

Chapitre III

La légitime défense putative

Dans ce chapitre, nous aborderons quelques aspects de la légitime défense putative, un sujet que la doctrine canadienne commence à explorer. Le traitement de la légitime défense putative est une question importante, controversée et très complexe de la théorie pénale. Colvin écrit : "The law on 'putative defences', where action is taken under a mistaken belief in the presence of exculpatory circumstances, is riddled with inconsistencies as well as uncertainties⁴⁴⁸".

Dans la première section, nous tenterons de définir la légitime défense putative. Ensuite, nous ferons un bref historique de ce moyen de défense. Dans la section suivante, nous verrons comment le droit canadien traite la situation où une personne croit par erreur être attaquée, alors qu'en réalité, elle ne l'est pas. Dans la quatrième section, nous démontrerons que la légitime défense putative ne peut être une justification.

448. COLVIN, *Principles of Criminal Law, op. cit.*, note 2, p. 206.

Section I. Sens de l'expression "légitime défense putative"

Le mot "putative" dans l'expression "légitime défense putative", vient du latin ecclésiastique "putativus, de putare 'estimer, supposer'⁴⁴⁹". Cette expression ne semble pas être employée dans la doctrine canadienne, bien que l'on utilise les expressions anglaises "putative justifications"⁴⁵⁰ et "putative defences"⁴⁵¹ et que l'on discute⁴⁵² la question de l'erreur pour la légitime défense. La légitime défense putative survient lorsqu'une personne suppose d'une façon erronée un état de choses qui aurait rendu son acte de défense licite⁴⁵³. Elle découle donc d'une erreur de fait.

La légitime défense putative peut comprendre une multitude de situations provenant d'une seule erreur de fait ou

449. *Le Petit Robert 1, op. cit.*, note 364, p. 1569.

450. STUART, *Canadian Criminal Law, op. cit.*, note 76, pp. 390 et 392, discute des "putative justifications" dans un sens différent de celui de Fletcher, voir *infra*, p. 200.

451. COLVIN, *Principles of Criminal Law, op. cit.*, note 2, p. 206.

452. Par exemple, COLVIN, *id.*, pp. 207 et 215-216.

453. G. STRATENWERTH, "The Problem of Mistake in Self-Defense", [1986] *B.Y.U.L.Rev.* 733, p. 743, écrit : "Putative self-defense comes into question only if the actor mistakenly assumes a situation which would render the attack lawful [...]". Il nous a semblé redondant d'ajouter les mots "qui s'il eut été vrai" afin que la définition se lise : "un cas de légitime défense putative survient lorsqu'une personne suppose d'une façon erronée un état de choses qui, s'il eut été vrai, aurait rendu son acte de défense licite".

même d'une combinaison d'erreurs. Le cas le plus discuté⁴⁵⁴ en théorie pénale est celui de l'erreur portant sur la condition de l'attaque illicite. Une personne croit pour des motifs raisonnables être attaquée illicitement lorsque en réalité elle n'est même pas attaquée.

La légitime défense putative peut aussi s'appliquer à d'autres situations d'erreurs⁴⁵⁵. Sans vouloir toutes les énumérer, mentionnons qu'une personne peut se tromper et croire par erreur que l'attaque est imminente (alors qu'elle ne l'est pas) ou qu'une attaque est illicite (alors qu'elle est licite). Une personne réellement attaquée peut croire par erreur que la personne qui l'attaque a une arme⁴⁵⁶ (alors que celle-ci n'en a pas) ou encore que son acte de défense est nécessaire (alors qu'un autre moyen moins dommageable pour l'agresseur est disponible).

Peut-il y avoir une erreur de fait portant sur la proportionnalité? Nous le croyons. Robinson⁴⁵⁷ fait une

454. FLETCHER, "The Right", *loc. cit.*, note 47, p. 972, explique que "The phrase 'putative self-defense' refers to the problems that arise when someone reasonably believes that he is being attacked, but in fact is not, and uses force against a person who is not in fact an aggressor". Cette définition est trop étroite. Cependant, FLETCHER dans *A Crime of Self-Defense, op. cit.*, note 192, pp. 26-27, élargit considérablement cette notion.

455. Voir JESCHECK, *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil, op. cit.*, note 367, pp. 314, 442 et 444-445. Nous nous inspirons largement de passages de son texte.

456. Il s'agit ici d'une erreur sur le mode de l'attaque.

457. ROBINSON, *Criminal Law Defenses, vol. 2, op. cit.*, note 266, p. 398.

distinction entre une erreur sur la proportionnalité et l'erreur sur les circonstances de fait sur lesquels se fondent la proportionnalité. Cet auteur semble assimiler la première erreur à une erreur de droit⁴⁵⁸.

La légitime défense putative peut aussi porter sur une combinaison d'erreurs. Donnons l'exemple d'une erreur portant à la fois sur la condition de l'attaque illicite et sur la condition de l'acte nécessaire : A peut croire faussement être attaqué illicitement par B et tuer B en lui tirant une balle au coeur, alors qu'il lui aurait suffi de le tirer dans les jambes, si les faits avaient été tels que A les imaginait.

Section II. Bref historique de la légitime défense putative

On connaît très peu de choses sur l'histoire de l'erreur en légitime défense avant le *English Draft Code* de la Criminal Code Bill Commission de 1879. Une étude récente du professeur Singer⁴⁵⁹ constitue un apport important sur cette question bien que la recherche du professeur Singer porte en grande partie sur le droit américain.

Green écrit qu'au XIIIe siècle, la légitime défense répondait, en matière d'homicide, à un critère objectif de

458. *Id.*, pp. 404-405, 408-409 et 414-416.

459. R. SINGER, "The Resurgence of Mens Rea: II- Honest but Unreasonable Mistake of Fact in Self-Defense", (1987) 28 *Boston College L.Rev.* 459.

stricte nécessité⁴⁶⁰. En 1759 Blackstone apporte quelques précisions importantes sur le sujet en expliquant que l'ignorance ou l'erreur d'un fait constitue une défectuosité de la volonté ("defect of will"); cette défectuosité fait obstacle à la punition pour l'acte prohibé lorsque une personne commet un acte illicite mais avec l'intention de commettre un acte licite⁴⁶¹. Blackstone nous donne l'exemple suivant : "As if a man, intending to kill a thief or housebreaker in his own house, by mistake kills one of his own family, this is no criminal action⁴⁶²".

En 1803, traitant de l'erreur raisonnable dans une situation de légitime défense, soit celle de la prévention d'une "felony", East affirme :

[...] if the party killing had reasonable grounds for believing that the person slain had a felonious design against him, and under that supposition kill him; although it should afterwards appear that there was no such design, it will only be manslaughter, or even misadventure; according to the degree of caution used, and the probable grounds for such belief⁴⁶³.

460. GREEN, "The Jury", *loc. cit.*, note 123, p. 44.

461. BLACKSTONE, *op. cit.*, note 129, vol. 4, *Of Public Wrongs* (1769), pp. 20 et 27.

462. *Id.*, p. 27. Blackstone justifie son affirmation en citant dans une note l'arrêt *Levett's Case*, dont il est fait mention dans l'arrêt *Cook's Case* (1639) Cro. Car. 537, p. 538, 79 E.R. 1064, p. 1065. *Levett* est acquitté. Selon SINGER, *loc. cit.*, note 459, pp. 461-462, l'erreur de *Levett* était raisonnable; FOSTER, *op. cit.*, note 154, p. 299, commente ainsi l'arrêt *Levett* : "Possibly it might have been better ruled Manslaughter at Common-Law; due Circumspection not having been used [...]".

463. EAST, *op. cit.*, note 121, vol. 1, p. 273, cité en partie par SINGER, *id.*, p. 475.

Dans le *Fourth Report from Her Majesty's Commissioners for Revising and Consolidating the Criminal Law* de 1848, les Commissaires emploient l'expression "reasonable cause for believing"⁴⁶⁴ dans leur disposition sur la légitime défense de leur projet de code pénal.

Le projet de loi de 1878, rédigé par Stephen, n'inclut pas dans ses dispositions⁴⁶⁵ sur la légitime défense, cette notion de croyance pour des motifs raisonnables, donnant ouverture à l'erreur. Ce projet de loi prévoyait cependant une disposition, l'art. 25⁴⁶⁶, portant sur l'ignorance d'un fait. Il nous semble que l'intention de Stephen, dans ce projet de loi de 1878, ait été de traiter dans des dispositions distinctes, de la légitime défense et de l'erreur de fait. La théorie de l'erreur de fait était un problème difficile pour les juristes de l'époque. En 1875, la "Court of Criminal Appeal" rend une décision importante sur l'erreur portant sur les faits constitutifs d'une infraction dans l'arrêt *R. c. Prince*⁴⁶⁷. En 1880, Stephen⁴⁶⁸ admit que son

464. *Op. cit.*, note 172, chap. XV, section 5, art. 12, p. 167 et cité *infra*, Annexe "A", p. 280. Cet art. 12 semble être "l'ancêtre" de l'art. 34 du C.cr.

465. P.L. 178, *Criminal Code (Indictable Offences)*, 1878, précité, note 175, art. 119 et 120 et cités *infra*, Annexe "A", p. 281.

466. *Id.*, p. 33 et cité *infra*, Annexe "A", p. 281.

467. (1875) 13 Cox C.C. 138 (Court of Crown Case Reserved). FLETCHER discute cet arrêt dans *Rethinking Criminal Law*, *op. cit.*, note 18, pp. 723-731.

art. 25 sur l'ignorance d'un fait n'était pas satisfaisant.

On ne retrouve pas de discussion de l'erreur en légitime défense dans les commentaires du rapport de la Criminal Code Bill Commission de 1879⁴⁶⁹, Commission établie pour étudier le projet de loi rédigé par Stephen. Cette question a dû néanmoins préoccuper énormément les commissaires, puisque, comme nous l'avons dit⁴⁷⁰, les dispositions sur la légitime défense du projet de loi rédigé par Stephen sont mises de côté par cette Commission qui les remplace par d'autres dans le *English Draft Code*. De plus, la Criminal Code Bill Commission écarte l'art. 25 du projet de loi de 1878 et l'on ne retrouve aucune disposition similaire dans le *English Draft Code* de cette Commission.

Comme nous l'avons souligné⁴⁷¹, le mot "justified" a été employé dans les dispositions sur la légitime défense du *English Draft Code* et dans notre *Code criminel* dans le but de protéger la personne qui se défend contre les poursuites civiles. Le droit civil anglais dans le domaine des "intentional torts" et plus particulièrement pour le "trespass to the person" ("assault and battery") semble toujours avoir chevauché le droit criminel⁴⁷².

468. STEPHEN, "The Criminal Code (1879)", *loc. cit.*, note 111, p. 159.

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

470. Voir *supra*, p. 49.

471. Voir *supra*, p. 49.

472. H. STREET, *The Law of Torts*, 6e éd., Londres, Butterworths, 1976, p. 18 : "Battery is both a tort and a crime and in many cases it is accordingly important to know to what extent criminal cases are relevant in tort. Perhaps the

La légitime défense est un moyen de défense aux "torts" que sont le "battery and assault". La défense d'erreur raisonnable s'applique également à la légitime défense lorsque celle-ci est plaidée dans une action civile⁴⁷³. L'étude de Fletcher⁴⁷⁴ sur les "torts" démontre qu'avant le milieu du XIXe s., la responsabilité pour le "tort" était dominée par le paradigme théorique de la réciprocité⁴⁷⁵ ("paradigm of reciprocity"); au XIXe, le paradigme du caractère raisonnable⁴⁷⁶ ("paradigm of reasonableness") fit son apparition dans le droit sur les "torts". Ce changement révolutionna la notion de la faute, car l'absence de celle-ci cessa d'être une excuse pour devenir une justification :

At its origins in the common law of torts, the concept of fault served to unify the medley of excuses available to defendants who would otherwise be liable in trespass for directly causing harm. As the new paradigm emerged, fault came to be an inquiry about the context and the reasonableness of the defendant's risk-creating conduct. Recasting fault from an inquiry about excuses into an inquiry about the reasonableness of risk-taking laid the

position is accurately stated in *Scott v. Shepherd* [(1773), 2 Wm. Bl. 892, at p. 899 (per De Grey, C.J.)] : 'And though criminal cases are no rule for civil ones, yet in trespass I think there is an analogy.'

473. Sur le sujet, voir B.N. FORBES, "Mistake of Fact with Regard to Defences in Tort Law", (1970) 4 *Ottawa L.Rev.* 306.
474. G.P. FLETCHER, "Fairness and Utility in Tort Law", (1972) 85 *Harv.L.Rev.* 537.
475. Le résumé de l'article, *ibid.*, explique que ce paradigme "[...] looks only to the degree of risk imposed by the parties to a lawsuit on each other, and to the existence of possible excusing conditions [...]".
476. Selon le résumé de cet article, *ibid.*, ce paradigme "[...] assigns liability instrumentally on the basis of a utilitarian calculus".

foundation for the new paradigm of liability. It provided the medium for tying the determination of liability to maximization of social utility, and it led to the conceptual connection between the issue of fault and the victim's right to recover. The essence of the shift is that the claim of faultlessness ceased being an excuse and became a justification⁴⁷⁷.

Selon ce nouveau paradigme, celui qui est sans faute ne peut être poursuivi⁴⁷⁸ civilement. Appliquant ce paradigme à la légitime défense pour le "tort" de l'"assault and battery", on peut avancer que celui qui agit de façon raisonnable en se défendant ou en croyant se défendre agit sans faute, est justifié et ne peut être poursuivi civilement. Vu l'analogie qui existait entre le droit civil et le droit pénal pour la légitime défense, nous comprenons pourquoi les codificateurs ont intégré au par. 55⁴⁷⁹ du *English Draft Code*, les notions de motifs raisonnables d'appréhender ou de croire et que le mot "justified" a été employé. Ceux-ci voulaient sans doute rendre le droit pénal conforme au droit civil.

Section III. Droit canadien

Afin de simplifier un sujet très complexe, nous nous limiterons, autant que cela est possible dans cette section sur le droit canadien portant sur la légitime défense putative, au

477. FLETCHER, *id.*, pp. 556-557. Sur l'absence de la notion d'excuse en "tort law", voir aussi B. CHAPMAN, "A Theory of Criminal Law Excuses", (1988) 1 *The Canadian Journal of Law and Jurisprudence* 75.

478. FLETCHER, *id.*, p. 560.

479. L'ancêtre de l'art. 34 du *C.cr.*

cas où une personne croit erronément être attaquée, alors qu'en réalité elle ne l'est pas.

Le Code criminel aux art. 34 et 37 ne traite pas explicitement de la légitime défense putative dans le sens d'une attaque erronément imaginée par une personne. Colvin écrit :

On a literal reading, s. 34(1) would not even allow for a mistake which is reasonable to ground the defence. Section 34(2) does expressly allow for reasonable mistakes, but only with respect to the danger of an assault or the degree of force needed to repel it, not with respect to the initial existence of an assault⁴⁸⁰.

L'arrêt R. c. Baxter⁴⁸¹, dont le juge Martin a rédigé les motifs du jugement, constitue le point de départ de toute discussion. Le juge Martin affirme que le par. 34(1) ne requiert pas un critère complètement objectif puisque la théorie de l'erreur de fait s'applique au par. 34(1) ainsi qu'au par. 34(2)⁴⁸². Le juge Martin ajoute :

Moreover, in deciding whether the force used by the accused was more than necessary in self-defence under both s. 34(1) and (2) the jury must bear in mind that a person defending himself against an attack, reasonably apprehended, cannot be expected to weigh to a nicety, the exact measure of necessary

480. COLVIN, *Principles of Criminal Law*, op. cit., note 2, p. 215.

481. R. c. Baxter, précité, note 8.

482. *Id.*, p. 111 : "[...] s. 34(1) does not import a purely objective test. The doctrine of mistake is applicable to s. 34(1) as well as s. 34(2)".

defensive action [...] ⁴⁸³.

