeur Morse écrit : "Craziness seems to affect impulses, controls, and motivations for actions, but it does not stop persons from intending to do what they do or from narrowly knowing factually what they are doing³⁴²". D'autres juristes qui ont étudié la question sont du même avis³⁴³. L'opinion de Morse nous semble plus scientifique que l'exemple imaginaire tiré de *Kenny's Outlines of Criminal Law*. L'aliénation mentale visée par le par. 16(2) est une excuse. Une personne souffrant de désordre mental peut agir intentionnellement et illicitement. Binavince explique bien la confusion qui existe dans le droit anglo-saxon :

[...] to say that irresponsible persons are incapable of forming intention would mean that the norms of criminal law are only binding to responsible persons; hence irresponsible persons are acting lawfully. [...] This view confuses the capacity of a person to act with his responsibility to be held answerable for the act done. Intention is not conditioned by the fact that the actor will be held responsible for his act; every person

-
341. Dans l'arrêt *Schwartz c. La Reine*, [1977] 1 R.C.S. 673, le juge Martland affirme, au nom de la majorité : "[...] subsection [16(2)] only becomes operative if, previously, it has been proved beyond a reasonable doubt that the accused has committed a crime, i.e., has been guilty of some criminal act with the requisite criminal intent"; voir aussi l'opinion dissidente du juge Martland dans l'affaire *Cooper c. La Reine*, précité, note 338.
342. S.J. MORSE, "Undiminished Confusion in Diminished Capacity", (1984) 75 *J.Crim.L. & Crim.* 1, p. 41. Morse est professeur de droit et de psychiatrie.
343. Voir DASKALAKIS, *op. cit.*, note 61, p. 88 et H. SILVING, *Constituent Elements of Crime*, Springfield, Charles C. Thomas, 1967, p. 242.

capable of acting is also capable of forming an intention, and every human being is capable of acting³⁴⁴.

Un autre exemple de cette confusion nous est donné par Yeo, paraphrasant le juge McGarvie dans l'arrêt *R. c. Lawson and Forsythe*³⁴⁵ : "[...] self-defence should be available in some instances of lawful attacks such as where an accused's life was threatened by an assailant who, by reason of insanity, was incapable of forming the necessary intent to commit a crime³⁴⁶".

Certains auteurs voient dans la minorité pénale prévue à l'art. 13 du C.cr., une "exemption³⁴⁷" ou une "incapacité³⁴⁸", plutôt qu'une excuse. Selon la Cour suprême du Canada, "[...] l'art. 13 établit la présomption irréfragable que l'enfant âgé de moins de douze ans n'a pas la capacité pénale³⁴⁹". Un enfant âgé de moins de 12 ans peut agir intentionnellement, il n'y a pas là de mystère métaphysique³⁵⁰. De plus, cet enfant peut réaliser les

344. BINAVINCE, *op. cit.*, note 49, p. 153 (note de l'auteur omise). Binanvince, *id.*, p. 152, donne cette opinion dans le contexte des questions suivantes : "Who are capable of committing a crime intentionally? Can an irresponsible person or an insane [person] intend to commit a crime?"

345. [1986] V.R. 515 (S.C.).

346. YEO, *op. cit.*, note 269, p. 94.

347. Par exemple, CÔTÉ-HARPER, MANGANAS, et TURGEON, *op. cit.*, note 76, p. 439.

348. Par exemple, FORTIN et VIAU, *op. cit.*, note 73, p. 169.

349. *R. c. Chaulk*, précité, note 89, p. 1320 (juge Lamer).

350. Dans l'arrêt *R. c. Chaulk*, *id.*, pp. 1319-1320, le juge Lamer explique que selon la common law, il y avait une présomption irréfragable que l'enfant de moins de 7 ans n'avait pas la capacité de former une intention criminelle;

faits constitutifs d'une infraction et ne pas bénéficier d'une justification pour son action. Un enfant peut donc agir illicitement. Selon nous, l'art. 13 du C.cr. ne fait que reconnaître le principe que le développement mental de l'enfant de moins de 12 ans est tel que la société ne veut pas lui imputer son acte illicite, c'est-à-dire que la société refuse de blâmer pénalement un enfant³⁵¹. La minorité pénale est une excuse. L'enfant "ne peut être déclaré coupable à l'égard d'un acte ou d'une omission de sa part" comme le dit l'art. 13.

On peut avancer d'une façon très spéculative que l'absence du mot "illégale" pour qualifier l'attaque à l'art. 37 du C.cr., s'explique par le fait qu'à l'époque de l'adoption de notre *Code criminel*, on ne pouvait accepter qu'un enfant ou une personne souffrant d'aliénation mentale puisse agir illégalement en attaquant une autre personne. Ainsi Stephen³⁵² est d'avis que la légitime défense est permise contre une personne souffrant de désordre mental mais il n'affirme jamais qu'une telle personne agit illégalement.

pour l'enfant âgé de plus de 7 ans mais moins de 14 ans, il y avait une présomption réfutable de la capacité de former une intention criminelle.

351. Dans l'arrêt *R. c. Chaulk*, précité, note 89, p. 1320, le juge Lamer explique qu'un enfant n'a "[...] pas encore acquis la capacité minimale exigée par la justice et l'équité pour être jugé au regard des normes du droit criminel".

352. *Digest*, op. cit., note 101, p. 145 et *History*, vol. 3, op. cit., note 143, p. 14.

L'al. 3(10)a)³⁵³ du *Projet de code pénal* de la C.R.D. ne permet la défense de la personne que contre "l'emploi illégal de la force". La C.R.D. réitère dans ses commentaires l'aspect illégal de l'attaque en ajoutant que le droit de l'al. 3(10)a) est assujetti à un critère objectif :

L'alinéa 3(10)a) énonce le droit d'employer la force raisonnablement nécessaire pour repousser une attaque illégale. Il assujettit ce droit à un critère objectif et restreint l'application du moyen de défense au cas d'emploi illégal de la force³⁵⁴.

La C.R.D. précise dans ses commentaires que l'al. 3(10) "[...] ne vise donc point l'emploi légal de la force, en cas d'arrestation légale ou lorsque la victime agit en légitime défense, par exemple³⁵⁵".

Ce *Projet de code pénal*, contrairement à d'autres projets de réforme³⁵⁶, ne définit pas la "force illégale" pour les

353. Cité *supra*, p. 5.

354. C.R.D., *Projet de code pénal*, *op. cit.*, note 14, p. 41. Nous ne croyons pas que l'al. 3(10)a) est assujetti à un critère entièrement objectif, voir *infra*, p. 142.

355. *Ibid.*

356. Voir par exemple, la définition de "unlawful" dans THE LAW COMMISSION, *Criminal law: A Criminal Code for England and Wales*, vol. 1, *Report and Draft Criminal Code*, Law Com. No. 177, Londres, H.M.S.O., 1989, par. 44(3), pp. 61-62 et cité, *infra*, Annexe "A", p. 283. Le *Model Penal Code: Proposed Official Draft* [ci-après *Model Penal Code*], rédigé par THE AMERICAN LAW INSTITUTE, Philadelphia, The American Law Institute, 1962, par. 3.11(1), p. 64, donne aussi une définition de "unlawful force" pour les fins de la légitime défense.

fins de son al. 3(10)a)³⁵⁷. Comme nous l'avons signalé³⁵⁸, la C.R.D. s'est refusée de classer les moyens de défense en justifications et excuses. Gur-Arye explique le problème théorique et pratique créé par ce refus :

The problem is that the Canadian draft did not make any attempt to classify the defences as either justification or excuse. Without such a classification it is hard to determine whether or not an attack should be deemed justified for the purpose of the "defence of the person". An act under necessity is an exemple of this problem. We have seen that necessity, as defined in section 3(9), resembles the notion of justification. Does it follow that an act under necessity can be resisted within the limits of the "defence of the person"? The draft itself does not classify necessity as a justification, nor as an excuse. How then can we determine whether an act under necessity should be deemed "unlawful" for the purpose of the defence of the person³⁵⁹?

On pourrait reprendre l'argument de Gur-Arye avec les moyens de défense de la minorité, des troubles mentaux, de la contrainte morale et de l'erreur quant à l'existence d'un moyen de défense prévus aux par. 3(4), 3(6), 3(8) et 3(17) du *Projet de code pénal* de la C.R.D.³⁶⁰, car ces moyens de défense ne sont pas classés comme des justifications ou des excuses. On voit ici l'importance de la distinction entre la justification et l'excuse

357. Ce point est souligné par M. GUR-ARYE, "Should a Criminal Code Distinguish Between Justification and Excuse", article présenté à la conférence de The Society for the Reform of the Criminal Law : "Criminal Code Reform", Washington, 21-25 janvier 1990, p. 19 [texte non publié].

358. *Supra*, p. 23.

359. GUR-ARYE, *loc. cit.*, note 357. Voir *infra*, Annexe "A", p. 285 pour le texte du par. 3(9) de la C.R.D.

360. C.R.D., *op. cit.*, note 14, pp. 35-36, 39 et 47.

afin de maintenir une harmonie et une logique entre les diverses dispositions de la Partie générale de ce projet.

Section II. Un acte de défense nécessaire

Paragraphe 1. Théorie

L'acte de défense face à l'attaque illicite ou la menace d'une attaque imminente et illicite doit être nécessaire. Rosen explique ainsi la raison d'être de la règle de la nécessité:

The necessity rule seeks to limit the use of self-help to circumstances in which there is absolutely no other alternative to striking back against the aggressor. It is intended to encourage the defendant to seek, in the first instance, non violent or nondeadly defensive means³⁶¹.

En 1879, les commissaires de la Criminal Code Bill Commission soulignaient l'importance de cette condition :

We take one great principle of the common law to be, that though it sanctions the defence of a man's person, liberty, and property against illegal violence, and permits the use of force to prevent crimes, to preserve the public peace, and to bring offenders to justice, yet all this is subject to the restriction that the force used is necessary; that is that the mischief sought to be prevented could not be prevented by less violent means [...]³⁶².

Dicey, discutant ce passage des commissaires, écrit que la force nécessaire signifie : "not more [force] than enough to

361. ROSEN, *loc. cit.*, note 285, p. 53.

362. CRIMINAL CODE BILL COMMISSION, *op. cit.*, note 170, p. 179.

attain its object"³⁶³.

Fletcher explique que "necessity speaks to the question whether some less costly means of defense, such as merely showing the gun or firing a warning shot into the air, might be sufficient to ward off the attack"³⁶⁴. Le professeur Levasseur définit la force nécessaire comme "[...] celle sans l'emploi de laquelle l'acte que l'on avait mission d'accomplir ne pouvait pas être accompli (ou l'acte que l'on avait mission d'empêcher ne pouvait pas être empêché"³⁶⁵). Jescheck explique l'interprétation de l'acte de défense nécessaire :

L'acte de défense doit être nécessaire, cette condition étant appréciée selon l'ensemble des circonstances, en particulier le mode et la force de l'agression et les moyens de défense existants. La défense doit être mesurée, c'est-à-dire ne pas excéder ce qui est nécessaire pour repousser immédiatement et efficacement l'agression"³⁶⁶.

L'évaluation de l'acte de défense nécessaire nous

-
363. A.V. DICEY, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, 8e éd., Londres, MacMillan, 1920, p. 490.
364. FLETCHER, *A Crime of Self-Defense*, op. cit., note 192, pp. 23-24. S.M.H. YEO, "Commentary", (1990) 14 *Crim.L.J.* 358, p. 359, écrit : "Necessity in the context of defensive response should denote the minimum or least harmful response required by the accused to counter the threatened danger". P. ROBERT, *Le Petit Robert 1*, Paris, Le Robert, 1988, p. 1261, définit ainsi le mot "nécessaire" : "Se dit d'une condition, d'un moyen dont la présence ou l'action rend seule possible une fin ou un effet".
365. G. LEVASSEUR, *L'emploi de la force en matière de maintien de l'ordre et de fonctionnement de la justice répressive*, Cours de droit criminel approfondi, Enseignement de doctorat en droit criminel, Université d'Ottawa, 1967-68, p. 41.
366. JESCHECK, "Droit pénal", loc. cit., note 25, p. 270.

semble donc comporter deux aspects importants³⁶⁷. Le premier consisterait à déterminer la nécessité du moyen utilisé pour repousser l'attaque, en tenant compte particulièrement du mode et de la force de l'agression³⁶⁸. Le deuxième aspect de la nécessité consisterait à déterminer si le minimum de force a été utilisé contre l'agresseur; il s'agit alors d'une question de degré ou de mesure³⁶⁹.

Si l'attaquant est un homme et l'agressée, une femme, il faut évidemment tenir compte de la différence de sexe pour juger de l'acte de défense nécessaire à celle-ci. Une femme étant par nature habituellement moins forte qu'un homme, ses moyens de défense excluent la plus part du temps sa simple force physique pour repousser l'attaque³⁷⁰. Comme l'explique Graff, "Men can and regularly do kill women with their bare hands, a

367. Nous nous inspirons ici du passage que nous venons de citer de Jescheck et de passages dans H.-H. JESCHECK, *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, 4e éd., Berlin, Duncker & Humblot, 1988, pp. 314 et 442.

368. Par exemple, il n'est pas nécessaire pour un colosse expert en karaté d'utiliser une arme à feu contre l'attaque d'une personne de faible taille qui va se servir de ses poings. Le colosse peut utiliser sa force physique et son art.

369. Par exemple, un individu a tué d'une balle au coeur, une personne qui l'attaquait avec un bâton de base-ball; cette personne aurait-elle pu, au lieu et compte-tenu des circonstances, tirer un coup de semonce ou viser les jambes de l'agresseur?

370. Voir : l'arrêt *State c. Wanrow*, 559 P.2d 548 (Wash. 1977) discuté dans *R. c. Lavallee*, précité, note 299, pp. 874-875; E.M. SCHNEIDER, "Equal Rights to Trial For Women: Sex Bias in the Law of Self-Defense", (1980) 15 *Harv. C.R.-C.L. L.Rev.* 623, pp. 631-632.

feat which few women can accomplish³⁷¹".

L'acte nécessaire soulève aussi la question de la fuite ou de la retraite pour se soustraire à l'agression. Comme nous l'avons souligné³⁷², Foster explique que la fuite ou la retraite n'entre en jeu que pour l'homicide "se Defendendo upon Chance-medley" et non pour la "Justifiable Self-defence".