Les mots "attack, reasonably apprehended" indiquent donc que pour les par. 34(1) et 34(2), la légitime défense putative ne conserve son caractère de justification que si l'erreur concernant l'attaque est raisonnable. Dans l'arrêt *R. c. Bolyantu*⁴⁸⁴, la Cour décide qu'un accusé peut invoquer l'art. 34, s'il a des motifs raisonnables de croire qu'il est attaqué, même si dans les faits, il se trompe.

Mais une jurisprudence récente ne se rallie pas à cette interprétation du caractère raisonnable de l'erreur pour le par. 34(1). Dans la décision *R. c. Fawzi*⁴⁸⁵, le juge Darragh décide qu'une croyance erronée, déraisonnable mais honnête, en une

483. *Ibid.* (nous avons souligné). Dans l'arrêt *R. c. Bogue*, précité, note 409, p. 407, le juge Howland affirme pour les par. 34(1) et (2) : "In neither case is a person defending himself against a reasonably apprehended attack expected to weigh to a nicety the exact measure of necessary defensive action" (nous avons souligné).

484. (1975) 29 C.C.C. (2d) 174 (C.A. Ont.), p. 175 : "[...] Bolyantu was entitled to defend himself if he believed on reasonable grounds that Stimac was a part of the attacking mob, even though in fact, he may not have been". La Cour ne précise pas si ses commentaires s'appliquent à l'ensemble de l'art. 34 ou seulement à l'un de ses deux paragraphes. Le chef d'accusation pertinent dans cet arrêt était le fait de causer intentionnellement des lésions corporelles. Si un tiers innocent est blessé par erreur, il nous semble préférable d'invoquer l'état de nécessité plutôt que la légitime défense, voir LOGOZ, *op. cit.*, note 37, p. 173.

485. *R. c. Fawzi*, (2 mai 1990), Toronto (Ont. Prov. Ct.), résumé à (1990) 10 W.C.B. (2d) 176. Voir aussi notre citation de la décision *R. c. Holley*, précité, note 295; cependant, un autre passage de l'arrêt *Holley*, p. 7, semble suggérer que la croyance erronée de l'accusé doit être raisonnable et honnête.

attaque permet à l'accusé d'invoquer le par. 34(1), parce que le par. 34(1) ne fait pas appel comme le par. 34(2) à des notions de "motifs raisonnables".

Avant d'examiner le raisonnement du juge Darragh, expliquons que M. Fawzi souffre d'idées délirantes et se croit attaqué. Puisque la poursuite a accusé M. Fawzi de voies de fait punissables sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire, le juge Darragh ne trouve pas nécessaire "to delineate a defence under Section 16 from the defence of mistake of fact as the end result would be the same"⁴⁸⁶. Cet arrêt semble également en contradiction avec la jurisprudence de la Cour d'appel de cette province⁴⁸⁷, jurisprudence que le juge Darragh ne considère pas.

Le raisonnement du juge Darragh, qui lui permet d'appliquer l'art. 34 malgré une erreur déraisonnable, est le suivant : "I am [...] of the view that the general rule of mistake of fact expressed in the Pappajohn case applies to self defence under Section 34(1) of the Criminal Code"⁴⁸⁸. Pour étayer son opinion, le juge Darragh cite⁴⁸⁹ le juge McIntyre qui déclare dans l'arrêt *R. c. Bulmer* : "Si un accusé croit sincèrement à

486. *R. c. Fawzi, id.*, p. 7 du jugement écrit. En d'autres mots, le juge Darragh refuse d'appliquer le par. 16(3) du C.cr. portant sur les idées délirantes.

487. *R. c. Baxter*, précité, note 8 et *R. c. Bolyantu*, précité, note 484.

488. *R. c. Fawzi*, précité, note 485, p. 10.

489. Nous ne citons que des extraits et des traductions des citations du juge Darragh.

l'existence d'un ensemble de circonstances qui, s'il existait au moment de la perpétration d'un acte par ailleurs criminel, aurait justifié son acte et lui aurait ôté son caractère criminel, il a le droit d'être acquitté⁴⁹⁰". Le juge Darragh cite également le juge Ritchie qui affirme dans l'arrêt *Reilly c. La Reine* : "Cette condition légale du caractère raisonnable est ce qui distingue le moyen de défense fondé sur le par. 34(2) de la règle générale énoncée dans l'arrêt *Pappajohn c. La Reine* [...]"⁴⁹¹".

Le juge Darragh étend donc à la justification, la règle de l'ignorance ou de l'erreur de fait applicable aux faits constitutifs d'une infraction, sans trop se demander si cette transposition est permmissible. En effet, l'arrêt *Bulmer* concerne une erreur sur le consentement de la victime à des accusations de viol, de tentative de viol et d'attentat à la pudeur, soit une erreur portant sur un fait constitutif de l'infraction et non sur une justification⁴⁹². De plus, le juge McIntyre déclare dans cet arrêt⁴⁹³ que le droit sur l'erreur de fait a été énoncé d'une

490. *R. c. Bulmer*, [1987] 1 R.C.S. 782, p. 789 (juge McIntyre, au nom de la majorité).

491. Précité, note 297, p. 404.

492. Dans le langage, on utilise souvent le concept de consentement comme une justification. Pour certaines infractions de violence à caractère sexuel, le législateur a choisi de placer l'absence de consentement dans les faits constitutifs de l'infraction; il en résulte donc que si la preuve démontre que la personne avait le consentement de l'autre, on est alors porté à dire que celle-ci était "justifiée" d'agir ainsi. Mais dans un tel cas, la personne n'a pas à justifier son acte, car elle n'a pas réalisé les faits constitutifs de l'infraction.

493. *R. c. Bulmer*, précité, note 490, p. 789.

façon précise dans l'arrêt *Pappajohn c. La Reine*⁴⁹⁴ par le juge Dickson. Selon le juge McIntyre, la décision du juge Dickson établissait que la défense d'erreur de fait "existait au Canada, qu'il fallait examiner la question de savoir si l'accusé avait la *mens rea* nécessaire pour la perpétration du crime visé et qu'il n'était pas nécessaire que la croyance erronée [...] soit raisonnable si elle est sincère"⁴⁹⁵. Selon nous, le juge Dickson établit simplement dans l'arrêt *Pappajohn* que si une infraction exige l'intention ou l'insouciance, cet élément constitutif n'est pas présent si l'accusé ignore par erreur une circonstance qui est un fait constitutif de l'infraction, que son erreur ait été ou non raisonnable.

Continuons notre étude de la jurisprudence. Dans l'arrêt *Reilly c. La Reine*, le juge Ritchie, au nom de la Cour, s'est penchée sur la question de l'erreur pour le par. 34(2) :

[...] le par. 34(2) met en cause la perception de l'accusé concernant l'attaque dont il a fait l'objet, ainsi que la réaction requise pour répondre à cette attaque, on peut encore conclure que l'accusé a agi en la légitime défense même si sa perception était faussée. Celle-ci doit quand même se fonder sur des motifs raisonnables et probables en ce sens qu'il doit s'agir d'une erreur qu'un homme ordinaire prenant des précautions normales aurait pu commettre dans les mêmes circonstances⁴⁹⁶.

494. [1980] 2 R.C.S. 120.

495. R. c. *Bulmer*, précité, note 490, p. 789.

496. Précité, note 297, p. 404 (nous avons souligné). La version anglaise débute par : "[...] s. 34(2) places in issue the accused's perception of the attack upon him and the response required to meet it [...]". Cet arrêt traite de l'erreur créée par l'intoxication.

Cet extrait de l'arrêt *Reilly* ne vise pas le cas de l'attaque imaginaire. Le juge Ritchie développe son interprétation à partir d'une situation où il y a eu une attaque réelle. L'extrait concerne, selon nous, l'erreur quant aux suites à appréhender d'une véritable attaque et quant à la réaction défensive pour y répondre⁴⁹⁷.

Passons maintenant à l'art. 37. Dans l'arrêt *R. c. Good*⁴⁹⁸, la Cour a accepté implicitement qu'une croyance erronée et honnête sur l'existence d'une attaque pouvait s'appliquer à cet article. Cependant, la Cour a refusé d'appliquer cette théorie vu l'absence de preuve. Notons aussi que la Cour n'exigerait pas que cette erreur soit raisonnable :

In short, there was no evidence to convey a sense of reality to the assertion that [...] the appellant honestly or mistakenly believed that her child had been assaulted.

To succeed on a defence of honest but mistaken belief that the boy had been assaulted, in the sense that he was being held by force without his consent, there must be some evidence beyond the mere assertion of counsel⁴⁹⁹.

Nous partageons l'opinion de Colvin que si "a reasonable mistake can ground a defence under s. 34(1), then

497. Le jugement aurait été plus clair si cette dernière précision avait été apportée.

498. *R. c. Good*, (17 avril 1991), Vancouver, CA 012569 (C.A. C.-B.).

499. *Id.*, p. 5 (juge McFarlane, au nom de la Cour). Nous croyons que si la Cour avait accepté ce moyen de défense, elle se serait penchée sur la question du caractère raisonnable de l'erreur.

presumably it can also ground a defence under s. 37⁵⁰⁰."

Pour résumer, le droit canadien reconnaît la légitime défense putative, dans le sens d'une attaque imaginaire, mais la question du caractère raisonnable ou déraisonnable de la croyance erronée semble loin d'être résolue bien qu'en Ontario, vu les décisions de la Cour d'appel, il semble qu'en vertu de l'art. 34, l'erreur doit être raisonnable. Lorsque la légitime défense putative s'applique, les tribunaux décident que les dispositions législatives conservent leur caractère de justification. Notons que la Cour suprême du Canada dans l'arrêt, *Cain c. The Queen*⁵⁰¹, a refusé l'autorisation d'en appeler notamment sur la question de savoir si le critère objectif des al. 34(2)a) et b) du C.cr. contrevenait à l'art. 7 de la Charte.

Pour en terminer avec le droit canadien, examinons la position de la C.R.D. dans son *Projet de Code pénal*. La Commission considère son al. 3(10)a)⁵⁰² portant sur la défense de la personne comme un "droit"⁵⁰³. Ce "droit" peut s'exercer uniquement contre "l'emploi illégal de la force" et, selon les commentaires de la Commission, est assujetti "à un critère objectif"⁵⁰⁴. À la lumière de ces commentaires et du par. 3(17)⁵⁰⁵

500. COLVIN, *Principles of Criminal Law, op. cit.*, note 2, p. 217.

501. [1989] 1 R.C.S. vi.

502. Cité *supra*, p. 5.

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

504. *Ibid.*

portant sur l'erreur quant à l'existence d'un moyen de défense, il nous semble logique de conclure que la C.R.D. a voulu exclure les cas de légitime défense putative de sa disposition générale sur la défense de la personne. Cependant les mots, "qu'il appréhende", que l'on retrouve dans la partie suivante de l'al. 3(10)a) : "[...] il emploie la force raisonnablement nécessaire pour éviter le préjudice corporel ou la douleur qu'il appréhende", rendent cette intention douteuse. Ces mots inutiles ne font que donner ouverture à l'interprétation subjective et au concept de l'erreur⁵⁰⁶. Inutiles, car ils contredisent le caractère objectif du critère et font double emploi avec le par. 3(17).

Dans ses commentaires sur le *Projet de code pénal*, la C.R.D. explique que le droit canadien sur l'erreur de fait comme cause de justification ou d'excuse semble "assez équivoque" :

Lorsque l'erreur porte sur les faits constituant une excuse ou une justification, le droit actuel est assez équivoque. Il semble toutefois que dans le cas de l'excuse, l'erreur soit suffisante si elle est de bonne foi, alors que dans le cas de la justification, l'erreur devrait aussi être raisonnable. À supposer que cette interprétation

505. Cité *infra*, p. 144.

506. THE REVIEW COMMITTEE (Attorney General's Department), *Review of Commonwealth Criminal Law, Interim Report, Principles of Criminal Responsibility and Other Matters*, Canberra, Australian Government Publishing Service, 1990, p. 167, interprète ainsi les mots "as was reasonably necessary to avoid the harm or hurt apprehended" de l'al. 3(10)a) de la C.R.D. : "It would appear that it is intended that the question whether the force was reasonable is to be judged in the circumstances as the accused apprehended them to be, even if the accused was unreasonably mistaken as to the circumstances".

soit bien fondée, il s'agirait là d'une incohérence assez singulière. D'une part, la justification est un moyen de défense beaucoup plus fort que l'excuse en ce qu'elle ne fait pas que rendre la conduite excusable, mais lui enlève son caractère répréhensible. D'autre part, la croyance erronée concernant l'existence d'une justification semble moins forte que celle qui concerne une excuse parce l'erreur doit être non seulement de bonne foi, mais aussi raisonnable⁵⁰⁷.

Selon nous, il est faux de dire comme la C.R.D., que "la justification [...] ne fait pas que rendre la conduite excusable". La justification est considérée avant l'excuse et l'acte licite n'a pas à être excusé, car seul l'acte illicite peut être excusé. De plus, la C.R.D., ne se demande même pas s'il est exact de traiter une erreur sur des faits justificatifs comme une justification ou une excuse; elle n'a pas à le faire, puisqu'elle ne catalogue pas ses moyens de défense. Pour résoudre l'équivoque, la C.R.D. recommande la disposition suivante sur "l'erreur quant à l'existence d'un moyen de défense":

3(17) Erreur quant à l'existence d'un moyen de défense.

a) **Règle générale.** Nul n'est responsable s'il croyait, d'après sa perception des faits, bénéficier d'un moyen de défense prévu aux paragraphes 3(1) ou 3(8) à 3(16) [le par. 3(10) portant sur la défense de la personne et le par. 3(16) sur l'aide légitime].

b) **Exception.** Cette disposition ne s'applique pas

507. C.R.D., *Projet de code pénal*, op. cit., note 14, p. 47. Dans une note à cette citation, la C.R.D. renvoi à COLVIN, *Principles of Criminal Law*, 1re éd., op. cit., note 24, p. 167. Notons que les mots "mais lui enlève son caractère répréhensible" sont rendus dans la version anglaise par "but in fact right"; une meilleure traduction aurait été "elle rend cette conduite licite".

dans le cas d'un crime pouvant être commis par négligence, lorsque la croyance erronée résulte de la négligence de l'accusé⁵⁰⁸.

La recommandation du par. 3(17) s'applique au cas de la légitime défense putative dans le sens d'une attaque imaginaire et a pour effet d'adoucir considérablement le droit actuel, du moins pour le par. 34(2). En effet, l'erreur déraisonnable de l'accusé en vertu du *Projet de code pénal*, au lieu d'empêcher l'application d'une disposition sur la défense de la personne comme c'est le cas dans le droit positif actuel (du moins avec le par. 34(2)), amènera l'acquittement de l'accusé à moins que sa conduite constitue une infraction de négligence prévue par la loi.

Section IV. La légitime défense putative peut-elle être une justification?

La légitime défense comme justification demande que, de deux acteurs, la conduite de la personne qui est justifiée soit objectivement conforme au droit, et la conduite de l'autre, objectivement contraire au droit.

Donnons un exemple. La Cour d'appel de l'Ontario dit que si B, erronément mais raisonnablement, suppose une attaque contre lui par A, B peut invoquer la légitime défense du par. 34(1) ou du par. 34(2), selon le cas. Il s'ensuit, selon le texte du par. 34(1), par exemple, que A, la victime innocente (le prétendu agresseur), ne pourrait invoquer la légitime défense

508. C.R.D., *ibid.*

comme justification contre l'attaque réelle de B. En effet, B agirait légalement, étant lui-même justifié, et, de ce fait, A ne pourrait invoquer la légitime défense du par. 34(1), car celle-ci n'est permise que contre une attaque illégale. Cet exemple illustre tout l'illogisme⁵⁰⁹ de traiter la défense de B comme une justification.

Fletcher estime⁵¹⁰ que la légitime défense putative ne peut être une justification mais doit être considérée comme une excuse. Fletcher nous dit : "Justification - harmony with the Right - is an objective phenomenon. Mere belief cannot generate a justification, however reasonable the belief might be⁵¹¹" et "Subjective impressions either of fact or of law cannot be sufficient to justify conduct⁵¹²". Robinson est également d'avis qu'une erreur sur les faits justificatifs est une excuse⁵¹³. Les écrits de Fletcher sur la distinction entre la justification et

509. BYRD, "Wrongdoing and Attribution", *loc. cit.*, note 19, p. 1337, expose en détail cette idée de l'illogisme.

510. FLETCHER, *Rethinking*, *op. cit.*, note 18, pp. 689-690, 696 et 762-769; "The Right", *loc. cit.*, note 47, pp. 971-980; "Should Intolerable Prison Conditions Generate a Justification or an Excuse for Escape", (1979) 26 *U.C.L.A. Law Rev.* 1355, pp. 1361-1364.