La réponse à cette question difficile dépend sans doute du fondement philosophique de la légitime défense, de l'éthique sociale et des circonstances du cas, en particulier les caractéristiques de l'attaquant. La théorie de justice absolue ne requiert certes pas la fuite³⁷³. Si le droit naturel fait partie de l'éthique et découle de la raison humaine, nous sommes portés à croire qu'il approuverait la fuite ou la retraite, mais non la résistance. Omichinski soutient que la théorie "of the lesser evils" appuie la retraite : "The underlying utilitarian value of the lesser evils doctrine, minimizing the net amount of harm, supports a duty to retreat [...]"³⁷⁴.

Mais la fuite ne porte-t-elle pas atteinte à l'honneur ou à la réputation d'une personne? L'honneur et la réputation

371. GRAFF, *loc. cit.*, note 248, p. 14.

372. Voir *supra*, débutant à la p. 44.

373. MERLE et VITU, *op. cit.*, note 264, p. 552, citant Émile Garçon qui écrit : "le droit [...] n'est pas tenu de céder devant l'injustice, et la fuite, souvent honteuse, ne peut être une obligation légale". Mais voir, *infra*, notes 376 et 377, les limitations de la légitime défense dans le droit allemand.

374. OMIKINSKI, *loc. cit.*, note 192, p. 1458.

nous semblent des biens juridiques faisant partie de la personne humaine et ceux-ci doivent être pris en considération³⁷⁵.

Cependant, si l'attaquant est un enfant ou un faible d'esprit par exemple, il n'y aurait aucun déshonneur pour l'agressé à reculer si cette retraite peut s'effectuer en toute sécurité. Eser explique une limitation à la légitime défense que l'on retrouve en Allemagne : "[...] the defender's duty of stepping aside if he can thus evade the attack without losing face [...]"³⁷⁶. De même, Jescheck écrit :

Des limitations du droit de légitime défense pour des raisons d'éthique sociale existent à l'égard des enfants, des adolescents, des ivrognes, des malades mentaux, des faibles d'esprit et des personnes agissant par négligence. Dans ces cas, l'agressé ne peut blesser son agresseur que s'il ne peut échapper à l'attaque autrement qu'en abandonnant l'intérêt menacé. La même limitation est opérée dans le cadre du mariage et des relations familiales les plus proches [...]"³⁷⁷.

On peut se demander si l'acte de défense nécessaire se limite exclusivement à l'utilisation de la force contre l'agresseur. En d'autres mots, les seuls faits constitutifs d'une infraction susceptibles d'être justifiés devraient-ils se restreindre à une infraction de violence contre la personne? Nous ne le croyons pas. Tout acte de défense nécessaire dirigé contre les intérêts juridiques de l'agresseur devrait être

375. La situation est différente lorsqu'il s'agit d'un combat entre adversaires consentants, voir R. c. *Jobidon*, (1991) 128 N.R. 321 (C.S.C.), juge Gonthier, p. 376.

376. "Justification and Excuse", *loc. cit.*, note 20, p. 632.

377. JESCHECK, "Droit pénal", *loc. cit.*, note 25, p. 270.

licite³⁷⁸. Par exemple, A qui est dans sa maison attaque B; B fuit devant l'attaque et pour faciliter sa fuite, renverse et brise sur son passage des objets de valeur appartenant à A. Selon nous, B devrait être en mesure de plaider la légitime défense à l'encontre d'une éventuelle accusation de méfait³⁷⁹. Cependant, si les objets brisés appartiennent à C, un tiers innocent, le moyen de défense serait l'état de nécessité³⁸⁰.

Paragraphe 2. Code criminel et Projet de code pénal

Le libellé du par. 34(1) prévoit que la force doit être nécessaire : "si la violence n'est pas poussée au-delà de ce qui

378. Certains codes pénaux ne limitent pas la légitime défense à la simple utilisation de la force, voir : le par. 3(1) du *Code pénal autrichien* et le par. 32(2) du *Code pénal allemand*, *Collection des codes pénaux européens*, op. cit., note 83, pp. 14 et 338 et cités *infra*, Annexe "A", débutant p. 291.

379. G. STEFANI, G. LEVASSEUR et B. BOULOC, *Droit pénal général*, 12e éd., Paris, Dalloz, 1984, p. 347, écrivent : "On admet même qu'elle [la légitime défense] justifie des actes [...] comme la séquestration temporaire de l'agresseur [...] des menaces ou la destruction des objets mobiliers lui appartenant".

380. Dans un tel cas, la nécessité comme cause justificative semble s'imposer, mais la Cour suprême du Canada, dans l'arrêt *Perka c. La Reine*, précité, note 90, ne voit dans l'état de nécessité qu'une cause d'excuse. Le droit anglais interpréterait le cas de C comme une situation de "duress of circumstances", voir les arrêts *R. c. Willer*, (1986) 83 Cr. App.R. 225 (C.A.) et *R. c. Conway*, [1988] 3 W.L.R. 1238 (C.A.). L'expression "duress of circumstances" au lieu de "necessity" s'explique par la hantise de l'arrêt *R. c. Dudley and Stephens*, (1884-85) 14 Q.B.D. 273 qui rejette la nécessité.

est nécessaire pour se défendre"³⁸¹; le par. 37(1) dispose de même: "si elle n'a recours qu'à la force nécessaire pour prévenir l'attaque ou sa répétition".

Pour le par. 34(2), le législateur n'a pas utilisé le même style de rédaction³⁸² que pour les par. 34(1) et 37(1) qui imposent, du moins dans leur rédaction³⁸³, une évaluation objective de la nécessité. Pour la condition de nécessité du par. 34(2), il suffit pour l'accusé qui a été illégalement attaqué et qui cause intentionnellement³⁸⁴ la mort ou une lésion

-
381. COLVIN, *Principles of Criminal Law*, op. cit., note 2, p. 214, écrit : "If the defence [of s. 34(1)] is to be available to a defender who accidentally kills or wounds, then 'necessary' must refer to the force which the defender intends rather than that which actually occurs". Le par. 34(1) ne s'applique pas lorsqu'une personne cause intentionnellement la mort ou une lésion corporelle, voir *infra*, note 404; il peut s'appliquer lorsque la mort ou une blessure corporelle grave est causée d'une façon accidentelle et non négligente, voir *infra*, note 738.
382. Sur la différence entre le style législatif du par. 34(2) et celui du par. 34(1) et de l'art. 37, voir aussi *infra*, p. 234.
383. Voir le chapitre suivant sur la légitime défense putative.
384. Le par. 34(2) ne s'applique que pour les cas où la mort ou une lésion corporelle grave a été causée intentionnellement, voir : R. c. Baxter, précité, note 8, p. 109; Brisson c. La Reine, [1982] 2 R.C.S. 227; R. c. Bayard, précités, notes 98 et 99; R. c. Lavallee, précité, note 299, p. 875. La jurisprudence n'a pas retenu l'autre interprétation possible du par. 34(2) avancée par le juge Dickson dans l'arrêt R. c. Faid, précité, note 100, pp. 273-274 : "[...] le par. 34(2) ne s'applique pas dans un cas d'homicide intentionnel et n'offre aucune défense dans ce cas parce que le but de l'article est de justifier l'emploi de la force qui serait autrement illégal, la force ainsi justifiée étant celle que mentionne le par. 34(1), savoir sans intention de causer la mort ni des lésions corporelles graves de nature à causer la mort". Pour une critique de cette interprétation, voir : COLVIN, *Principles of Criminal Law*, op. cit., note 2, p. 214 et A.W. MEWETT,

corporelle grave en repoussant l'attaque, qu'il ait cru "pour des motifs raisonnables qu'il ne [...] [pouvait] pas autrement se soustraire à la mort ou à des lésions corporelles graves³⁸⁵".