511. FLETCHER, "The Right", *loc. cit.*, note 47, p. 972; Fletcher élabore sur la notion de "Right" (le droit) dans *id.*, pp. 964-971 et "Two Modes of Legal Thought", *loc. cit.*, note 258, pp. 980-984.

512. FLETCHER, "Criminal Theory", *loc. cit.*, note 16, p. 70.

513. ROBINSON, *Criminal Law Defences*, vol. 1, *op. cit.*, note 266, p. 115 et "Criminal Law Defenses: A Systematic Analysis", *loc. cit.*, note 266, pp. 239-40, écrit : "A mistake as to a justification is by its nature necessarily an excuse, not a justification".

l'excuse et le traitement de la légitime défense comme excuse ont suscité une polémique⁵¹⁴ considérable.

L'argument le plus important de Fletcher au soutien de l'opinion que la légitime défense putative ne peut être une justification est celui de l'incompatibilité : "in any situation of physical conflict, where only one party can prevail, logic prohibits us from recognizing that more than one of the parties could be justified in using force⁵¹⁵". Byrd explique cette thèse ainsi : "The thesis states that in a conflict between two people, if one of them is justified in doing X, the other cannot be justified in stopping that person from doing X⁵¹⁶". Appliquant cette thèse à l'exemple du début de cette section, si B est

-
514. Pour ceux qui s'opposent aux idées de Fletcher sur la légitime défense putative, voir par exemple : DRESSLER, "New Thoughts", *loc. cit.*, note 47, pp. 92-95; GREENAWALT, *loc. cit.*, note 82, pp. 1907-1911; K.S. GALLANT, "Is Tragedy Possible?: A Comment on George Fletcher's 'The Right and the Reasonable'", (1989) 37 *Am.J.Comp.Law* 595-602; COLVIN, *Principles of Criminal Law*, *op. cit.*, note 2, pp. 202 et 208-211. Pour une critique des idées de Greenawalt, voir BRUDNER, *loc. cit.*, note 82, pp. 364-365. BYRD, "Wrongdoing and Attribution", *loc. cit.*, note 19, p. 1291, commente ainsi les arguments de Greenawalt : "These arguments focus on the difficulties in determining the content of a justifying norm, rather than on any problem with deciding cases under such a norm once it has been accepted". Selon nous, l'article de HASSEMER, *loc. cit.*, note 20 est l'un des meilleurs articles de philosophie du droit sur la distinction entre la justification et l'excuse.
515. FLETCHER, "The Right", *loc. cit.*, note 47, p. 975; voir aussi FLETCHER, *Rethinking*, *op. cit.*, note 18, p. 767.
516. BYRD, "Wrongdoing and Attribution", *loc. cit.*, note 19, p. 1333. Byrd précise, *id.*, pp. 1333-1334, que cette thèse ne veut pas dire que dans tout conflit, une des deux personnes doit nécessairement être justifiée; par exemple, les deux personnes peuvent ne pas être justifiées.

justifié malgré son erreur à invoquer la légitime défense contre A, A ne peut être en même temps justifié à invoquer la légitime défense contre B. Évidemment, cela ne veut pas nécessairement dire que B doit être coupable, par exemple, B pourrait être acquitté si son erreur est raisonnable.

Si dans notre exemple, le droit de légitime défense appartient à A, il nous semble que B a le devoir de ne pas s'opposer à ce droit :

Droit et devoir apparaissent comme deux notions corrélatives, car, dans les relations entre les hommes, il n'est pas un droit qui n'entraîne des devoirs chez autrui, et pas un devoir qui ne suppose des droits⁵¹⁷.

Brudner s'oppose à l'opinion qu'une croyance raisonnable et erronée en l'existence de faits justificatifs puisse justifier une violation des droits d'une autre personne:

This claim not only makes rights self-contradictorily subject to determination by the opinion of others; it also destroys the basis for rational adjudication. It is, of course, part of the logic of rights that they imply correlative duties to respect the interests they protect⁵¹⁸.

Il est important de se rappeler qu'il serait illogique sur le plan du droit de dire que deux personnes sont à la fois justifiées. Certains auteurs⁵¹⁹, s'opposant au traitement de

517. LECLERCQ, *op. cit.*, note 207, pp. 14-15.

518. BRUDNER, *loc. cit.*, note 82, p. 364.

519. Par exemple, COLVIN, *Principles of Criminal Law, op. cit.*, note 2, pp. 210-211, qui renvoie le lecteur à l'article de GREENAWALT, "The Perplexing Borders of Justification and

l'erreur raisonnable en légitime défense comme une excuse, expliquent qu'il n'est pas illogique sur le plan du langage ou de la morale de traiter celui qui commet une erreur raisonnable comme justifié.

Examinons le cas où une personne croit à tort aider un individu dans une situation de légitime défense, alors qu'en réalité, elle aide un individu qui n'est pas justifié. Greenawalt nous donne un tel exemple avec l'arrêt *People c. Young*⁵²⁰, qu'il résume ainsi :

Young came upon two middle-aged men beating and struggling with a youth. Reasonably believing the youth was being unlawfully assaulted, Young went to his rescue, pulling on or punching at the seeming assailants. They turned out to be plain clothes detectives trying to make an arrest for disorderly conduct. One of them suffered a broken leg in the struggle⁵²¹.

Greenawalt explique qu'en utilisant le droit des tiers ("rights of others"), on brouillerait la distinction entre la justification et l'excuse, elle-même fondée sur la distinction entre "warranted action"⁵²² et "unwarranted action"⁵²³ :

Excuse", *loc. cit.*, note 82, pp. 1919-1920.

520. GREENAWALT, *id.*, p. 1919 : "11 N.Y.2d 274, 183 N.E.2d 319, 229 N.Y.S.2d 1 (1962), rev'g 12 A.D.2d 262, 210 N.Y.S.2d 358 (1961)".

521. GREENAWALT, "The Perplexing Borders of Justification and Excuse", *loc. cit.*, note 82, p. 1919 (nous avons souligné). Young fut trouvé coupable d'"assault" mais Greenawalt ajoute, *ibid.*, que la loi de l'État de New York fut modifiée et "privileges such behavior" maintenant.

522. Pour GREENAWALT, *id.*, p. 1927, une justification est une "warranted action"; cette action n'est pas "wrongful" et "Members of society expect, indeed hope, that other persons

I have suggested that the central distinction between justification and excuse involves the difference between warranted actions and unwarranted actions for which the actor is not to blame, and concerns the moral appraisals these sorts of actions call forth. The rights of others is an inadequate substitute for this distinction⁵²⁴.

Greenawalt explique pourquoi l'on devrait considérer la conduite de Young comme justifiée :

Young is to be praised, not blamed, for what he did, and members of society would wish that others faced with similar situations requiring instant judgment would act as Young did. A moral assessment of Young's act would treat it as justified. Yet the detectives were undoubtedly warranted in trying to fend off Young's intervention. They acted lawfully, even prior to identifying themselves, in resisting his acts. If justification precludes a right of defense, then Young was only excused, not justified⁵²⁵.

Analysons l'exemple et les commentaires de Greenawalt sous deux angles. Commençons sur le plan du droit. Le droit des tiers est une des conséquences de la distinction entre la justification et l'excuse et non un critère pour distinguer la justification et l'excuse. Voici ce que Byrd et Hassemer écrivent respectivement à ce sujet :

It is important to realize that the rights of others

placed in the same position will act similarly", *id.*, p. 1899.

523. Pour GREENAWALT, *id.*, p. 1927, une excuse est une "unwarranted action for which the actor is not to blame".

524. *Ibid.*

525. *Id.*, pp. 1919-1920.

to exercise self-defense is not a *criterion* for distinguishing justifications from excuses. Instead it is a *consequence* of calling an action justified (or not prohibited) or not justified (or prohibited)⁵²⁶.

The decision concerning the rights of third persons to take sides with one of the parties in a conflict is the consequence of, but not the prerequisite for a distinction between justification and excuse. The rights of a third person who is indirectly involved in a conflict can only be determined when the rights of the persons who are directly involved in the conflict have been established. The privilege of third persons to aid one of the participants to a conflict and to aggressively oppose the other, is derivative [...] from the rights of the directly engaged participant himself. The privilege of action which third parties have is, with regard to a distinction between justification and excuse, derivative rather than constitutive⁵²⁷.

Les policiers étant justifiés ("warranted") d'utiliser la force pour l'arrestation de la jeune personne pour inconduite, Young n'avait pas le droit d'intervenir en faveur de cette jeune personne. Les policiers étaient justifiés ("warranted") de repousser l'attaque de Young, qui était illicite mais excusable à cause de son erreur raisonnable. Voici ce que Hassemer écrit à ce sujet :

If justified behavior is "warranted action" and if it conforms to the fundamental norms of the society, then there can be no legally approved action which aggressively opposes the justified behavior, and every third person must be legally permitted to support the normatively approved behavior. On the other hand, if a merely excused behavior violates the norms which underlie the criminal laws, then an action which supports this behavior can hardly be

526. BYRD, "Wrongdoing and Attribution", *loc. cit.*, note 19, p. 1336.

527. HASSEMER, *loc. cit.*, note 20, p. 587 (nous avons souligné).

treated otherwise, and it must be permitted to aggressively oppose this behavior by actions which conform to fundamental norms. These *consequences of the intervention of third parties* clearly demonstrate the distinction between justification and excuse. All this follows from the command to avoid contradictions within the criminal law system⁵²⁸.

Un code pénal doit servir de guide⁵²⁹ pour les citoyens. Il doit également maintenir la paix publique et assurer la sécurité de ces citoyens⁵³⁰. Si la loi définit la légitime défense comme un droit à être exercé contre une attaque illicite, dans un cas comme celui de Young, une tierce personne saurait qu'elle ne peut aider que la personne qui est attaqué illicitement.

Sur le plan de la morale, Young a agi sans s'informer de la situation⁵³¹ et de ce fait, nous serions plutôt portés à dire : "Young's actions are to be discouraged but not necessarily blamed" plutôt que de dire comme Greenawalt : "Young is to be praised, not blamed [...] and members of society would wish others [...] would act as Young did".

Brudner soutient que Greenawalt confond la justification morale et la justification de droit :

528. *Id.*, pp. 602-603.

529. Voir *supra*, p. 25.

530. Voir *infra*, p. 251.

531. GREENAWALT, *loc. cit.*, note 82, pp. 1919-1920, admet cette opinion : "There is an argument that Young should have been more careful in figuring out what was going on before he got involved".

Greenawalt's root error lies in having confused moral with legal justification. Young is justified in assaulting the detectives, Greenawalt thinks, because we praise his altruistic conduct and would encourage others to emulate it. However, what we find praiseworthy in Young is not his external actions but the principle that animated them. It is characteristic of moral praise and blame that they apply to the principles of acts rather than to acts themselves, since on the one hand, acts are morally good or evil only according as the will is good or evil, and on the other, purely moral duties do not imply rights in others to specific acts. By contrast, it is characteristic of legal right and wrong that they apply to external acts, and the criterion for the legal justification of acts is not the moral praiseworthiness of the actor but their consistency with the rights of those acted upon. Accordingly, it is no contradiction to say that Young deserves moral approbation for his conduct and yet that his conduct is legally wrong though excused⁵³².

Lorsque nous avons analysé la première condition de la légitime défense, nous avons dit que l'attaque ou la menace doit être objectivement illicite ou contraire au droit; il n'y a pas d'attaque objectivement illicite, lorsqu'une personne commet une erreur de fait et se croit être attaquée illicitement. Une bonne partie de la confusion sur la notion de légitime défense putative pourrait être évitée en développant cette opinion. Donnons un exemple : X voulant faire peur à Y menace celle-ci avec un pistolet non chargé. Y croyant pour des motifs raisonnables que l'arme est chargée et que X va la tuer, tue X. Dans un tel cas, il n'y a pas d'erreur sur l'attaque ou la menace, car objectivement, le comportement de X constitue une attaque contraire au droit, bien que l'intention de X n'est que de faire

532. BRUDNER, *loc. cit.*, note 82, pp. 364-365.

peur à Y. Il ne s'agit pas là d'un cas de légitime défense putative, car Y ne suppose pas, par erreur, un état de choses qui aurait rendu sa réaction défensive licite; en fait, X commet une attaque illicite ou contraire au droit parce que sa conduite est en conformité avec l'al. 265(1)b) du C.cr. et qu'elle n'est pas rendue licite par une justification. Cet al. 265(1)b) dispose:

265(1) [Voies de fait] Commet des voies de fait, ou se livre à une attaque ou une agression, quiconque, selon le cas:

b) tente ou menace, par un acte ou un geste, d'employer la force contre une autre personne, s'il est en mesure actuelle, ou s'il porte cette personne à croire, pour des motifs raisonnables, qu'il est alors en mesure actuelle d'accomplir son dessein [nous avons souligné].

En terminant avec cet exemple, soulignons, qu'à notre avis, les conditions de l'acte de défense nécessaire et de proportionnalité de Y doivent s'apprécier à partir de cette attaque objectivement contraire au droit.

Nous avons déjà analysé ce qui nous semblait être les fondements importants de la légitime défense. Conséquemment, si la légitime défense putative peut trouver niche dans l'un de ces fondements, il serait permis d'accepter qu'elle soit considérée comme une justification.

La légitime défense putative ne peut pas trouver son fondement dans la théorie de justice absolue : "le droit n'a pas à reculer devant l'injustice". Dans le conflit qui oppose B, l'agressé putatif, et A, le prétendu agresseur (la victime innocente), il faut que l'un des deux représente le droit et que

l'autre représente l'injustice. Cette théorie ne peut admettre que les conduites de A et B, soient toutes deux, à la fois, justifiées, c'est-à-dire que A et B aient tous deux le droit de se défendre; une telle opinion ne peut co-exister avec la théorie qui présuppose d'un côté le droit et de l'autre l'injustice.

En ce qui concerne la comparaison des intérêts en conflit, ce fondement ne peut donner raison à l'agressé putatif. Si nous admettons comme prémisse que chaque vie a une valeur égale, la question pour ce fondement revient à se demander avec quel intérêt juridique, l'ordre juridique et l'ordre public doivent se placer? Celui qui se trompe, même si son erreur est raisonnable et non blâmable, ou celui qui est agressé innocemment? L'ordre juridique et l'ordre public ne peuvent se ranger qu'avec la victime innocente. Nous ne pouvons imaginer une conception du droit, inspirée de la justice, où il en serait autrement.

Terminons avec le droit naturel qui relève de la raison et, pour ceux qui y croient, de la raison divine. L'agressé putatif exerce-t-il un droit naturel? Assure-t-il sa propre sécurité dans un tel cas? Dans son imagination oui, mais non dans la réalité où ce droit existe. Un droit ne peut s'exercer dans l'imaginaire, il lui faut des assises dans une réalité physique ou au moins dans une réalité juridique⁵³³. Dire que l'agressé putatif a un droit, c'est reconnaître la suprématie de l'ignorance sur la vérité et reconnaître que la victime innocente

533. Par exemple, le cas de l'al. 265(1)b) du C.cr.

n'est pas en droit de se défendre. Dire que l'agressé putatif ne devrait pas être puni, car son erreur est raisonnable, est une solution différente, que de dire qu'il avait le droit, par exemple, de tuer.

Selon nous, pour que le justiciable sache qu'il a le droit de se défendre contre une personne qui a cru par erreur être attaquée par lui, ou encore qu'une personne ait le droit de l'aider, il faut en toute logique reconnaître que la légitime défense putative ne peut être une justification.

Si la légitime défense putative ne peut être une justification, il nous reste à déterminer quel devrait être son traitement juridique. C'est à quoi nous réfléchirons dans le premier chapitre de la deuxième partie.

DEUXIÈME PARTIE**LÉGITIME DÉFENSE ET EXCUSE**

"In its excusing conditions, criminal law formulates the limits of what may fairly be expected of citizens [...]"
Hassemer⁵³⁴

Chapitre I**Les situations d'erreur**

Les cas d'erreur tombent dans deux catégories, l'erreur de fait et l'erreur de droit. Nous avons déjà traité partiellement de l'erreur dans la première partie de notre travail avec notre chapitre sur la légitime défense putative. Nous avons examiné le sens de cette expression, jeté un coup d'oeil sur le droit canadien pour le cas d'une attaque imaginaire et conclu que la légitime défense putative ne pouvait être une justification.

Cependant, nous n'avons pas terminé l'étude de la question, car nous n'avons pas déterminé quel devrait être le traitement théorique d'une telle erreur. Nous avons déjà

534. HASSEMER, *loc. cit.*, note 20, p. 605.

souligné que Fletcher et Robinson considéraient qu'une telle erreur était une excuse mais nous n'avons pas approfondi la question.

Dans une première section, nous passerons en revue les solutions retenues par divers pays en matière de légitime défense putative. Dans la section suivante, nous examinerons le bien-fondé de deux de ces solutions de même que l'approche de la C.R.D. dans son *Projet de Code pénal*. La troisième section portera sur des solutions jurisprudentielles possibles au problème d'une légitime défense putative fondée sur une croyance déraisonnable et invoquée lors d'une accusation de meurtre. Enfin, dans la dernière section, nous traiterons brièvement de l'erreur de droit.

Section I. Brève analyse comparative de la légitime défense putative

Commençons notre analyse par le droit anglais.

L'Angleterre n'a pas de code pénal et la légitime défense relève de la common law⁵³⁵. Dans l'arrêt *R. c. Williams*, le Lord Chief Justice explique que l'usage de la force en légitime défense n'est pas illégal : "[...] the exercise of any necessary and reasonable force to protect himself is not unlawful⁵³⁶". Le Lord Chief Justice ajoute : "[...] a person may use such force as is

535. La *Criminal Law Act 1967* (R.-U.), c. 58, art. 3 traite notamment de l'utilisation de la force pour la prévention des infractions.

536. (1983) 78 Cr.App.Rep. 276, p. 279.

reasonable in the circumstances as he honestly believes them to be in the defence of himself or another⁵³⁷ .

Dans l'arrêt *Beckford c. The Queen*⁵³⁸, la Cour décide qu'une croyance honnête mais déraisonnable en des faits qui, s'ils avaient été vrais, auraient permis d'invoquer la légitime défense comme justification, constitue un moyen de défense à des infractions contre la personne et nie l'intention d'agir illégalement :

If then a genuine belief, albeit without reasonable grounds, is a defence to rape because it negatives the necessary intention, so also must a genuine belief in facts which if true would justify self-defence be a defence to a crime of personal violence because the belief negatives the intent to act unlawfully⁵³⁹.

Pour comprendre la théorie anglaise, il faut se souvenir que la définition, en droit anglais, des infractions de violence fait du caractère illicite ("unlawful") un des éléments constitutifs de l'infraction, ce qui empêche la prise en considération de l'illicéité à une étape ultérieure de

537. *Ibid.*; voir aussi *Beckford c. The Queen*, [1987] 3 W.L.R. 611 (P.C.), p. 620. Sur ces arrêts, voir : N.J. REVILLE, "Self-Defence: Courting Sober but Unreasonable Mistakes of Fact" (1988) 52 J.C.L. 84; M. GILES, "Self-Defence and Mistake: A Way Forward", (1990) 53 M.L.R. 187; F. MCCAULEY, "Beckford and the Criminal Law Defences", (1990) 41 N.I.R. Legal Q. 158.

538. *Ibid.*

539. *Id.*, p. 619. L'utilisation de la force doit néanmoins être raisonnable (raisonnablement nécessaire) pour être justifiée mais la détermination du caractère raisonnable de l'utilisation de la force repose sur la perception des faits par l'accusé, perception qui, elle, peut être déraisonnable.

l'analyse⁵⁴⁰.

La définition du meurtre en droit anglais, c'est-à-dire les faits constitutifs de cette infraction, consiste notamment en un "unlawful homicide with malice aforethought⁵⁴¹". Cette "malice aforethought" comprend l'intention de tuer. On peut donc définir le meurtre comme le fait de tuer intentionnellement une autre personne illégalement ou illicitement (sans légitime défense)⁵⁴². Dans le cas d'une croyance erronée sur les faits justificatifs de la légitime défense, où l'utilisation de la force est raisonnable selon les faits imaginés par la personne qui invoque la légitime défense, cette croyance a comme conséquence que la personne n'a pas l'intention de tuer illégalement (sans légitime défense).

Advenant une "grossly negligent or reckless mistake", Smith et Hogan⁵⁴³ soutiennent que l'accusé pourrait être trouvé coupable d'une infraction ayant une *mens rea* de "gross negligence" ou de "recklessness"⁵⁴⁴, par exemple, le

540. Pour une critique de cette approche interprétative, voir YEO, *Compulsion in the Criminal Law*, *op. cit.*, note 269, p. 211.

541. Voir J.C. SMITH et B. HOGAN, *Criminal Law*, 6e éd., Londres, Butterworths, 1988, p. 328; voir la définition classique de Coke cité par SMITH et HOGAN, *id.*, p. 309.

542. CARD, *op. cit.*, note 447, p. 65, explique que pour les infractions définies avec le mot "unlawfully", la légitime défense fait partie de l'*actus reus* de l'infraction.

543. Voir SMITH et HOGAN, *op. cit.*, note 541, p. 241.

544. Selon la "nouvelle" définition de cette notion dans l'arrêt *R. c. Lawrence*, [1982] A.C. 341 (H.L.) et non selon la "recklessness" traditionnelle et subjective définit dans

"manslaughter", si une telle infraction existe pour la conduite de l'accusé.

En 1989, The Law Commission⁵⁴⁵ a proposé *A Criminal Code for England and Wales*. Ce code pénal ne classe pas les moyens de défense en justifications et excuses. La Commission indique dans ses commentaires que sa disposition sur la légitime défense ("Private defence") est "[...] available to anyone who mistakenly believes in the existence of facts justifying the use of force in defence of himself or another [...]"⁵⁴⁶. Le projet comporte aussi une disposition sur la force excessive en légitime défense permettant de trouver l'accusé coupable de "manslaughter" au lieu de meurtre⁵⁴⁷. Ce projet de code pénal exclut la négligence comme forme de *mens rea* descriptive.

Dans les États australiens de common law, on exige, contrairement au droit anglais, que l'erreur sur l'attaque soit

l'arrêt *R. c. Cunningham*, [1957] 2 Q.B. 396. Dans l'arrêt *Sansregret c. La Reine*, [1985], 1 R.C.S. 570, la Cour a rejeté cette nouvelle "recklessness" anglaise pour adopter la notion traditionnelle de l'insouciance ("recklessness" ou "témérité" dans le *Projet de code pénal* de la C.R.D.).

545. THE LAW COMMISSION, *op. cit.*, vol. 1, note 356 et son vol. 2, *Commentary on Draft Criminal Code*, qui accompagne ce projet de code.

546. *Id.*, vol. 2, p. 232. Voir les al. 44(1)c), 44(2)b) et 44(2)c) et le par. 44(3), *id.*, vol. 1, pp. 61-62 et cités *infra*, Annexe "A", p. 283.

547. *Id.*, vol. 1, al. 55a) et art. 59, pp. 67-68 et cités *infra*, Annexe "A", p. 283.

raisonnable pour que la légitime défense putative s'applique⁵⁴⁸. L'accusé sera trouvé coupable d'une accusation de meurtre si son erreur était déraisonnable. La solution australienne semble donc identique à celle de la Cour d'appel d'Ontario dans l'arrêt *Baxter*⁵⁴⁹.

Selon le *Model Penal Code*⁵⁵⁰ des États-Unis, la légitime défense est une justification. Si l'erreur de l'accusé quant à l'attaque est déraisonnable, la légitime défense s'applique néanmoins, sauf si l'erreur relève de la négligence ou de l'insouciance ("recklessness") et que la conduite est justiciable d'une infraction d'insouciance ou de négligence. Voici comment Fletcher explique la solution du *Model Penal Code* pour l'erreur déraisonnable dans un cas d'homicide :

[...] an unreasonable mistake was conceptually equivalent to a negligent accident or mistake; after all, someone who negligently caused death, say in a hunting accident, also falls short of the standard set by the reasonable person. It would follow that someone who killed after having made a negligent mistake about the factual basis for self-defense should be treated like someone who killed having

548. YEO, *Compulsion in the Criminal Law*, op. cit., note 269, p. 208, affirme : "The Australian courts have consistently maintained that under the law of self-defence, the accused must have honestly believed on reasonable grounds that he or she was being attacked"; voir aussi l'arrêt *Zecevic c. Director of Public Prosecutions (Victoria)*, (1987) 162 C.L.R. 645 (H.C. of A.).

549. Précité, note 8.

550. THE AMERICAN LAW INSTITUTE, *Model Penal Code*, op. cit., note 356, art. 3.04 et le par. 3.09(2), pp. 47-51 et 63 et cités en partie, infra, Annexe "A", p. 284; sur ces dispositions, voir : G.P. FLETCHER, "Mistake in the Model Penal Code: A False Problem", (1988) 19 *Rutgers L.J.* 649 et SINGER, loc. cit., note 459, pp. 503-507.

made a negligent mistake about whether his gun was loaded or the object he spied in the distance was a deer and not a human being. In these latter cases, the negligent mistake would support a conviction for negligent homicide [...]⁵⁵¹.

L'influence de cette solution du *Model Penal Code* a été minime sur les États qui ont réformé leur code⁵⁵². En général, le droit des États exige une erreur raisonnable pour que la légitime défense s'applique. Une minorité d'États a cependant développé une théorie dite "imperfect self-defence" pour l'infraction de meurtre où l'erreur déraisonnable aboutit à un verdict de "manslaughter" plutôt que de meurtre⁵⁵³.

En terminant avec le droit américain, il nous faut noter les dispositions du *North Dakota Century Code* (1976)⁵⁵⁴ qui traite la légitime défense putative non pas comme une

-
551. FLETCHER, *A Crime of Self-Defense*, *op. cit.*, note 192, pp. 54-55.
552. SINGER, *loc. cit.*, note 459, pp. 505-507 et FLETCHER, *Rethinking*, *op. cit.*, note 18, p. 690.
553. DRESSLER, *Understanding Criminal Law*, *op. cit.*, note 192, p. 199, explique que cette défense imparfaite "is recognized if D honestly but unreasonably believes that factual circumstances justify his use of defensive deadly force". Voir aussi ROBINSON, *Criminal Law Defenses*, *op. cit.*, note 266, vol. 2, p. 411.
554. *North Dakota Century Code* (1976), précité, note 293, art. 12.1-05-03 et 12.1-05-08 cités *infra*, Annexe "A", p. 293 et expliqués dans *State c. Leidholm*, 334 N.W. 2d 811 (N.D. 1983). Ces dispositions sont citées par P.H. ROBINSON, *Fundamentals of Criminal Law*, Boston, Little, Brown, 1988, pp. 773-774. Voir aussi THE NATIONAL COMMISSION ON THE REFORM OF FEDERAL CRIMINAL LAWS, *Final Report of the National Commission on Reform of Federal Criminal Laws, A Proposed New Federal Criminal Code (Title 18, United States Code)*, Washington, U.S. Government Printing Office, 1971, § 603, 607 et 608, pp. 45 et 49-52, pour une approche assez similaire.

justification mais comme une excuse qui peut être complètement absolutoire. La solution de ce code démontre une acceptation assez grande des idées préconisées par une théorie tripartite de l'infraction.

Passons maintenant à l'Europe⁵⁵⁵. De tous les pays d'Europe, l'Autriche semble être celui qui a la disposition la plus précise sur la légitime défense putative puisque son *Code pénal* de 1974 prévoit expressément cette situation :

[Traduction] **Supposition erronée de l'existence d'un état de choses justificatif.** ARTICLE 8. - Quiconque suppose par erreur un état de choses, qui exclurait l'illicéité de l'acte, ne peut être puni pour avoir commis cet acte intentionnellement. Il doit être puni pour commission (de l'acte) par négligence, si l'erreur tient à la négligence et si ladite commission par négligence est passible d'une peine⁵⁵⁶.

L'Autriche, tout comme l'Allemagne, adhère au système

555. Dans les codes pénaux européens, on ne retrouve pas une multitude de dispositions sur la défense de la personne, la défense des biens etc. comme c'est le cas dans notre *Code criminel*. M. DAMASKA, "Comment by Dr. Mirjan Damaska Comparing Study Draft of Proposed New Federal Criminal Code to European Penal Codes" dans *Working Papers of the National Commission on Reform of Federal Criminal Laws*, vol. III, Washington, U.S. Government Printing Office, 1971, p. 1491, explique pourquoi : "Most modern civil law Codes have consolidated self-defense, defense of others, prevention of crime, protection of property and similar narrowly conceived defenses into a comprehensive, broadly couched defense. Special provisions are usually in statutes dealing with use of force in law enforcement". Voir FLETCHER, "Proportionality and the Psychotic", *loc. cit.*, note 249, pp. 368-369 pour une explication des dispositions distinctes dans les pays avec une tradition de common law.

556. *Collection des codes pénaux européens*, *op. cit.*, note 83, p. 15. Nous citons, *infra*, Annexe "A", p. 288, l'art. 3 du *Code pénal autrichien* sur la légitime défense.

tripartite de l'infraction. L'emploi des mots "ne peut être puni" à l'art. 7 ne dévoile pas si la non-punissabilité de l'action touche les faits constitutifs, l'illicéité ou le blâme.

Le Code pénal allemand dans sa version de 1975 n'a pas de disposition sur la légitime défense putative, car la décision fut prise de laisser "[...] the issue open for further consideration by the courts and criminal theorists⁵⁵⁷". En Allemagne⁵⁵⁸, les tribunaux⁵⁵⁹ et la doctrine prépondérante étendent, par analogie, à la situation de "l'erreur sur les conditions d'une cause justificative⁵⁶⁰", le par. 16(1)⁵⁶¹ du Code pénal concernant une erreur sur les faits constitutifs de l'infraction. Il s'ensuit, comme l'explique Jescheck, que "[...] l'auteur ne peut être puni que s'il a agi par négligence et si

557. STRATENWERTH, *loc. cit.*, note 453, p. 734; l'art. 32 du Code pénal allemand traitant de la légitime défense est cité *infra*, Annexe "A", p. 291.

558. Voir : P. RYU et H. SILVING, "Error Juris: A Comparative Study", (1957) 24 *U.Chi.L.Rev.* 421, pp. 454-455 particulièrement; HASSEMER, *loc. cit.*, note 20, pp. 598-599; STRATENWERTH, *loc. cit.*, note 453, pp. 734-735 et 739; G. ARZT, "Ignorance or Mistake of Law", (1976) 24 *Am.J.Comp.Law* 646, p. 660 et, du même auteur, "The Problem of Mistake of Law", [1986] *B.Y.U.L.Rev.* 711, pp. 723-724; FLETCHER, *Rethinking*, *op. cit.*, note 18, pp. 751-753; JESCHECK, "Droit pénal", *loc. cit.*, note 25, p. 272.

559. La décision principale est 3 B.G.H.St. 105 (1952) de la *Bundesgerichtshof* (Cour fédérale de justice en matière pénale) discutée dans RYU et SILVING, *id.*, p. 454.

560. JESCHECK, "Droit pénal", *loc. cit.*, note 25, p. 272.

561. *Collection des codes pénaux européens*, *op. cit.*, note 83, Code pénal allemand, p. 332 et cité, *infra*, Annexe "A", p. 290. Notons que dans la traduction, on emploie l'expression "imprudence" au lieu de "négligence".

les faits constitutifs d'un délit de négligence existent⁵⁶²". La légitime défense putative n'est pas considérée comme une justification. Voici comment Fletcher explique le raisonnement allemand qui mène à la règle :

Their rationale [...] is that a mistake about the factual basis for self-defence negates the intention required for liability. If the actor mistakenly thinks that someone is attacking him and responds with the intent to defend himself, it cannot be said that he intends to kill (and certainly not to murder) the perceived aggressor⁵⁶³.