Selon Mewett et Manning, l'al. 34(2)b) exige : "that the accused subjectively believe on grounds that objectively are reasonable [...] that the infliction of death or grievous bodily harm is the only way to protect himself³⁸⁶".

Le juge Martin, dans l'arrêt *R. c. Baxter*, expliquait la question importante que le jury doit considérer pour le par. 34(2) :

Under s. 34(2) of the Code the ultimate question for the jury is not whether the accused was actually in danger of death or grievous bodily harm, and whether the causing of death or grievous bodily harm was in fact necessary to preserve himself from death or grievous bodily harm, but whether :

- (1) He caused death or grievous bodily harm under a reasonable apprehension of death or grievous bodily harm, and
- (2) He believed on reasonable and probable grounds that could not otherwise preserve himself from death or grievous bodily harm³⁸⁷.

La jurisprudence accorde beaucoup de latitude dans l'appréciation de la mesure de la force qui est nécessaire dans

"Murder and Intent: Self-defence and Provocation", (1984-85) 27 *Crim. L.Q.* 433, pp. 437-438.

385. Al. 34(2)b) (nous avons souligné).

386. A. MEWETT et M. MANNING, *Criminal Law*, 2e éd., Toronto, Butterworths, 1985, p. 388.

387. *R. c. Baxter*, précité, note 8, p. 107.

les circonstances³⁸⁸. Les tribunaux citent souvent la phrase célèbre du juge Holmes : "Detached reflection cannot be demanded in the presence of an uplifted knife³⁸⁹".

Dans l'arrêt *R. c. Lavallee*³⁹⁰, le juge Wilson constate que la retraite n'est pas nécessaire lorsque la personne est dans son foyer. Mais lorsque la personne agressée n'est pas dans son foyer, la jurisprudence est ambiguë sur la question de savoir si la fuite ou la retraite est nécessaire. Dans l'arrêt *R. c. Ward*, la Cour explique que : "It is not correct to say as a matter of law that self-defence is justified only where there is no other reasonable means whereby a person can retreat³⁹¹". Dans l'affaire *R. c. Di Palma*, le juge Rothman écrit :

In dealing with s. 34(1), the judge suggested to the jury that if the accused could have retreated or left to avoid the attack, he was not acting in self defence. While that is ordinarily true, it is not the case where a person defending himself from an assault is in his own house³⁹².

388. Comme exemple, voir *R. c. Ogal*, (1928) 50 C.C.C. 71 (Alta. S.C. App.Div.), pp. 73-74 : "It was, of course, not possible for him to measure with nicety just the amount of force necessary to protect himself, under all the attendant circumstances".

389. *Brown c. United States*, 256 U.S. 335 (1921).

390. Précité, note 299, p. 888.

391. (1978) 4 C.R. (3d) 190 (C.A. Ont.), p. 192. Dans l'arrêt *R. c. Deegan*, [1979] 6 W.W.R. 97 (C.A. Alb.), p. 123, le juge Harradence affirme : "Even if the appellant were not in his home, I do not accept that retreat is imperative if a defence of self-defence is to be relied on [...]".

392. 1986) 2 Q.A.C. 253, p. 263. La note suivante est le numéro 394.

Il nous semble que le libellé du par. 34(1) avec les mots "nécessaire [...] pour se défendre" ne comporte aucune obligation de fuite ou de retraite; cependant, pour le par. 34(2), les mots "qu'il ne peut pas autrement se soustraire" semblent renvoyer à tous les autres moyens, y compris la fuite ou la retraite³⁹⁴ (sauf lorsque la victime est chez elle).

L'arrêt R. c. C.M.C.³⁹⁵ a posé la question de savoir si la légitime défense se limitait à l'utilisation de la force. Dans cette affaire, une accusation de proférer des menaces de causer des blessures graves en vertu de l'al. 264.1(1)a) du C.cr. est portée contre l'accusé qui a été la victime de voies de fait. La Cour, à la majorité, constate que l'art. 34 ne s'applique que lorsque la personne en se défendant repousse "la violence par la violence" et qu'une défense de justification est théoriquement disponible à un accusé en vertu du par. 8(3) du C.cr.; cependant la Cour, à la majorité, décide que la menace impliquait une force

394. Voir cette interprétation pour les codes pénaux des États australiens dans R.S. O'REGAN, *New Essays on the Australian Criminal Codes*, Sydney, The Law Book, 1988, pp. 83-84.

395. (1991), 102 N.S.R. (2d) 39 (N.S.S.C. App. Div.).

excessive.

L'al. 3(10)a) du *Projet de code pénal* de la C.R.D. prévoit également cette condition avec les mots suivants : "il emploie la force [...] nécessaire [...]".

Section III. La proportionnalité entre la défense et l'attaque

Paragraphe 1. Théorie

Fletcher explique ainsi cette condition :

The requirement of proportionality addresses the ratio of harms emanating from both the attack and the defense. The harm done in disabling the aggressor must not be excessive or disproportionate relative to the harm threatened and likely to result from the attack³⁹⁶.

À notre avis, cette condition doit s'interpréter généreusement. Il nous semble que la disproportion doit être manifeste pour que cette condition ne soit pas respectée. Les commentaires de Logoz sont précieux à ce sujet : "[...] il convient de se garder de tout formalisme dans l'appréciation de la valeur respective des biens en cause (par exemple : une femme

396. FLETCHER, *A Crime of Self-Defense*, op. cit., note 192, p. 24. YEO, "Commentary", loc. cit., note 364, p. 359, explique ainsi cette condition : "[...] proportionate response denotes a comparison between the force applied by the accused and the nature of the threatened danger. To illustrate, D, a muscular young man, is murderously attacked with a knife by V, a frail old woman. D could argue that the threatened harm, namely his own death, was greater than his beating V to death. This pertains to the issue of proportionate response". Voir aussi FLETCHER, *Rethinking*, op. cit., note 18, p. 870 et ASHWORTH, loc. cit., note 192, p. 296.

tue pour échapper à un agresseur qui tente d'abuser d'elle)
[...]³⁹⁷ .

En 1769, Blackstone énonçait un principe de proportionnalité en affirmant que "[...] where a crime, in itself capital, is endeavoured to be committed by force, it is lawful to repel that force by the death of the party attempting³⁹⁸ .

Les commissaires du Criminal Code Bill Commission dans leur rapport de 1879 soulignaient l'importance de ce principe :

The proposition that the force used in defence of person, liberty, or property must be proportioned to the injury or mischief which it is intended to prevent, is in our opinion one of great importance [...]³⁹⁹ .
[...]

And when violence is used for the purpose of repelling a wrong, the degree of violence must not be disproportioned to the wrong to be prevented, or it is not justified⁴⁰⁰ .

397. LOGOZ, *op. cit.*, note 37, p. 172.

398. BLACKSTONE, *op. cit.*, note 129, vol. 4, *Of Public Wrongs* (1769), p. 181 et discuté par FLETCHER, *Rethinking Criminal Law*, *op. cit.*, note 18, pp. 870-871.

399. CRIMINAL CODE BILL COMMISSION, *op. cit.*, note 170, p. 212. Les commissaires critiquent sévèrement aux pp. 179 et 212, l'absence de cette condition dans le "Lord St. Leonards' Bill of 1853 (No 106)", c'est-à-dire *The Criminal Law Consolidation and Amendment Act, No. 1*; sur ce projet de loi, voir : R.-U., H.L., P.L. 306, *An Act to consolidate and amend the Criminal Law of England, so far as it relates to Incapacity to commit offences, Duress, Criminal Intention, Criminal Agency and Participation, and Homicide, and other Offences against the Person [as amended by the Select Committee]* dans *Sessional Papers* (1852-53), vol. 4, 301; P.R. GLAZEBROOK, "Criminal Law Reform: England", *Encyclopedia of Crime and Justice*, *op. cit.*, note 34, vol. 2, 490, p. 495.

400. CRIMINAL CODE BILL COMMISSION, *id.*, p. 213; voir aussi, p. 179.

Les Commissaires, dans leur discussion de la proportionnalité, citent Coke on Littleton : "*Vim vi repellere licet modo fiat moderamine inculpatæ tutelæ, non ad sumendam vindictam, sed as propulsandam injuriam*"⁴⁰¹. On voit donc l'influence très nette du droit canonique et de la condition de la modération dans cette citation de Coke, car celle-ci semble être tirée des décrétales de Grégoire IX⁴⁰².

Il est important de souligner que la condition de proportionnalité est parfois rendue dans la common law par l'expression "raisonnable" ("reasonably")⁴⁰³.

401. *Id.*, p. 213.

402. METZ, *loc. cit.*, note 134, p. 110 : "*Compilatio IV, 5, 6, 2 = Décrétales de Grégoire IX, 5, 12, 18 : ... Quamvis vim vi repellere omnes leges et omnia jura permittant; quia tamen id debet fieri cum moderamine inculpatæ tutelæ non ad sumendam vindictam, sed ad injuriam propulsandam*". Grégoire IX fut pape de 1227 à 1241. Cette condition de modération vient du droit romain, voir METZ, *id.* p. 109.

403. Sur ce point voir : DICEY, *op. cit.*, note 363, p. 490; FLETCHER, "The Psychotic Aggressor", *loc. cit.*, note 249, pp. 367-369; et d'une façon plus générale C.R.D., *Droit pénal: Partie générale*, *op. cit.*, note 13, pp. 115 et 119-120. Dans l'arrêt R. c. Gee, (1980) 55 C.C.C. (2d) 525 (C.A. Alb.), p. 534, le juge Prowse déclare : "The underlying principle in defences of justification such as self-defence, prevention of a crime or arrest of a criminal is that the force used is reasonably necessary to effect the purpose for which it is used [...]". On utilise parfois le mot "raisonnable" seul pour remplacer l'expression "raisonnablement nécessaire", voir par exemple, l'arrêt R. c. Gee, précité, note 92, p. 301, sur l'art. 27 du C.cr., article cité, *infra*, Annexe "A", p. 287. Cette tendance de remplacer deux conditions distinctes se retrouve aussi en Angleterre et en Nouvelle-Zélande, voir par exemple, l'art. 48 sur la légitime défense de la Crimes Act 1961, précitée, note 184, tel que modifié par la Crimes Amendment Act 1980 (N.Z.), par. 2(1) et cité, *infra*, Annexe "A", p. 292.

Paragraphe 2. Code criminel et Projet de code pénal

Selon la jurisprudence, la condition de proportionnalité est incorporée au par. 34(1) : "Dans ce paragraphe (1), où l'on ne doit pas avoir l'intention de causer la mort ou des lésions corporelles graves, le législateur a incorporé l'élément de la force proportionnée à l'attaque⁴⁰⁴". De même dans l'arrêt R. c. *Desveaux*, le juge Cory, au nom de la Cour, affirme pour le par. 34(1) :

To come within s. 34(1) the accused must apply no more force than is necessary to defend himself. The force used by the accused must be proportional to the attack launched against him. A knife thrust to the heart would not be an appropriate response to a slap on the wrist⁴⁰⁵.

La condition de proportionnalité au par. 34(1) n'est pas explicite mais implicite, car lorsque une personne attaquée illégalement cause intentionnellement la mort ou une lésion corporelle grave, c'est le par. 34(2) qui doit être considéré⁴⁰⁶.

404. *Bélanger c. La Reine*, précité, note 4, juge Bisson, pp. 15-16. Le par. 34(1) ne s'applique pas lorsque l'agressé cause intentionnellement la mort ou une lésion corporelle grave, voir : *Brisson c. La Reine*, précité, note 384, p. 258 (juge Dickson); *Reilly c. La Reine*, précité, note 297, p. 453. Le texte du par. 34(1) indique clairement qu'il n'y a pas de justification lorsque la mort ou une lésion corporelle grave est causée intentionnellement.

405. (1986) 26 C.C.C. (3d) 88 (C.A. Ont.), p. 92.

406. L'art. 37 s'applique peut-être aussi. La relation exacte entre le par. 34(2) et 37 est ambiguë, lorsque c'est la personne attaquée qui veut invoquer le par. 37; une certaine jurisprudence croit que l'application du par. 34(2) exclut celle de l'art. 37, tandis qu'une autre croit

Le libellé du par. 34(2) impose une appréciation toute particulière de la proportionnalité. En vertu de ce paragraphe, un individu illégalement attaqué et qui cause intentionnellement la mort ou une lésion corporelle grave en repoussant l'attaque doit l'avoir fait notamment "parce qu'il a des motifs raisonnables pour appréhender que la mort ou quelque lésion corporelle grave ne résulte de la violence avec laquelle l'attaque a en premier lieu été faite, ou avec laquelle l'assaillant poursuit son dessein⁴⁰⁷". Mewett et Manning explique ainsi l'appréciation demandée par les mots "motifs raisonnables pour appréhender" de l'al. 34(2)a) :

Paragraphe (a) requires the accused to have a reasonable apprehension, arising from the violence exhibited by the assailant, that he will suffer death or grievous bodily harm. Reasonable apprehension means that subjectively the accused must apprehend but that objectively it must also be reasonable that he apprehend⁴⁰⁸.

Lorsque le texte du par. 34(2) s'applique, les tribunaux ont décidé maintes fois qu'il n'était pas nécessaire

que la coexistence est possible, voir les arrêts : *Bélanger c. La Reine*, précité, note 4, p. 15; *R. c. Basarabas and Spek*, (1981) 62 C.C.C. (2d) 13 (C.A. C.-B.), pp. 25-26, infirmé sur un autre point [1982] 2 R.C.S. 730; *R. c. Mulder*, (1978) 40 C.C.C. (2d) 1 (C.A. Ont.), pp. 4-5; *Lowther c. The Queen*, précité, note 307 (juge Hyde). Selon la C.R.D., *Droit pénal : Partie générale*, op. cit., note 13, p. 116, l'art. 37 énoncerait un principe général, soit qu'une "[...] personne est fondée à repousser une agression en employant la force nécessaire et proportionnée [...]" et l'art. 34 exprimerait une restriction et une exception.

407. Al. 34(2)a) (nous avons souligné).

408. MEWETT et MANNING, op. cit., note 386, p. 385.

que la force utilisée soit objectivement proportionnelle à l'attaque. Ainsi, dans l'arrêt *R. c. Bogue*, le juge Howland affirme :

Whether the amount of force used against the accused was disproportionate to the nature of the force used by her was proper to be considered by the jury as a circumstance, or an item of evidence, in deciding whether she had a reasonable apprehension of death or grievous bodily harm and whether she had reasonable and probable grounds to believe that she could not otherwise preserve herself from death or grievous bodily harm. If, however, the jury was either satisfied that the accused had such apprehension and belief, or entertained a reasonable doubt with respect to it, she was entitled to be acquitted. No further requirement existed that the force used by the accused be proportionate to the nature of the attack upon her⁴⁰⁹.