Silving précise le raisonnement allemand en faisant observer que les faits justificatifs sont interprétés comme des "negative factual circumstances⁵⁶⁴" compris négativement dans les faits constitutifs de l'infraction. Ainsi, une erreur sur les faits justificatifs constitue une erreur sur les faits constitutifs. Pour comprendre le raisonnement allemand, les

562. JESCHECK, "Droit pénal", *loc. cit.*, note 25, p. 272. La Suisse n'a pas une disposition législative sur la légitime défense putative et on applique par analogie, l'art. 19 du Code pénal Suisse, voir LOGOZ, *op. cit.*, note 37, p. 101 et cité, *infra*, Annexe "A", p. 292. L'approche de l'Allemagne, de l'Autriche et de la Suisse est donc identique.

563. FLETCHER, *A Crime of Self-Defense*, *op. cit.*, note 192, p. 55. STRATENWERTH, *loc. cit.*, note 453, p. 745, écrit : "The most basic reason for equating mistakes about the justificatory circumstances with mistakes about the definition of the crime is the strong feeling that it is grossly unjust to treat a person acting in self-defense as an intentional wrongdoer". STRATENWERTH, *id.*, p. 739, explique aussi : "[...] the intention of a person mistakenly assuming a justifying situation is in conformity with the legal order, just as if this assumption were true".

564. SILVING, *Criminal Justice*, *op. cit.*, note 133, vol. 1, p. 586.

faits constitutifs du meurtre seraient de tuer une autre personne intentionnellement et sans justification. La personne qui se trompe n'aurait pas alors l'intention de tuer sans justification; cependant si son erreur relève de la négligence, cette personne pourrait être trouvée coupable d'homicide par négligence.

La doctrine allemande admet que cette position représente une sérieuse déviation de la théorie normative de la culpabilité interprétée d'une façon stricte⁵⁶⁵, c'est-à-dire de la théorie tripartite de l'infraction. C'est avec justesse que Quigley écrit :

[...] the German Supreme Court has not consistently followed the tripartite theory. [...] Had the Court followed the tripartite theory, it presumably would not have found a negation of the *Tatbestand* [faits constitutifs de l'infraction] but would have said that the *Tatbestand* was satisfied and then would have asked whether the mistake affected either unlawfulness (*Rechtswidrigkeit*) [l'illicéité] or guilt (*Schuld*) [le blâme]⁵⁶⁶.

Une minorité⁵⁶⁷ de théoriciens allemands préférerait traiter cette situation comme une excuse, plus particulièrement comme une erreur de droit, et appliquerait l'art. 17 du *Code pénal allemand*⁵⁶⁸ qui traite de l'erreur de droit comme excuse.

565. Voir ARTZ, "Ignorance or Mistake of Law", *loc. cit.*, note 558, p. 660.

566. QUIGLEY, *loc. cit.*, note 19, p. 496.

567. Voir : STRATENWERTH, *loc. cit.*, note 453, pp. 735 et 739; ARTZ, "The Problem of Mistake of Law", *loc. cit.*, note 558, pp. 723-724.

568. Voir *Collection des codes pénaux européens, op. cit.*, note 83, *Code pénal allemand*, art. 17, p. 332 et cité *infra*, Annexe "A", p. 290.

La solution de ces théoriciens serait donc la suivante : si l'erreur était inévitable (l'équivalent de raisonnable dans le droit anglo-saxon), l'accusé ne peut être blâmé pour son erreur et conséquemment être puni. Pour l'erreur évitable (déraisonnable), l'accusé serait trouvé coupable de l'infraction intentionnelle mais la peine prévue pour cette infraction pourrait être atténuée conformément à une disposition de la Partie générale. Fletcher approuve l'opinion de ces théoriciens :

Mistakes as to justificatory elements, however, do not affect either the violation of the norm or the wrongful nature of acting in ignorance [...]. If a mistaken claim of justification functions as an excuse, then one can expect it to meet the standards applied to other excusing conditions...namely the requirement of reasonableness - in order to excuse the wrongful act⁵⁶⁹.

En France, le *Code pénal* de 1810 traite de la légitime défense principalement à l'art. 328, l'art. 329 étant réservé aux cas privilégiés de légitime défense (par exemple, "repousser" pendant la nuit l'entrée d'une maison). La légitime défense est considérée comme un fait justificatif. L'art. 328 dispose : "Il n'y a ni crime ni délit, lorsque l'homicide, les blessures et les coups étaient commandés par la nécessité actuelle de la légitime défense de soi-même ou d'autrui⁵⁷⁰". Pradel affirme que "L'agression doit être actuelle⁵⁷¹". Le *Code pénal* et les

569. FLETCHER, *Rethinking*, op. cit., note 18, p. 696.

570. *Code pénal*, 82e éd., Petits Codes Dalloz, Paris, Jurisprudence Générale Dalloz, 1984, p. 203.

571. J. PRADEL, *Droit pénal*, t. 1, *Introduction générale - Droit pénal général*, 6e éd., Paris, Cujas, 1988, p. 380.

derniers projets de codification⁵⁷² ne traitent pas de la légitime défense putative. La doctrine fait une distinction entre la légitime défense vraisemblable et la légitime défense putative ou imaginaire⁵⁷³. Merle et Vitu définissent la légitime défense vraisemblable comme étant celle qui "repose sur des apparences objectives, sensibles à tous⁵⁷⁴" et ils ajoutent :

[...] il arrive parfois que l'attitude de l'adversaire soit équivoque. Ses intentions profondes sont inconnues. En revanche ses gestes, ses paroles, l'expression de son visage, ou même sa réputation de violence, rendaient l'agression vraisemblable. La légitime défense est alors plausible aussi bien dans l'esprit de l'auteur de l'infraction que dans l'esprit des juges, chacun pouvant "raisonnablement croire" au péril. L'infraction est dans ce cas justifiée, car il suffit que le péril encouru par le délinquant soit objectivement vraisemblable⁵⁷⁵.

La légitime défense vraisemblable est assimilée par la jurisprudence à la légitime défense⁵⁷⁶. Selon Merle et Vitu, la

572. Voir par exemple, le *Projet de nouveau Code pénal*, Paris, Dalloz, 1988 (code de la Commission de révision du code pénal) et le *Projet de loi portant réforme des dispositions générales du code pénal* déposé au Sénat le 11 mai 1989. L'art. 122-4, identique dans les deux projets et portant sur la légitime défense, est cité *infra*, Annexe "A", p. 285.

573. MERLE et VITU, *op. cit.*, note 264, pp. 546-547.

574. *Id.*, p. 547.

575. *Id.*, pp. 546-547. MERLE et VITU expliquent dans une note que l'expression "raisonnablement croire" est employée dans la jurisprudence.

576. PRADEL, *op. cit.*, note 571, p. 381, mentionne la décision "[...] justifiant le père qui tire un coup de feu en direction d'un tiers qu'il prenait pour un malfaiteur, mais qui en réalité agissait par jeu en brandissant un pistolet en direction de son fils [...]". Les auteurs français ne développent pas l'idée si dans un tel cas la conduite de

légitime défense putative pourrait se définir ainsi :

[...] [elle] n'existe que dans l'imagination de l'auteur de l'infraction. L'adversaire n'avait nullement la volonté d'attaquer, son pacifisme est attesté par les témoins, et nul autour de lui ne s'est mépris sur ses intentions. Seul l'auteur de l'infraction a commis une erreur sur le danger qu'il courait. En pareil cas, le fait justificatif fait défaut, l'infraction est juridiquement constituée, car le droit de se défendre est objectivement subordonné à la réalité ou à la probabilité de l'attaque⁵⁷⁷.

Nous préférons l'opinion plus nuancée de Pradel qui écrit au sujet de l'agression putative : "[...] le péril est purement imaginaire et ne correspond à aucune réalité tangible : l'agression est putative et la justification est exclue car le droit de se défendre est subordonné à la réalité ou à la probabilité de l'attaque⁵⁷⁸". Merle et Vitu soulignent que pour ces situations imaginaires, "[...] sur le terrain de la culpabilité, l'agent peut être déclaré irresponsable en raison de sa bonne foi, à la condition bien entendu, que son erreur soit subjectivement plausible⁵⁷⁹".

Les *Fondements de la législation pénale de l'U.R.S.S. et des Républiques fédérées* de 1958, adoptés par le Soviet

celui qui brandissait un pistolet, bien que peut-être innocente en droit pénal, n'est pas objectivement contraire au droit. Dans un tel cas, la légitime défense vraisemblable serait tout simplement un cas de légitime défense.

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

578. PRADEL, *op. cit.*, note 571, p. 381 (nous avons souligné).

579. MERLE et VITU, *op. cit.*, note 264, p. 302; Pradel, *ibid.*, dit sensiblement la même chose.

suprême de l'U.R.S.S. et qui ont servi de base aux codes pénaux adoptés par les républiques vers 1959-60⁵⁸⁰, contiennent une disposition sur la légitime défense⁵⁸¹, mais aucune sur la légitime défense putative (appelée "défense imaginaire"). Conséquemment, le Code pénal de la R.S.F.S.R. de 1960, par exemple, a une disposition sur la légitime défense⁵⁸² mais aucune sur la défense imaginaire. La "défense imaginaire" est la situation où "[...] the defender is not subjected to a real attack and erroneously presupposes that such attack is imminent or is occurring⁵⁸³".

Butler explique qu'en 1984 le Plénum de la Cour suprême de l'U.R.S.S. a affirmé un principe important sur la défense imaginaire :

If a person had grounds to suppose that a genuine infringement was being committed and either was unaware or could not be aware of his error, then his actions are to be considered as being committed in necessary defense. From that proposition it followed that if necessary defense were exceeded, criminal liability would appertain for exceeding

580. Voir M. ANCEL, A.A. PIONTKOVSKY et V.M. TCHKHIVADZE, *Le système pénal soviétique*, Paris, L.G.D.J., 1975, pp. 10-11.

581. Art. 13 des *Fondements*, cité dans W.E. BUTLER, "Necessary Defense, Judge-Made Law, and Soviet Man" dans W.E. Butler, P.B. Maggs et J.B. Quigley (dir.), *Law After Revolution*, New York, Oceana, 1988, p. 108. Ces *Fondements* sont présentement révisés, voir L. ORLAND, "Soviet Justice in the Gorbachev Era: The 1988 Draft Fundamental Principles of Criminal Legislation", (1989) 4 *Conn.J.Int.L.* 513.

582. Voir *Les Codes pénaux européens*, op. cit., note 39, Code pénal de la R.S.F.R.R., art. 13, p. 2242 et cité *infra*, Annexe "A", p. 291.

583. BUTLER, *loc. cit.*, note 581, p. 116.

necessary defense. However, if the person could or should have known of his error under the circumstances of the case, then he is to be prosecuted under the articles of the criminal code punishing negligent infliction of harm⁵⁸⁴.

Le Code pénal type latino-américain⁵⁸⁵ propose au deuxième paragraphe de son article sur l'erreur, une règle pour la légitime défense putative :

[Traduction] Article 27. - N'est pas punissable celui qui aurait agi dans la conviction qu'il manque au fait quelques-unes des exigences nécessaires à l'existence du délit selon sa description légale.

Cependant, si l'erreur provenait d'une faute, le fait ne sera puni que lorsque la loi aura prévu sa réalisation "fautive". Les mêmes règles s'appliqueront à celui qui supposerait de façon erronée l'existence de circonstances justificatives du fait réalisé⁵⁸⁶.

584. *Id.*, p. 122; voir aussi : F.J. FELDBRUGGE, *Soviet Criminal Law: General Part*, Leyden, Sythoff, 1964, pp. 112-114; ANCEL, PIONTKOVSKY et TCHKHIVADZE, *op. cit.*, note 580, p. 45.

585. On trouve des dispositions de la Partie générale de ce code modèle dans J.B. RAMIREZ et M. VALENZUELA BEJAS, *Le système pénal des pays d'Amérique latine*, Paris, Pedone, 1983 et "Standard Penal Code for Latin America", (1990) 17 *Am.J.Crim.Law* 263. Sur la grande influence de ce code, voir RAMIREZ et BEJAS, *ibid.* et H. DAHL, "The Influence and Application of the Standard Penal Code for Latin America", (1990) 17 *Am.J.Crim.Law* 235.

586. RAMIREZ et VALENZUELA BEJAS, *id.*, p. 118; le sujet est discuté aux pp. 116-122. Il faut interpréter ici la "faute" dans le sens de négligence, voir l'art. 26 qui définit le fait d'agir fautivement par opposition au fait d'agir par dol (intentionnellement) définit à l'art. 25. La légitime défense est une justification en vertu de l'art. 16 de ce code.

Soulignons enfin la pertinence du *Code de droit canonique*⁵⁸⁷ de 1983. Ce sont les canonistes du XIIe siècle qui ont élaboré les règles sur les justifications et les excuses que nous retrouvons dans le droit séculier moderne⁵⁸⁸. Le canon 1323, § 5 traite de la légitime défense et les canons 1323, §7 et 1324, § 1, 8° de la légitime défense putative⁵⁸⁹. Ces canons établissent trois points importants. D'abord, selon le canon 1323, § 7, ne peut être puni celui qui a commis une violation de la loi ou d'un précepte en croyant par erreur et sans faute⁵⁹⁰ que se présentait à lui une situation de légitime défense selon le canon 1323, § 5. Deuxièmement, ce canon 1323, § 7 établit à notre avis que la situation de la croyance erronée et non fautive, en des circonstances de légitime défense, doit être conçue comme une situation distincte de la légitime défense.

587. *Code de droit canonique, op. cit.*, note 209. Notre recherche indique qu'il ne semble pas exister de traité dans la langue française ou anglaise analysant d'une façon approfondie les canons cités dans notre travail. Les anciens traités sur le *Code canonique* de 1917 s'avèrent d'une certaine utilité pour l'interprétation des nouvelles dispositions, voir par exemple, R. NAZ, *Traité de droit canonique*, t. 4, livres IV et V, *Des Procès, des délits, des peines*, 2e éd., Paris, Letouzey et Ané, 1954.

588. BERMAN, *op. cit.*, note 130, p. 190.

589. Pour le texte de ces canons, voir *infra*, Annexe "A", p. 289.

590. Echappe, *loc. cit.*, note 209, p. 126, définit la faute canonique comme "[...] l'omission de la diligence pour connaître la loi ou éviter un délit". Selon THE CANON LAW SOCIETY OF AMERICA, *The Code of Canon Law. A Text and Commentary*, J.A. Coriden, T.J. Green et D.E. Heintschel (dir.), New York, Paulist Press, 1985, p. 901, cette expression comprendrait ce que les auteurs appellent "négligence" en anglais. Le mot latin employé au canon 1323 § 7 est "culpa".

Enfin, le canon 1324, § 1, 8° prévoit que lorsque l'erreur est coupable⁵⁹¹, l'auteur d'une violation n'est pas exempt de peine.

Section II. Les solutions à la légitime défense putative

Personne ne contestera l'opinion qu'une personne qui suppose par une erreur raisonnable qu'elle est dans un état de légitime défense devrait être acquittée d'une infraction. De même, tous s'accorderont pour dire que si l'erreur est déraisonnable, la personne devrait être trouvée coupable d'une infraction. La question difficile consiste évidemment à déterminer le meilleur raisonnement théorique pour arriver à ces conclusions.

De notre étude de droit comparé, nous avons retenu⁵⁹² deux approches à la légitime défense putative, celle qui nie l'intention⁵⁹³ et celle qui excuse⁵⁹⁴; nous pourrions aussi appeler cette deuxième théorie celle du blâme puisque l'excuse exclut le blâme. Nous examinerons chacune de ces deux approches. Ensuite,

591. Selon nous, l'erreur est coupable si elle est négligente ou fautive, c'est-à-dire s'il y a eu un manquement à la vigilance. Le mot latin utilisé au canon est "culpa".