Le Code criminel ne définit pas les mots "lésions corporelles graves" employés à l'art. 34. Dans l'arrêt *R. c. Clark*⁴¹⁰, la Cour décide que cette expression n'équivaut pas à l'expression "lésions corporelles qu'elle sait être de nature à causer sa mort" que l'on retrouve dans une des définitions du meurtre au sous-al. 212a)(ii) [maintenant le sous-al. 229a)(ii)]

409. (1976) 30 C.C.C. (2d) 403 (C.A. Ont.), p. 11 et suivi dans *R. c. Ward*, précité, note 391, p. 192.

410. (1983) 5 C.C.C. (3d) 264 (C.A. Alb.), p. 270. Dans l'arrêt *R. c. Bottrell*, (1981) 60 C.C.C. (2d) 211 (C.A. Ont.), p. 218, on a décidé que cette même expression au par. 25(3) du C.cr., portant sur la protection des personnes autorisées à agir dans l'application ou l'exécution de la loi, signifiait "serious 'hurt or pain'". Dans l'arrêt *Hyam c. D.P.P.* [1975] A.C. 55 (H.L.), pp. 92-93, en particulier, le juge Diplock dissident, dans une étude approfondie de l'expression "grievous bodily harm" pour les fins du meurtre par "actual malice" ou "express malice", démontre que cette expression devrait être interprétée comme "bodily harm likely to endanger life".

du C.cr. Dans l'arrêt *R. c. Imbeau*⁴¹¹, le juge décide que le jury pouvait conclure à des lésions corporelles graves dans le cas où l'accusé avait infligé à sa victime trois coups de couteau à l'abdomen, ces blessures ayant une profondeur de 5 à 6 centimètres.

On peut concevoir des situations où une personne attaquée n'aurait pas le droit d'invoquer le par. 34(2) si son seul acte de défense nécessaire consistait à infliger intentionnellement des lésions corporelles graves et si son appréhension ne respectait pas les termes de l'al. 34(2)a). Par exemple, une femme est battue par son mari qui la gifle. Si cette femme n'appréhende pas une lésion corporelle grave et que son seul moyen de se défendre à cause d'une différence de force physique est d'utiliser une arme et d'infliger intentionnellement à son mari une lésion corporelle grave ou la mort, l'acte de défense est nécessaire mais il ne peut être justifié en vertu du par. 34(1)⁴¹² ou du par. 34(2). Dans cet exemple, l'acte de défense est nécessaire mais disproportionné au mal que la personne repousse.

411. (1989), 3 Y.R. 260 (C.A), p. 261.

412. Ce paragraphe ne s'applique pas lorsqu'on inflige intentionnellement une lésion corporelle grave, voir *supra*, note 404. Nous sommes en désaccord avec l'opinion de COLVIN, *Principles of Criminal Law*, op. cit., note 2, p. 215, qui écrit : "[...] under s. 34(1) any degree of force can be used which is necessary for self-defence [...]".

Le par. 37(2) impose, du moins par son libellé⁴¹³, une évaluation objective de la proportionnalité⁴¹⁴. Ainsi, une personne serait tenue, par exemple, de tolérer des voies de fait simples dont on la menace (ou la personne sous sa protection) plutôt que de se défendre, si le seul moyen de défense efficace (donc "nécessaire") était de tuer son agresseur.

La condition de proportionnalité est parfois confondue par les tribunaux avec la condition que l'acte de défense doit être nécessaire⁴¹⁵. Comme nous l'avons vu, la condition de nécessité peut être respectée sans que celle de la proportionnalité ne le soit; de même, la condition de proportionnalité peut être respectée sans que celle de la nécessité ne le soit⁴¹⁶.

L'al. 3(10)a) du *Projet de code pénal* prévoit expressément cette condition de proportionnalité avec l'emploi du

413. Dans l'arrêt *R. c. Mulder*, précité, note 406, p. 5, la Cour affirme que l'art. 37 "introduces the concept of 'proportionate force'".

414. Nous faisons évidemment ici abstraction de la théorie de l'erreur élaborée par les tribunaux pour la légitime défense.

415. Voir l'arrêt *R. c. T.J.H. (Y.O.A.)*, (18 janvier 1991), Vancouver, CA 011800 (C.A. C.-B.), résumé à *R. c. H.(T.J.)*, (1991) 12 W.C.B. (2d) 73 où le juge de première instance rejette l'application de l'art. 37, car la condition de proportionnalité du par. 37(2) n'a pas été respectée; la Cour d'appel interprète la même situation comme une question de nécessité.

416. Par exemple, X attaque Y avec un couteau pour le tuer; Y tue X en lui tirant une balle au coeur alors qu'il lui aurait suffi de viser une jambe pour mettre X hors de combat.

mot "raisonnablement"; un justiciable peut invoquer cet alinéa s'il "emploie la force raisonnablement nécessaire pour éviter le préjudice corporel ou la douleur qu'il appréhende"⁴¹⁷. Comme nous le verrons⁴¹⁸, l'emploi des mots "qu'il appréhende" entraîne un critère subjectif d'appréciation bien que les commentaires⁴¹⁹ de la C.R.D. pour l'al. 3(10)a) indiquent que cette disposition est soumise à un critère objectif.

Section IV. La personne doit avoir agi pour se défendre, pour repousser l'attaque ou prévenir celle-ci

Paragraphe 1. Théorie

La personne qui invoque la légitime défense comme justification doit avoir su qu'elle était attaquée illicitement ou était menacée d'une attaque illicite et imminente. Le motif ou raison de son action est de se défendre ou de se protéger. Son but ou dessein est de repousser cette attaque ou de prévenir la menace d'une attaque imminente⁴²⁰.

417. L'expression "raisonnablement nécessaire" englobe à la fois, les conditions de proportionnalité et de nécessité. La C.R.D. avait proposé dans son étude préliminaire sur la légitime défense, *Droit pénal : Partie générale, op. cit.*, note 13, p. 119, que "la force employée soit proportionnée au préjudice qu'il appréhende".

418. Voir *infra*, p. 142.

419. Voir le texte principal correspondant à la note 354.

420. Pour la légitime défense des tiers, la personne qui invoque ce moyen de défense doit avoir su que ce tiers était illicitement attaqué ou était menacé d'une attaque illicite et imminente. Son motif d'agir est alors de défendre ou de protéger ce tiers. Son but est le même que pour sa propre défense.

La logique du langage dicte que l'expression "légitime défense", implique nécessairement une "défense". Selon Yotopoulos-Marangopoulos, "[...] le sens courant de la 'défense' inclut toujours l'idée d'agir pour repousser une attaque"⁴²¹.

Metz explique qu'en droit canonique médiéval, "l'usage de la force doit être justifié par une *causa defensionis* et non par le désir de vengeance (*causa ultionis*)"⁴²² et que cette "précision" vient du droit romain. Nous avons déjà souligné⁴²³ qu'en 1879, les Commissaires du Criminal Code Bill Commission citent *Coke on Littleton* dans leur rapport : "*Vim vi repellere licet modo fiat moderamine inculpatæ tutelæ, non ad sumendam vindictam, sed ad propulsandam injuriam*"⁴²⁴.

Fletcher affirme que le "consensus of Western legal systems is that actors may avail themselves of justifications only if they act with a justificatory intent"⁴²⁵, c'est-à-dire que "the actor know and act on the circumstances that allegedly

421. YOTOPOULOS-MARANGOPOULOS, *op. cit.*, note 280, p. 230.

422. METZ, *loc. cit.*, note 134, pp. 110-111.

423. Voir *supra*, p. 111.

424. Nous avons souligné.

425. FLETCHER, *Rethinking*, *op. cit.*, note 18, p. 557. Pour la common law, voir l'arrêt *R. c. Dadson*, (1850) 4 Cox C.C. 358 (C.C.R.) discuté dans J.C. SMITH, *Justification and Excuse in the Criminal Law*, The Hamlyn Lectures, 40e sér., Londres, Stevens, 1989, pp. 38-44 et FORTIN et VIAU, *op. cit.*, note 73, pp. 197-198.

justify his conduct⁴²⁶". Fletcher ajoute que la variante la plus extrême de cette condition voudrait que l'agent ait été "motivated exclusively by the justificatory criteria⁴²⁷".

Mewett abonde dans le même sens en affirmant pour la légitime défense : "Self-defence must presuppose that the accused is defending himself and to do that he has to be aware of that fact and of what he is doing⁴²⁸".

Pourquoi devrait-on exiger pour la personne qui invoque la légitime défense, qu'elle ait agi pour se défendre et dans le but de repousser une attaque illicite ou prévenir une attaque imminente et illicite? Fletcher nous donne l'explication suivante :

The basic idea behind the distinction between Definition [faits constitutifs d'une infraction] and justification is that in our social and moral life we sense a difference between the conduct that is routine and accepted and conduct that may be right, but that is rendered right only by providing good reasons. It is the difference between punching a ball and punching someone in the jaw. There is no need to justify punching a ball [...]. Punching a person is different; this is conduct that is

426. FLETCHER, "Justification: Theory", *loc. cit.*, note 34, p. 945; *contra*, BYRD, "Wrongdoing and Attribution", *loc. cit.*, note 19, p. 1303, explique une distinction entre la justification et l'excuse : "One of the distinctions is that the actor's motivations for acting is relevant when one considers granting an excuse, but not when one considers providing a justification"; pour Byrd, *id.*, p. 1304, seule la connaissance des faits justificatifs est requise : "Requiring the actor to know of the justifying circumstances is not the same as requiring the actor to be motivated by this knowledge".

427. FLETCHER, *Rethinking*, *op. cit.*, note 18, p. 559.

428. MEWETT, *loc. cit.*, note 384, p. 444.

typically suspect. Yet in some cases it might be rendered proper and acceptable - say by self-defence [...]. It certainly makes sense to ask someone whether he has a good reason for punching a neighbor in the nose. The good reason might be his justification⁴²⁹.

Si les circonstances objectives de la légitime défense sont présentes mais qu'une personne les ignore en réalisant les faits constitutifs d'une infraction, on ne devrait pas permettre à cette personne d'invoquer la légitime défense. Fletcher nous donne l'exemple suivant :

[...] a physician may be about to inject air into a patient's vein in order to kill him. Without knowing of the physician's deadly purpose, the patient strikes the physician (perhaps he is angry about the anticipated fee)⁴³⁰.

Pour l'exemple de Fletcher, nous croyons que le patient devrait être trouvé coupable de voies de fait et non de tentative de voies de fait⁴³¹. Colvin est aussi d'avis que la personne qui

-
429. G.P. FLETCHER, "The Right Deed For The Wrong Reason: A Reply to Mr. Robinson", (1975) 23 *U.C.L.A. Law Rev.* 293, p. 310. Cet article de Fletcher est en réaction à P.H. ROBINSON, "A Theory of Justification: Societal Harm as a Prerequisite for Criminal Liability", (1975) 23 *U.C.L.A. Law Rev.* 266. Sur le débat entre ces deux auteurs, voir aussi : FLETCHER, *Rethinking*, op. cit., note 18, pp. 552-569 et ROBINSON, *Criminal Law Defences*, vol. 2, op. cit., note 266, pp. 12-29.
430. FLETCHER, "Justification: Theory", loc. cit., note 34, p. 945.
431. YOTOPOULOS-MARANGOPOULOS, op. cit., note 280, p. 222, explique qu'en Allemagne : "[...] on discute pour savoir si, dans le cas où la partie subjective d'une cause de justification fait défaut, il s'agit d'un délit exécuté ou tenté. La plupart des auteurs admettent qu'il s'agit d'une tentative [...]. Mais, lorsqu'il s'agit des cas où ce ne sont que le mobile et la volonté de l'agent qui fondent la cause justificative, une tentative n'est pas possible

ignore les faits permettant de justifier sa conduite devrait être trouvée coupable d'une infraction :

With respect to an accused who had a defence available but who acted in ignorance of it the stronger arguments of principle are for a conviction. [...] [the] law should not "justify" an assault as having been in self-defence if the assailant did not know that the victim was similarly bent upon an attack. [...] Convicting an accused in this situation is analogous to convicting an accused of attempting a crime which was not completed. Entitlement to an exculpatory defence should depend not only on the presence of justifying or excusing circumstances, but on someone having acted because of them⁴³².

Nous avons dit ci-dessus que le motif ou la raison d'une personne qui agit en légitime défense est de se défendre ou de se protéger. Le motif est donc pertinent à l'existence même de cette justification. Cette opinion peut sembler être en conflit avec l'arrêt *Lewis c. La Reine*⁴³³. Dans cet arrêt, le juge Dickson affirme que le "motive" dans le sens d'intention ultérieure ne fait pas partie du crime et n'est pas pertinent à la responsabilité pénale :

Accepting the term "motive" in a criminal law sense as meaning "ulterior intention", it is possible, I think upon the authorities, to formulate a number of propositions. [...]

[...]

(2) Motive is no part of the crime and is legally

[...]" . Sur le sujet, voir aussi BYRD, "Wrongdoing and Attribution", *loc. cit.*, note 19, pp. 1311-1321.

432. COLVIN, *Principles of Criminal Law*, *op. cit.*, note 2, pp. 205-206.

433. [1979] 2 R.C.S. 821.

irrelevant to criminal responsibility⁴³⁴.

Dans toute la version française de ce jugement, le mot "motive" est toujours rendu par l'expression "mobile". Le mot anglais "motive" peut être traduit en français⁴³⁵ par "motif" ou "mobile". Il aurait été préférable dans le passage ci-dessus d'avoir traduit le mot "motive" par l'expression française "motif". Dans ce même jugement, le juge Dickson, citant Williams⁴³⁶, explique que l'autre sens du mot "motive" est une "emotion prompting an act"⁴³⁷. Dans la version française, le mot "motive" est alors correctement rendu par l'expression "mobile".

Apportons quelques précisions sur les notions de "motif" et de "mobile". Ces notions sont synonymes dans le langage courant mais différentes dans le langage philosophique⁴³⁸. Sartre explique ainsi le "motif" :

On entend ordinairement par *motif* la raison d'un acte; c'est-à-dire, l'ensemble des considérations rationnelles qui le justifient. [...] On notera que le motif se caractérise [⁴³⁹.] comme une appréciation objective de la situation.