592. Puisque nous avons démontré que la légitime défense putative ne pouvait être une justification, nous n'avons pas retenu cette approche.

593. Voir le droit anglais, *supra*, débutant p. 158 et le droit allemand (opinion des tribunaux et de la doctrine majoritaire), *supra*, débutant p. 165.

594. Voir la position de l'école minoritaire en droit allemand, *supra*, le texte correspondant à la note 567; Fletcher partage les idées de cette école minoritaire; voir aussi le *North Dakota Century Code (1976)*, *supra*, p. 163.

nous déterminerons s'il existe une relation quelconque entre le par. 3(17) du *Projet de Code pénal* portant sur l'erreur quant à l'existence d'un moyen de défense" et ces deux approches. Afin de simplifier un sujet complexe, nous traiterons surtout de la croyance erronée portant sur l'attaque.

Paragraphe 1. La négation de l'intention

Interpréter la légitime défense putative comme niant l'intention, c'est introduire un élément de confusion dans le système tripartite de l'infraction. En effet, cette interprétation demande que l'on considère l'absence de justification comme étant un des faits constitutifs de l'infraction; or la logique du système tripartite de l'infraction demande une analyse et une synthèse progressive de l'infraction, en considérant d'abord les faits constitutifs (1er élément) et, ensuite, l'illicéité (2e élément).

Pour les fins de notre discussion, nous pourrions appeler la confusion de ces deux éléments du système tripartite de l'infraction, les "faits constitutifs au sens large". Un accusé agit illicitement s'il réalise les "faits constitutifs au sens large". Les "faits constitutifs au sens large" de l'homicide intentionnel pourraient donc être, par exemple, les suivants : "Quiconque tue intentionnellement une autre personne, autrement qu'en légitime défense, est coupable d'une infraction [...]". Selon cette approche, l'analyse de l'intention ne porterait plus seulement sur les faits constitutifs "tue [...]"

une autre personne" mais aussi sur les faits justificatifs "autrement qu'en légitime défense", qui sont devenus des faits constitutifs négatifs.

Il s'agirait donc pour le juge des faits de déterminer si l'accusé avait l'intention de "tuer intentionnellement une autre personne autrement qu'en légitime défense". Si par une erreur raisonnable ou déraisonnable, l'accusé se croit dans une situation de légitime défense, on ne peut alors conclure qu'il avait l'intention de tuer une autre personne autrement qu'en légitime défense. Bref, l'intention manque pour les faits constitutifs "autrement qu'en légitime défense" et l'accusé est acquitté de l'infraction intentionnelle.

Si l'erreur est déraisonnable, c'est-à-dire si elle relève de la négligence, celui qui s'est trompé pourra être trouvé coupable d'une infraction de négligence, si la loi pénale prévoit cette qualification criminelle.

Une critique importante que l'on adresse à cette solution théorique est qu'elle laisse impunis certains actes qui ne sont pas visés par une infraction de négligence⁵⁹⁵. En effet, l'infraction de négligence dans les codes pénaux modernes est normalement réservée à un nombre très restreint d'infractions, parmi lesquelles figurent toujours l'homicide par négligence. L'exemple le plus discuté dans la doctrine est la tentative qui, dans tous les systèmes de droit, ne peut être commise par

595. Voir FLETCHER, *Rethinking Criminal Law*, op. cit., note 18, pp. 689-690 et STRATENWERTH, loc. cit., note 453, p. 736.

négligence. Ainsi, si B, par une erreur déraisonnable relevant de la négligence criminelle, croit qu'il est attaqué par A et en croyant se défendre tire sur A pour le tuer mais rate son coup, de quelle infraction pourra-t-on le trouver coupable?

Cette théorie présente aussi d'autres difficultés importantes. D'abord, comment peut-on accorder cette approche avec la théorie de la complicité pour la situation où une tierce personne aide un individu, sachant que cet individu, erronément, se croit dans une situation de légitime défense? Ensuite, quel est le droit du prétendu agresseur (la victime innocente) face à la violence exercée contre lui par la personne qui, erronément, se croit dans une situation de légitime défense?

Examinons la complicité en prenant comme fondement théorique que la responsabilité du complice dérive soit de l'acte illicite de l'auteur principal⁵⁹⁶ ou soit de l'*actus reus* de cet auteur principal comme c'est le cas en droit canadien⁵⁹⁷.

Considérons un exemple : C prête son revolver à B suite à la demande instante de B qui explique qu'il a l'intention de s'en servir pour se défendre contre la menace d'une attaque

596. Le complice peut être trouvé coupable de l'acte illicite commis par l'auteur principal ou réel même si ce dernier bénéficie d'une excuse, par exemple, la nécessité qui excuse. Sur le sujet, voir FLETCHER, *Rethinking*, *op. cit.*, note 18, pp. 641-642.

597. STUART, *Canadian Criminal Law*, *op. cit.*, note 76, p. 507, affirme : "Under Canadian Law there appears to be only one special rule: the actual perpetrator must have committed the *actus reus* of the crime before anyone can be found an accessory."

imminente de la part de A. B se trompe sur les intentions de A qui n'a aucunement l'intention d'attaquer B. Peu après, B tue intentionnellement A avec l'arme de C, alors qu'il croit par erreur être dans une situation de légitime défense. Que l'erreur de B soit raisonnable ou déraisonnable, B ne peut être trouvé coupable de l'infraction intentionnelle⁵⁹⁸. Si son erreur est déraisonnable, B peut être trouvé coupable d'homicide par négligence.

Si C a aidé B en sachant que B se trompait sur les intentions de A, la responsabilité de C comme complice dépend de celle de B. Si B a commis une erreur raisonnable, B n'a commis aucune infraction. C peut-il être responsable comme complice? Si la responsabilité découle de l'acte illicite, C ne peut être responsable comme complice, car B n'a pas agi illicitement⁵⁹⁹. Si la responsabilité dérive de l'*actus reus*, C ne peut être responsable comme complice, car B n'a pas commis l'*actus reus*⁶⁰⁰; notons cependant l'existence en droit canadien de l'art. 23.1 du C.cr. qui prévoit : " [Cas d'immunité d'un coauteur] Il demeure entendu que les articles 21 à 23 s'appliquent à un accusé même si la personne qu'il a aidée, encouragée, conseillée, amenée, reçue ou assistée ne peut être déclarée coupable de l'infraction."

598. Pour les fins de notre discussion, nous prenons pour acquis que B suppose à tort un état de choses qui, s'il eut été vrai, aurait rendu son acte de défense licite.

599. Voir la très courte discussion de ce problème dans RYU et SILVING, *op. cit.*, note 558, p. 454.

600. Selon la première approche, l'*actus reus* comprendrait les faits justificatifs.

Cet art. 23.1 s'appliquerait-il à C? Nous pouvons en douter. Colvin⁶⁰¹ interprète l'expression "infraction" à l'art. 23.1 comme signifiant l'*actus reus*.

Si C ne peut être responsable comme complice, pourrait-il être responsable comme auteur réel en vertu de la théorie de l'agent innocent? Encore là, nous en doutons, car C se ne sert pas de B comme une marionnette⁶⁰² et B a l'intention de "se défendre". Smith affirme :

Whilst judicial accounts rarely go behind simply designating one party the innocent agent of another, most commentator's formulations of the doctrine expressly incorporate the requirement that P has caused the innocent to act⁶⁰³.

Si B a agi par erreur déraisonnable, C peut être trouvé coupable comme complice de l'infraction de négligence. On doit rejeter cette solution, car C devrait être trouvé coupable d'une infraction plus sérieuse qu'une infraction de négligence.

L'approche qui nie l'intention présente également un problème sérieux pour le droit du prétendu agresseur (la victime

601. COLVIN, *op. cit.*, note 2, p. 368, affirme : "The more sensible view is that the term 'offence' in ss. 21-23 [...] means the *actus reus* of an offence. Section 23.1 makes this clear for ss. 21-23, but only 'for greater certainty'".

602. WILLIAMS, *Textbook, op, cit.*, note 101, p. 368, explique la théorie de l'agent innocent ainsi : "[...] the physical actor is treated as a puppet, so that the guilty actor who activates him to do the mischief becomes responsible not as an accessory but as a perpetrator acting through an innocent agent" (nous avons souligné).

603. K.J.M. SMITH, *A Modern Treatise on the Law of Criminal Complicity*, Oxford, Clarendon Press, 1991, p. 103.

innocente) d'agir en légitime défense.

Si son erreur est raisonnable, la personne affectée par l'erreur n'agit pas illicitement. Le prétendu agresseur (la victime innocente) ne peut donc pas invoquer la légitime défense comme justification, car l'attaque n'est pas illicite. Chapman affirme qu'il est erroné d'interpréter l'erreur raisonnable comme excluant l'intention :

Suppose that Dan, reasonably but mistakenly, believes that Allan is attacking him. In "self-defence" he uses force against the innocent Allan to the point of endangering Allan's life. Allan, unable to inform or convince Dan of his mistake, seeks to defend himself by using force against Dan. [...] it seems clear that Allan can claim his act is justified as an act of self-defence. However, self-defence is only available against unlawful or wrongful conduct by the aggressor. This suggests that Dan's conduct cannot itself be justified since justifications go to showing that the conduct in question is not really wrongful. Nor can Dan escape liability by suggesting that his mistake negates the requisite criminal law element of *mens rea* since, again, without *mens rea* his conduct would not be unlawful and Allan's response to it would not be justified as self-defence⁶⁰⁴.

Si l'erreur de la personne qui se trompe est déraisonnable et que sa conduite est punissable par une infraction de négligence, cette personne agit illicitement. Le prétendu agresseur (la victime innocente) peut donc invoquer la légitime défense comme justification, car l'attaque est illicite. La difficulté pratique réside dans le fait qu'il est impossible dans le feu de l'action pour le prétendu agresseur (la victime innocente) de déterminer si l'erreur de son agresseur (la

604. CHAPMAN, *loc. cit.*, note 477, p. 80.

personne qui se trompe) est raisonnable ou déraisonnable.

Paragraphe 2. L'approche du blâme

La deuxième approche considère la croyance erronée et raisonnable dans un état de légitime défense comme une excuse. L'accusé agit illicitement parce qu'il réalise les faits constitutifs d'une infraction et que sa conduite n'est pas justifiée. Cependant, on ne peut le blâmer ou lui reprocher sa conduite illicite, car son erreur est raisonnable. Il doit être acquitté, car il est excusé.

Il existe une différence importante entre les faits constitutifs et les faits justificatifs. Le chasseur qui tue une autre personne croyant tuer un chevreuil ne réalise pas les faits constitutifs du meurtre. Il en est autrement de la personne agissant en légitime défense putative, car cette personne sait qu'elle réalise ou va réaliser les faits constitutifs d'une infraction contre la personne, par exemple, qu'elle va blesser ou tuer une personne qu'elle croit être son agresseur. Rappelons-le, l'état de légitime défense constitue une exception, cette justification rend licite ce qui autrement serait illicite. La personne qui va "utiliser" la légitime défense doit être prudente. Stratenwerth explique ainsi cette ligne de pensée qui interprète l'erreur sur les faits justificatifs comme une excuse possible :

An act exhibiting the necessary elements of an offense, they say, is an unusual event, one outside the normal social order. Whoever intentionally

commits such an act knows that he is impairing a legally protected interest. This should give him sufficient notice to examine the situation carefully before he acts. Justification appears, in other words, as an exception to the inherent wrongfulness of a transgression against a prohibitory norm. Hence, the actor cannot rely on justifying facts to the same extent as he can usually rely on the absence of incriminating facts. Only an excusable mistake can discharge him⁶⁰⁵.

Selon Fletcher, seule une erreur raisonnable pourrait excuser :

Mistakes as to justificatory elements, however, do not affect either the violation of the norm or the wrongful nature of acting in ignorance. If an actor believes that he is being attacked and responds with force, his injuring [sic] the putative aggressor is a wrongful but excused battery. [...] If a mistaken claim of justification functions as an excuse, then one can expect it to meet the standard applied to other excusing conditions - namely, that it actually excuse the actor from blame. As the claim of duress must satisfy normative criteria, so must the claim of mistake as an excuse satisfy normative criteria - namely, the requirement of reasonableness - in order to excuse the wrongful act⁶⁰⁶.

La solution de Chapman dans l'exemple⁶⁰⁷ d'Allan (le prétendu agresseur) et Dan (la personne qui, erronément mais raisonnablement, se croit attaquée) consiste à considérer l'acte de Dan comme excusé :

[...] the only solution which coherently allows for

605. STRATENWERTH, *loc. cit.*, note 453, p. 737.

606. FLETCHER, *Rethinking, op. cit.*, note 18, p. 696. Pour une opinion qu'une croyance erronée sur les faits justificatifs ne devrait pas recevoir le même traitement qu'une croyance erronée sur les faits qui excusent, voir BYRD, "Wrongdoing and Attribution", *loc. cit.*, note 19.

607. *Supra*, p. 180.

what appears to be the most reasonable result here is that one which admits Dan's mistake as an excuse. Since an excuse would presuppose Dan's wrongdoing, it would allow for Allan's act of justified self-defence. In this way, both attackers would be freed of criminal law liability⁶⁰⁸.

Si l'erreur est déraisonnable, la personne peut être blâmée. La peine doit cependant être proportionnelle au degré de blâme ou au reproche de faute que l'on peut imputer à l'accusé. Il nous semble logique que dans le cas d'une erreur déraisonnable, on devrait imposer une peine moindre que celle prévue par la loi pour l'infraction intentionnelle. Le blâme a des degrés. La personne qui se croit attaquée suite à une erreur déraisonnable et qui inflige des blessures de façon intentionnelle à son agresseur imaginaire ou tue celui-ci en croyant se défendre mérite une peine moindre que la personne qui agit en toute connaissance de cause.

La solution de cette deuxième approche théorique à l'erreur déraisonnable consiste simplement à atténuer la peine. Mais l'atténuation de la peine exige une disposition législative pour contourner la peine fixe lorsque le législateur a prévu une telle peine pour certaines infractions.

La seconde approche ne présente pas les difficultés de la première. Premièrement, la punissabilité de la conduite de la personne qui commet une erreur déraisonnable ne dépend pas de l'existence d'une infraction de négligence.

608. CHAPMAN, *loc. cit.*, note 477, pp. 80-81.

Ensuite, la tierce personne qui aide un individu sachant que cet individu, erronément mais raisonnablement ou déraisonnablement, se croit dans une situation de légitime défense, agit illicitement, car elle aide la commission d'un acte illicite. Elle peut⁶⁰⁹ donc être trouvée coupable de l'acte illicite. De même, la responsabilité du complice dérivant de la notion traditionnelle de l'*actus reus* s'applique car il y a présence d'un *actus reus*.

Enfin, le prétendu agresseur (la victime innocente) a un droit de légitime défense comme justification contre la violence exercée contre lui par la personne qui erronément se croit dans une situation de légitime défense. Puisque la personne qui s'est trompée agit illicitement, le prétendu agresseur peut invoquer la légitime défense, car l'attaque est illicite bien qu'excusée.

Sur le plan théorique, la deuxième approche nous semble donc supérieure; en plus de respecter le système tripartite de l'infraction, elle ne présente pas de difficultés pour la complicité et pour la légitime défense du prétendu agresseur (la victime innocente).

Paragraphe 3. L'approche du *Projet de code pénal*

Le par. 3(17) du *Projet de code pénal* se lit comme suit:

609. À moins qu'elle soit excusée pour une autre raison.

3(17) Erreur quant à l'existence d'un moyen de défense.

a) **Règle générale.** Nul n'est responsable s'il croyait, d'après sa perception des faits, bénéficier d'un moyen de défense prévu aux paragraphes 3(1) ou 3(8) à 3(16) [le par. 3(10) porte sur la défense de la personne et le par. 3(16) sur l'aide légitime].

b) **Exception.** Cette disposition ne s'applique pas dans le cas d'un crime pouvant être commis par négligence, lorsque la croyance erronée résulte de la négligence de l'accusé.

La C.R.D. commente ainsi l'al. 3(17)a) : "De façon générale, une personne devrait être jugée suivant sa perception des faits⁶¹⁰" et "[...] la croyance erronée en l'existence de circonstances permettant d'invoquer un moyen de défense neutralise la responsabilité⁶¹¹". Le manque de développement théorique pour cet alinéa nous empêche tout simplement de relier la théorie de la C.R.D. à l'une des deux approches précédentes.

Cependant la solution de l'al. 3(17)b) semble découler du raisonnement de l'approche de la négation de l'intention à l'al. 3(17)a). En effet, les commentaires de la C.R.D. pour l'al. 3(17)b) étayaient cette opinion :

Lorsque l'erreur résulte de la négligence criminelle de l'accusé et que l'infraction en cause peut être commise par négligence, l'accusé peut, en vertu de l'alinéa 3(17)b), être condamné pour avoir commis cette infraction par négligence. C'est dans cette mesure que, pour constituer un moyen de défense, la croyance erronée doit avoir été raisonnable. À cet

610. C.R.D., *Projet de code pénal*, op. cit., note 14, p. 47.

611. *Ibid.*

égard, l'alinéa 3(17)b) rappelle l'alinéa 3(2)b)⁶¹².

Nous avons déjà souligné qu'une des critiques de l'approche de la négation de l'intention est qu'elle laisse impunis certains actes qui ne sont pas justiciables d'une infraction de négligence. Le *Projet de code pénal* apporte une solution originale au problème de la personne qui par une erreur déraisonnable croit être en état de légitime défense et tire sur le prétendu agresseur pour le tuer mais le rate. Le par. 10(1) du *Projet de code pénal* prévoit une infraction de mise en danger qui consiste à exposer une autre personne "[...] à un risque de mort ou de préjudice corporel grave⁶¹³". Cette infraction peut être commise par négligence. Mais la solution de l'al. 3(17)b) laisserait néanmoins d'autres actes impunis⁶¹⁴.

Dans le *Projet de code pénal*, la C.R.D. a quitté les chemins battus en matière de complicité, en proposant au par. 4(2), l'infraction de "favoriser la commission d'un crime" qui se lit ainsi :

612. C.R.D., *Projet de code pénal*, op. cit., note 14, p. 48 (nous avons souligné). Notons dans cette citation qu'une erreur déraisonnable et une erreur relevant de la négligence criminelle ont le même sens. Nous citons l'al. 3(2)b) sur l'exception pour le moyen de défense portant sur l'absence de connaissance, *infra*, Annexe "A", p. 285.

613. *Id.*, p. 76.

614. Voir l'infraction de voies de fait du *Projet de code pénal*, *id.*, p. 70; voir aussi notre exemple, *supra*, p. 104; où une personne brise des objets dans sa fuite pour se défendre; l'infraction de "vandalisme" prévue au par. 17(1) du *Projet de code pénal*, *id.*, p. 99, ne peut être commise par négligence.

4(2) Favoriser la commission d'un crime. Est responsable d'avoir favorisé la commission d'un crime et passible de la peine prévue pour ce crime la personne qui aide, encourage, pousse ou incite une autre personne à commettre ce crime, le lui conseille ou se sert de cette autre personne pour parvenir à cette fin, si celle-ci a entièrement la conduite prévue par la définition du crime⁶¹⁵.

Selon nous, les expressions "crime" et "définition du crime" au par. 4(2), expressions qui ne sont pas définies dans le projet, correspondent au concept des faits constitutifs dans le système tripartite de l'infraction. Ces expressions se réfèrent donc aux définitions des diverses infractions de la Partie spéciale du *Projet de code pénal*.

Une tierce personne qui aiderait un individu, sachant que cet individu, erronément, se croit dans une situation de légitime défense, serait trouvé coupable de l'infraction de "favoriser la commission d'un crime". Les commentaires de la C.R.D. sur le par. 4(2) démontrent que la Commission avait prévu le "problème" théorique pour la complicité :

Il peut arriver, cependant, que celui qui favorise la commission d'un crime ne puisse pas bénéficier d'un moyen de défense dont l'auteur principal peut se prévaloir. Par exemple, si l'auteur principal agit sous le coup d'une erreur de fait telle qu'elle [...] l'amène à penser que son acte est justifié, la responsabilité de celui qui a favorisé la commission du crime dépendra non du fait que l'auteur principal

615. *Id.*, p. 49. La C.R.D. a indiqué dans son 19^e rapport annuel, 1989-1990, Ottawa, Commission de réforme du droit du Canada, 1991, p. 15, qu'elle révisé notamment ses dispositions sur la participation aux crimes, la conduite et la culpabilité afin de simplifier celles-ci et que des "[...] nouveaux textes seront ajoutés au contenu du rapport no 31", soit le *Projet de code pénal*. Cette révision n'a pas encore été publiée.

était dans l'erreur, mais du fait qu'il connaissait lui-même la vérité⁶¹⁶.

Quel est le droit du prétendu agresseur (la victime innocente) face à l'attaque de la personne qui erronément se croit dans une situation de légitime défense? Pour que le prétendu agresseur puisse invoquer l'al. 3(10)a)⁶¹⁷ sur la défense de sa personne, il doit faire face à "l'emploi illégal de la force".

Si l'erreur de la personne est raisonnable, celle-ci n'est pas responsable en vertu de l'al. 3(17)a) et l'al. 3(17)b) ne s'applique pas. Il est donc impossible de savoir si le prétendu agresseur (la victime innocente) a droit d'invoquer l'al. 3(10)a) sur la défense de la personne, car l'expression "nul n'est responsable" à l'al. 3(17)a) n'indique pas si la conduite est illégale. Ce problème est évidemment créé par le refus de classer chaque moyen de défense pertinent comme une justification ou une excuse⁶¹⁸.

Si l'erreur de la personne est déraisonnable, c'est-à-dire si elle relève de la négligence, cette personne peut agir illégalement, car l'al. 3(17)b) s'applique dans ce cas. Si la conduite est illégale⁶¹⁹, le prétendu agresseur peut donc invoquer

616. *Projet de code pénal, id.*, p. 50.

617. Cité *supra*, p. 5.

618. Voir *supra*, notre texte correspondant à la note 357.

619. Par exemple, s'il y a "voies de fait commises en causant un préjudice corporel" par négligence, en vertu du par. 7(2) du *Projet de Code pénal, op. cit.*, note 14, p. 71.

l'al. 3(10)a) sur la défense de la personne, car il y a "emploi illégal de la force". Il nous semble impossible pour le prétendu agresseur (la victime innocente) de déterminer si son attaquant a commis une erreur déraisonnable.

Section III. Évolution possible du droit canadien sur l'erreur déraisonnable dans le cas du meurtre

Nous avons vu⁶²⁰ dans notre étude de la jurisprudence canadienne, du moins celle de la Cour d'appel de l'Ontario, que la croyance erronée et déraisonnable en l'existence d'une attaque, ne permet pas d'invoquer le par. 34(1), ni le par. 34(2); pour l'art. 37, la question n'est pas encore entièrement résolue. Il y a de fortes chances qu'éventuellement les tribunaux décident que l'erreur doit être raisonnable pour que les par. 34 et 37 s'appliquent dans ce cas. Cette solution du "tout ou rien" selon que l'erreur soit raisonnable ou déraisonnable nous semble trop sévère. Le législateur devrait continuer de punir l'erreur de fait déraisonnable en légitime défense mais on devrait avoir, au moins⁶²¹, une solution pour l'erreur déraisonnable lorsque l'infraction comporte une peine minimale obligatoire⁶²².

Examinons l'évolution possible du droit actuel en

620. Voir *supra*, débutant p. 135.

621. Dans les autres cas, l'erreur déraisonnable pourrait à la rigueur être prise en considération par le juge lors de la détermination de la peine.

622. Al. 742a) et 742b) du C.cr.

matière d'erreur déraisonnable sur les faits justificatifs de la légitime défense lorsque l'accusation portée est le meurtre et la justification invoquée, le par. 34(2) du C.cr. Nous soumettons que deux courants jurisprudentiels pourraient se développer.

Paragraphe 1. L'approche de la négation de l'intention

Le premier courant jurisprudentiel serait essentiellement fondé sur le raisonnement de la première approche théorique du chapitre précédent, soit la négation de l'intention. L'absence de légitime défense ferait partie de l'*actus reus* de l'infraction de meurtre, c'est-à-dire des "faits constitutifs au sens large". Un tel développement jurisprudentiel permettrait aux tribunaux de dire que l'accusé n'avait pas l'intention requise pour le meurtre lorsque l'accusé, erronément mais déraisonnablement, se croit dans une situation de légitime défense. Il nous semble qu'un tel développement pourrait survenir dans un cas où il y a eu une erreur concernant l'attaque⁶²³.

623. La Cour suprême du Canada a rejeté la défense restreinte d'usage de force excessive en légitime défense (voir les arrêts cités à la note suivante). Cette force excessive pouvait être due à une erreur déraisonnable sur l'acte nécessaire et la proportionnalité. Il est difficile de concevoir que la Cour soit attirée par la première approche à moins que le cas ne soit une erreur déraisonnable portant sur une attaque imaginaire. Cependant il ne faut pas oublier que les décisions de la C.S.C. ont été rendues sans considération de la *Charte*. Notons que le raisonnement de la première approche n'exige pas que l'erreur déraisonnable porte exclusivement sur l'attaque.

Avant que la Cour suprême du Canada⁶²⁴ n'écarte la défense restreinte d'usage de force excessive pour la légitime défense ou pour empêcher la perpétration d'une infraction en vertu de l'art. 27⁶²⁵ du C.cr., certains arrêts reconnaissant cette défense faisaient état d'éléments théoriques relevant de la première approche. Ce moyen de défense permettait de réduire le meurtre à l'homicide involontaire coupable (le "manslaughter")⁶²⁶.

La défense restreinte d'usage de force excessive

-
624. Voir les arrêts *Reilly c. La Reine*, précité, note 297; *R. c. Faid*, précité, note 100; *Brisson c. La Reine*, précité, note 384 et *R. c. Gee*, précité, note 92. Pour la doctrine, voir A. MANSON, "Excessive Force in the Supreme Court of Canada: A Comment on *Brisson and Gee*", (1982) 29 C.R. (3d) 364 et M.J. BAILEY, "The Fall of the Half-Way House: The Supreme Court of Canada in *Gee, Brisson and Faid*", (1984) 22 *Alta. L.R.* 473.
625. Cité *infra*, Annexe "A", p. 287.
626. Ce moyen de défense qui avait été développé par les tribunaux dans les États d'Australie de juridiction de common law a été aboli par le revirement de la High Court of Australia dans l'arrêt *Zecevic c. Director of Public Prosecutions (Victoria)*, précité, note 548; voir : S.M.H. YEO, "The Demise of Excessive Self-Defence in Australia", (1988) 37 *Int.Comp.L.Q.* 348; P.A. FAIRALL, "The Demise of Excessive Self-Defence Manslaughter in Australia: A Final Orbituary?", (1988) 12 *Crim.L.J.* 28; D. LANHAM, "Death of a Qualified Defence?", (1988) 104 *L.Q.R.* 239. Ce moyen de défense existe cependant en Irlande, voir *People (A.-G.) c. Dwyer*, [1972] I.R. 416 (S.C.). En Nouvelle-Zélande, la question ne semble pas avoir été considérée, voir W. BROOKBANKS, "Compulsion and self-defence", dans N. CAMERON et S. FRANCE (dir.), *Essays on Criminal Law in New Zealand - Towards Reform*, Wellington, Victoria University Press, 1990, 95, p. 116. Pour l'Angleterre, le R.-U., H.L., *Report of the Select Committee on Murder and Life Imprisonment*, vol. 1, *Report and Appendices*, Londres, H.M.S.O., 1989, p. 50 (Président : L. Nathan) recommande : "A qualified defence, reducing murder to manslaughter, of using excessive force should be provided in England and Wales". Ce comité suit donc la recommandation de THE LAW COMMISSION, *op. cit.*, note 356, vol. 1, p. 68, art. 59 cité *infra*, Annexe "A", p. 283.

s'appliquait notamment à des situations d'erreur déraisonnable sur les conditions de l'acte de défense nécessaire et de la proportionnalité. Ainsi dans l'arrêt *R. c. Gee*⁶²⁷, un arrêt qui porte essentiellement sur la défense restreinte de la force excessive pour l'art. 27 du C.cr., le juge Prowse est d'avis que la force excessive en légitime défense⁶²⁸ peut résulter notamment d'une erreur de jugement⁶²⁹ et que la question qu'il faut décider est de déterminer si l'accusé avait l'intention requise pour le meurtre : "The real question here is whether an accused, who believes that the force he uses is necessary, has the intent required to constitute murder⁶³⁰". En appel, le juge Dickson, note le jugement du juge Prowse mais ne fait que résumer la pensée de celui-ci sans aller plus loin :

[...] le juge Prowse tente d'examiner la question à partir de la *mens rea* qu'exige le meurtre; une personne qui croit honnêtement, mais de façon erronée, que la force qu'elle emploie est raisonnable n'a pas l'intention coupable qu'exige le

627. Précité, note 403, infirmé par *R. c. Gee*, précité, note 92.

628. Puisque la défense restreinte d'usage de force excessive s'était surtout développée pour la légitime défense, il est naturel pour le juge Prowse d'aborder une partie du problème portant sur l'art. 27 du C.cr. sous l'angle de la légitime défense; de plus, le juge Prowse dans l'arrêt *R. c. Gee*, *ibid.*, ne fait que développer les idées qu'il avait exprimées dans l'arrêt *R. c. Deegan*, précité, note 391. Il faut lire les deux jugements pour comprendre la pensée du juge Prowse.

629. *R. c. Gee*, précité, note 403, p. 538 : "If the accused's actions in self-defence are found to have amounted to excessive force, this may have resulted from an error in judgment, or it may have been the result of a momentary loss of control".

630. *Id.*, p. 536. Les juge Moir et McDermid sont en désaccord avec le raisonnement du juge Prowse, voir *id.*, p. 542.

meurtre⁶³¹.

Si les tribunaux canadiens décidaient un jour d'adopter la première approche théorique dans le cas d'une erreur déraisonnable, ceux-ci pourraient néanmoins trouver l'accusé coupable d'homicide involontaire coupable ("manslaughter"), infraction moindre et incluse⁶³² à une accusation de meurtre. En effet, la mort serait causée "au moyen d'un acte illégal" ou par "négligence criminelle", constituant alors un homicide coupable qui n'est ni un infanticide, ni un meurtre⁶³³.

Paragraphe 2. L'approche du blâme

Le deuxième courant jurisprudentiel qui pourrait se développer pour une accusation de meurtre suite à une erreur déraisonnable aurait comme argument que la peine pour le meurtre contrevient à l'art. 7⁶³⁴ de la Charte et ne se justifie pas en vertu de l'art. 1⁶³⁵ de la Charte. Cette approche nous semble plus plausible que celle du paragraphe précédent.

Il nous semble fermement établi par la doctrine et par

631. R. c. Gee, précité, note 92, p. 297. Sept des neuf juges de la Cour décident qu'il n'existe pas de défense restreinte d'usage de force excessive pour empêcher la perpétration d'un crime en vertu de l'art. 27 du C.cr.

632. Par. 662(3) du C.cr.

633. Voir le Code criminel, notamment les al. 222(5)a) et b) sur l'homicide coupable et l'art. 234 sur l'homicide involontaire coupable.

634. Cité *supra*, p. 30.

635. Cité *supra*, p. 63.

la jurisprudence, qu'un principe de justice fondamentale veut qu'une peine soit proportionnée au blâme de l'accusé ou comme le dit le juge Lamer, "à la culpabilité morale du délinquant"⁶³⁶.

Il ne s'agirait pas ici de reconnaître une "justification partielle"⁶³⁷ mais plutôt de faire respecter un principe de justice fondamentale concernant la détermination de la peine. L'accusé qui réalise les faits constitutifs de l'infraction de meurtre et qui se voit refuser un acquittement total à cause du caractère déraisonnable de son erreur ne mérite pas qu'on lui impute le même blâme ou le même reproche de faute et conséquemment la même peine qu'un "vrai" meurtrier que le législateur visait avec la peine minimale obligatoire. Dans l'arrêt *R. c. Vaillancourt*, le juge Lamer affirme : "La peine imposée pour le meurtre est la plus sévère que l'on trouve dans notre société et les stigmates qui se rattachent à une déclaration de culpabilité de meurtre sont tout aussi extrêmes"⁶³⁸.