434. Id., pp. 832-833.

435. Cassel's *French-English English-French Dictionary*, 20e éd., Toronto, Cassell, 1959, p. 282 et *Harrap's New Shorter French and English Dictionary*, Londres, Harrap, 1977, p. M : 30.

436. WILLIAMS, *Criminal Law*, op. cit., note 274, p. 831.

437. R. c. Lewis, précité, note 433, p. 831.

438. YOTOPOULOS-MARANGOPOULOS, op. cit., note 280, p. 28.

439. J.-P. SARTRE, *L'être et le néant, essai d'ontologie phénoménologique*, Paris, Gallimard, 1970 (originellement publié en 1943), p. 500. J. HALL, *General Principles of*

Ce philosophe explique ainsi le "mobile" :

Le mobile, au contraire, est considéré ordinairement comme un fait subjectif. C'est l'ensemble des désirs, des émotions et des passions qui me poussent à accomplir un certain acte⁴⁴⁰.

L'affirmation du juge Dickson dans l'arrêt *Lewis* que le "motive" (que nous interprétons ici comme le "motif") n'est pas pertinent à la responsabilité pénale, nous semble avoir été faite qu'en ne tenant compte que d'une "partie" de la notion de l'infraction, soit les faits constitutifs dans la théorie tripartite de l'infraction. En effet, les rôles du "motive" (motif) et du but pour les moyens de défense, comme cause de justification ou d'excuse, ne sont aucunement discutés dans ce jugement. Colvin commente ainsi l'opinion ci-dessus du juge Dickson que "Motive is no part of the crime and is legally irrelevant to criminal responsibility" :

This kind of aphorism has a kernel of truth but is also potentially misleading. [...] under exceptional circumstances, a particular motive may provide a special defense of justification or excuse. The point of the aphorism is merely that motive is immaterial in the determination of questions about

Criminal Law, 2e éd., Indianapolis, Bobbs-Merrill, 1960, pp. 89-90, écrit : "[...] the ordinary, traditional and legal meaning of 'motive' is the reason or ground of any conduct".

440. SARTRE, *id.*, p. 501. J. BENTHAM, *An Introduction to The Principles of Morals and Legislation*, New York, Hafner, 1948, p. 99, définit ainsi l'un des sens du "motive" : "It is a pleasure, pain, or other event, that prompts to action".

intention⁴⁴¹.

Depuis l'arrêt *Lewis*, la Cour suprême a eu l'occasion de reconnaître implicitement l'importance du motif ou du but pour les justifications, par exemple pour l'art. 43⁴⁴² portant sur la discipline des enfants et sur la fouille accessoire à une arrestation légale⁴⁴³.

Si le motif et le but de la personne qui invoque la légitime défense ont un rôle important à jouer dans la légitime défense comme justification, peut-on dire que le mobile n'en a aucun? Notre réflexion sur la question nous amène à conclure que dans chaque cas de légitime défense, la personne a nécessairement un mobile⁴⁴⁴ pour agir mais que ce mobile n'est pas pertinent

441. COLVIN, *Principles of Criminal Law*, op. cit., note 2, p. 126.

442. Dans l'affaire *Ogg-Moss c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 173, p. 193, la Cour déclare : "[...] le recours à la force ne sera pas justifié, à moins que ce ne soit 'pour corriger', c'est-à-dire qu'il ne s'inscrive dans le cadre de l'éducation de l'enfant". Le jugement cite avec approbation un autre arrêt, selon lequel "tout châtement [...] motivé par l'arbitraire, le caprice ou la mauvaise humeur, constitue un délit [...]".

443. Dans l'arrêt *Cloutier c. Langlois*, [1990] 1 R.C.S. 158, p. 186, la Cour conclut que la fouille accessoire à une arrestation légale, "[...] doit viser un objectif valable dans la poursuite des fins de la justice criminelle, telle la découverte d'un objet pouvant menacer la sécurité des policiers [...]. Le but de la fouille ne doit pas être étranger aux fins d'une saine administration de la justice, ce qui serait le cas, par exemple, si la fouille avait pour but d'intimider le prévenu, de le ridiculiser ou d'exercer une contrainte pour lui soutirer des aveux".

444. YOTOPOULOS-MARANGOPOULOS, op. cit., note 280, p. 229, affirme que le mobile dans la légitime défense est "le désir de repousser l'attaque". Un autre mobile qui peut pousser une personne à repousser l'attaque peut être une

juridiquement et théoriquement pour la légitime défense, si le motif de se protéger et le but de repousser l'attaque ou de prévenir celle-ci sont présents. D'un point de vue pratique, il ne faut pas oublier que le motif et le but sont beaucoup plus faciles à prouver que le mobile.

La personne qui invoque la légitime défense doit-elle avoir agi exclusivement pour se défendre ou défendre autrui et avoir eu comme unique but, celui de repousser l'attaque ou de prévenir celle-ci? Une personne peut avoir plusieurs mobiles, motifs et buts⁴⁴⁵.

Il ne nous semble pas nécessaire que le motif de défense et le but de repousser l'attaque ou de la prévenir aient été les seuls présents. Il faut néanmoins qu'ils aient joué un rôle important et prédominant⁴⁴⁶. On retrouve dans le droit anglais un arrêt portant sur l'excuse de contrainte et qui par analogie semble étayer nos propos. Voici comment Card commente cet arrêt :

The accused need not have acted as he did solely because of a threat of death or serious harm. It is enough that he would not have acted as he did but for such a threat, even though he also acted for some other reason (such as an additional threat to

émotion comme la peur, voir *infra*, p. 205, notre chapitre sur la force excessive en légitime défense due à la peur ou au désarroi.

445. Selon YOTOPOULOS-MARANGOPOULOS, *id.*, p. 28, au moment d'agir, il n'y aurait qu'un "motif dernier" et qu'un "mobile final".

446. Voir YOTOPOULOS-MARANGOPOULOS, *id.*, pp. 231-232 pour le mobile et le dessein.

burn down his house or to expose his immorality) :
 Valderrama-Vega [1985] Crim LR 220, CA⁴⁴⁷.

Paragraphe 2. Code criminel et Projet de code pénal

On retrouve aux art. 34 et 37 du C.cr., le motif et le but qui sont nécessaires à la légitime défense.

La personne qui invoque l'art. 34 ou 37, doit avoir agi pour un motif, soit pour se défendre ou se protéger. Les expressions "pour lui permettre de se défendre" au par. 34(1), "preserve himself from death or grievous bodily harm" au par. 34(2) et "pour se défendre" au par. 37(1), en font foi.

Les dispositions du *Code criminel* exigent également la présence d'un but. Pour l'art. 34, c'est de repousser l'attaque, car le par. 34(1) emploie les mots "fondée à repousser la violence par la violence" et le par. 34(2), "en repoussant l'attaque". Enfin, les mots "pour prévenir l'attaque ou sa répétition" au par. 37(1) et "pour but de prévenir [l'attaque]" au par. 37(2) démontrent la nécessité du but.

L'al. 3(10)a) du *Projet de code pénal* de la C.R.D. exige que la personne qui invoque cette disposition sur la défense de la personne ait agi avec un motif : "afin de se protéger ou de protéger autrui contre l'emploi illégal de la force". Un but est également exprimé : "pour éviter le préjudice corporel ou la douleur qu'il appréhende".

447. R. CARD, *Cross Jones and Card - Introduction to Criminal Law*, 11e éd., Londres, Butterworths, 1988, p. 567.