La peine minimale obligatoire du meurtre dans les cas

636. *R. c. Martineau*, précité, note 112, p. 645 et les autres autorités citées à cette note.

637. Dans l'arrêt *R. c. Faid*, précité, note 100, p. 271, le juge Dickson écrit : "Il n'existe pas de justification partielle aux termes de l'article [34]". Colvin, *Principles of Criminal Law*, op. cit., note 2, p. 221, écrit : "Either conduct is justified or is not. But the claim for a defence on the ground of an honest albeit unreasonable mistake is not a plea of justification at all; in terms of the dichotomy of justification and excuse, it is a plea of excuse".

638. Précité, note 43, p. 654.

d'une erreur déraisonnable portant sur les faits justificatifs de la légitime défense, semble donc contrevenir à l'art. 7 de la Charte. Selon nous, cette contravention n'est pas justifiée par l'art. 1 de la Charte.

La Cour suprême du Canada⁶³⁹ a expliqué comment une règle de droit peut être sauvegardée en vertu de l'art. 1 de la Charte. On doit d'abord démontrer que l'objectif de cette règle de droit est "suffisamment important [...] pour justifier la suppression⁶⁴⁰" du droit à l'art. 7. La règle de droit sous étude est l'assimilation, pour les fins de la peine, du meurtre et de l'homicide intentionnel suite à une croyance déraisonnable en un état de légitime défense. L'objectif de la règle de droit, soit de dissuader les gens de commettre des erreurs déraisonnables, nous semble être un motif suffisamment important pour justifier la suppression du droit à l'art. 7.

Il doit également y avoir une proportionnalité entre les moyens choisis et l'objectif de cette règle de droit. On peut avancer que la première composante de ce critère de proportionnalité est respecté, parce qu'il y a un lien rationnel entre l'objectif et le fait de condamner d'une façon indistincte tous les accusés coupables de meurtre à la peine minimale obligatoire. La deuxième composante du critère de proportionnalité ne nous semble cependant pas satisfaite; le fait

639. Voir les arrêts *R. c. Oakes*, précité, note 239, *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295 et *R. c. Chaulk*, précité, note 89, pp. 1335-1336.

640. *R. c. Big M. Drug Mart Ltd.*, *id.*, p. 352 (juge Dickson).

d'imposer la peine minimale obligatoire pour tous les accusés trouvés coupables de meurtre ne nous semble pas un moyen "de nature à porter 'le moins possible' atteinte au droit⁶⁴¹" à l'art.

7. Il n'est pas nécessaire pour dissuader une personne qui a tué intentionnellement une autre personne en croyant se défendre, suite à une erreur déraisonnable, de la condamner à une peine si sévère. Enfin, il n'y a pas de proportionnalité entre les effets du moyen choisi et l'objectif. L'objectif de dissuasion ne peut justifier la longue peine d'emprisonnement et les stigmates de "meurtrier" pour la personne qui a commis une erreur.

Ce deuxième courant qui pourrait se développer se fonderait sur la deuxième approche théorique qui reconnaît le lien étroit qui doit exister entre le blâme et la peine. La peine se mesure selon le reproche de faute ou le degré de blâme que l'on peut imputer à l'accusé. Il n'y a aucune peine s'il y a absence de blâme; une peine moindre que celle prévue par la loi doit être imposée si le blâme est atténué par des circonstances comme une erreur déraisonnable sur les faits justificatifs. Selon la deuxième approche, celui qui commet une erreur déraisonnable est partiellement excusé.

La solution logique pour les tribunaux, advenant l'adhésion à ce deuxième développement jurisprudentiel, consisterait à déclarer inconstitutionnelles les dispositions

641. R. c. Oakes, précité, note 239, p. 139.

pertinentes sur la peine concernant le meurtre dans le cas⁶⁴² d'une croyance erronée et déraisonnable en l'existence d'une situation de légitime défense. Le juge pourrait alors condamner l'accusé à une peine juste et moindre que celle prévue dans les autres cas.

Les tribunaux seraient peut-être réticents à adopter une mesure aussi draconienne et pourraient décider que la solution pratique serait de trouver l'accusé coupable d'homicide involontaire coupable ("manslaughter"). Les tribunaux adopteraient ainsi la même solution que pour l'excuse partielle de la provocation. En fait, ils retourneraient alors à la solution de la défense restreinte d'usage de force excessive pour la légitime défense qui a été exclue par la Cour suprême du Canada mais sans considération de la *Charte*.

On retrouve dans la décision du juge Moir dans l'arrêt *R. c. Fraser*⁶⁴³, le raisonnement qui veut que l'erreur déraisonnable puisse constituer une excuse partielle :

[...] I hold that the qualified defence of excessive defence of excessive force [...] for it to exist the following elements must be found by the trier of fact :

1. Certain serious circumstances must exist which led the accused to reasonably believe a situation involving danger existed.

642. La doctrine de l'exemption constitutionnelle dans l'arrêt *R. c. Seaboyer and Gayme*, (1991) 128 N.R. 81 (C.S.C.), pp. 128-131 est rejetée par le juge McLachlin, au nom de la majorité, pp. 43-46; le juge McLachlin n'écarte pas cependant la possibilité de son application dans d'autres cas.

643. (1980), 55 C.C.C. (2d) 503 (C.A. Alb.).

2. The accused used unreasonable or excessive force.
 3. The accused was acting honestly when he used excessive force in that he mistakenly believed that the degree of force he was using was reasonable.

[...]
 [...] in my respectful opinion the defence of self-defence which fails because of excessive force operates so as to excuse the intent to kill or injure where the surrounding circumstances are such as to reduce the moral culpability of the accused, as it does in provocation, and may make the crime manslaughter, not murder⁶⁴⁴.

Pour conclure, nous croyons que la légitime défense putative, fondée sur l'erreur raisonnable, devrait être une excuse absolutoire. Cette solution entraîne évidemment une difficulté pour le meurtre, car elle nous oblige à admettre que l'accusé a réalisé les faits constitutifs d'un meurtre et qu'il n'était pas justifié; en d'autres mots que l'accusé a agi illicitement ou illégalement mais qu'il est excusé. Il y aurait réticence de la part de certains d'admettre que l'accusé, suite à une erreur raisonnable, a "commis" un meurtre et qu'il est seulement excusé. Peut-être la solution théorique consiste-t-elle à délaissier l'expression "meurtre" et à adopter l'expression "homicide intentionnel"⁶⁴⁵. Pour l'erreur déraisonnable, il devrait y avoir dans la Partie générale du futur code criminel une disposition d'atténuation de peine.

644. *Id.*, pp. 523-524.

645. La C.R.D., *L'homicide*, Document de travail 33, Ottawa, Ministère des Approvisionnement et Services Canada, 1984, pp. 95-96, avait proposé un homicide intentionnel au premier degré, un homicide intentionnel au second degré et un homicide par insouciance.

Section IV. L'erreur de droit et l'ignorance de la loi

Il est difficile de discuter de l'erreur de droit sans distinguer l'erreur de l'ignorance. Williams nous explique la distinction :

[...] mistake is a kind of ignorance. Every mistake involves ignorance but not vice versa. Ignorance is lack of true knowledge, either (1) because the mind is a complete blank or (2) because it is filled with untrue (mistaken) knowledge on a particular subject. The first variety, lack of knowledge without mistake of knowledge, may be called simple ignorance. The second variety, lack of true knowledge coupled with the mistaken knowledge, is mistake. Ignorance is the genus of which simple ignorance and mistake are the species⁶⁴⁶.

Une personne qui se défend peut réaliser les faits constitutifs d'une infraction contre la personne tout en se trompant sur la portée⁶⁴⁷ d'une disposition sur la légitime défense ou, encore, tout en ignorant le droit sur la question. Par exemple, une femme qui défend son fils qui est menacé d'une attaque imminente de voies de fait (une gifle) peut croire que le *Code criminel* lui donne le droit d'utiliser toute la force nécessaire pour prévenir l'attaque et qu'il n'y a pas de règle de proportionnalité. Si la mère tue celui qui va agresser son fils, celle-ci commet une erreur de droit, car le par. 37(2) édicte une règle de proportionnalité. Dans cet exemple, la personne n'a pas conscience d'agir illicitement.

L'art. 19 du C.cr. dispose : "L'ignorance de la loi

646. WILLIAMS, *Criminal Law*, op. cit., note 274, p. 242.

647. Voir STRATENWERTH, loc. cit., note 453, p. 740.

chez une personne qui commet une infraction n'excuse pas la perpétration de l'infraction". Dans l'arrêt *Roberge c. La Reine*⁶⁴⁸, la Cour suprême du Canada a refusé de reconnaître la notion de justification putative que Stuart définit ainsi : "[...] situations where the accused genuinely believed that his act was justified in law but, on the facts as he believed them to be, no such legal justification existed⁶⁴⁹".

Dans son *Projet de code pénal*, la C.R.D. reconnaît que l'erreur de droit ou l'ignorance de la loi peut constituer un moyen de défense mais dans des circonstances très restreintes et peu applicables à la légitime défense :

3(7) Erreur de droit ou ignorance de la loi. Nul n'est responsable d'un crime commis en raison d'une erreur de droit ou de l'ignorance de la loi dans les cas suivants :

- a) l'erreur ou l'ignorance concernent des droits visés par le crime en cause;
- b) l'erreur ou l'ignorance peuvent raisonnablement être imputées à l'une des circonstances suivantes :
 - (i) la non-publication de la règle de droit en cause,
 - (ii) une décision judiciaire rendue par la cour d'appel de la province ayant compétence sur le crime reproché,
 - (iii) l'interprétation donnée par une autorité administrative compétente⁶⁵⁰.

648. [1983] 1 R.C.S. 312, p. 326.

649. STUART, *Canadian Criminal Law*, 1ère éd., Toronto, Carswell, 1982, p. 381; Stuart, *ibid.*, reconnaît que sa définition est plus étroite que celle de Fletcher.

650. C.R.D., *op. cit.*, note 14, p. 38.

En principe⁶⁵¹, l'erreur de droit ou l'ignorance de la loi, lorsque celle-ci est raisonnable, devrait-elle constituer en droit canadien une excuse menant à un acquittement? Nous le croyons. D'autres sociétés libres et démocratiques comme l'Allemagne⁶⁵², l'Autriche⁶⁵³, l'Italie⁶⁵⁴ et même l'Afrique du Sud⁶⁵⁵, dont le statut démocratique est discutable, reconnaissent l'ignorance de la loi comme un moyen de défense⁶⁵⁶.

Pour les infractions comportant une peine d'emprisonnement, nous croyons que l'erreur de droit ou

651. Nos propos ne se restreignent pas ici à l'erreur de droit ou à l'ignorance de la loi pour la légitime défense.

652. Art. 17 du Code pénal allemand dans *Collection des codes pénaux européens*, op. cit., note 83, pp. 332-333 et cité infra, Annexe "A", p. 290. Sur l'erreur de droit en droit pénal allemand, voir : RYU et SILVING, loc. cit., note 558; FLETCHER, *Rethinking Criminal Law*, op. cit., note 18, pp. 737-55; ARZT, loc. cit., note 558.

653. Art. 9 du Code pénal autrichien dans *Collection des codes pénaux européens*, op. cit., note 83, pp. 15-16.

654. A. CADOPPI, "Recent Developments in Italian Constitutional-Criminal Law", (1990) 28 *Alta. L.Rev.* 427, p. 439, écrit : "In March 1988, the Constitutional Court decided that Article 5 of the Italian Criminal Code was unconstitutional. That statutory provision dealt with mistake of law and strictly applied the maxim *ignorantia legis non excusat*".

655. Voir C.R. SNYMAN, *Criminal Law*, 1re éd., Durban, Butterworths, 1984, pp. 172-181; BURCHELL, E.M. et HUNT, P.M.A., *South African Criminal Law and Procedure*, vol. 1, *General Principles of Criminal Law*, Juta, Cape Town, 1983, pp. 160-172 et 193-194.

656. En Allemagne et en Autriche, où le système tripartite s'applique, ce moyen de défense est une excuse. En Afrique du Sud, ce moyen de défense nie la *mens rea* descriptive. L'article de CADOPPI, loc. cit., note 654, est ambigu sur le point mais semble indiquer que ce moyen de défense nie la *mens rea* descriptive.

l'ignorance de la loi qui est raisonnable, donc non reprochable, pourrait éventuellement être reconnue par le biais de l'art. 7 de la Charte comme une excuse d'application générale⁶⁵⁷. L'argument constitutionnel serait que la peine d'emprisonnement requiert un blâme. Si l'erreur ou l'ignorance est raisonnable, il n'y a pas de blâme. Le blâme juridique ne nécessite pas que l'accusé ait eu conscience de la disposition législative, il suffit qu'il ait pu la connaître, ou qu'il ait pu éviter l'erreur. Voici ce qu'écrit Snyman :

As [...] the essence of *mens rea* does not consist in a certain state of mind or knowledge, but in blameworthiness (the normative concept of *mens rea*), actual knowledge of the relevant legal provisions is not required. Potential knowledge is sufficient as a basis for blameworthiness ("X could have known")⁶⁵⁸.

Dans l'exemple de la mère ci-dessus, il nous semble que l'on pourrait lui reprocher de ne pas connaître la règle du par. 37(2). De même, un accusé ne pourrait pas alléguer pour la légitime défense qu'il croyait qu'il avait le droit de faire un acte de défense qui n'est pas nécessaire⁶⁵⁹.

L'application d'une telle excuse pour les crimes *mala*

657. COLVIN, *Principles of Criminal Law*, op. cit., note 2, p. 262 discute de cette question et affirme notamment : "It would be a revolutionary change, however, if s. 7 of the Charter were to put another rule in place of s. 19 of the Code". Nous croyons que l'art. 1 de la Charte ne pourrait justifier la violation, car le critère de la proportionnalité ne serait pas respecté.

658. SNYMAN, op. cit., note 655, pp. 179-180.

659. Voir JESCHECK, *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, op. cit., note 367, p. 442.

in se et pour un domaine aussi important et central que la légitime défense s'avère habituellement difficile à concevoir⁶⁶⁰ dans un code moderne où la simplicité est de mise. Telle n'est pas la situation pour notre *Code criminel*. Répétons ici l'observation de Colvin, "The Law of justified force in defence of the person is a mess⁶⁶¹". Par exemple, quel citoyen ou juriste connaît la relation exacte entre le par. 232(4)⁶⁶² sur la provocation et les dispositions sur la légitime défense? Autre exemple, un citoyen ne pourrait-il pas plaider qu'en vertu du par. 37(1), il croyait que la légitime défense était permise contre une menace d'attaque légale puisque le mot "illégal" ne

660. Par analogie avec l'art. 17 du *Code pénal allemand* traitant de l'erreur sur l'illicéité (cité *infra*, Annexe "A", p. 290), JESCHECK, "Droit pénal", *loc. cit.*, note 25, p. 272, explique :

Étant donné que la jurisprudence se montre sévère pour admettre le caractère invincible d'une telle erreur et que celle-ci se rencontre rarement dans les matières centrales du droit pénal, ses applications concernent essentiellement le droit pénal accessoire et le droit des infractions accessoires; dans ces deux domaines, il est facile d'imaginer que l'auteur ignore une disposition légale, sans que le reproche puisse lui en être fait.

661. COLVIN, *Principles of Criminal Law*, *op. cit.*, note 2, p. 221.

662. Sur ce paragraphe cité *infra*, Annexe "A", p. 289, voir nos commentaires, *supra*, p. 91. Cette imprécision serait-elle contraire à l'art. 7 de la Charte? Dans l'arrêt *Renvoi relatif au Code criminel (Man.)*, précité, note 86, le juge Dickson écrit, au nom de la majorité : "[...] l'imprécision devrait être reconnue comme contraire aux principes de justice fondamentale". Bien que ce principe a été énoncé dans une affaire portant sur les faits constitutifs d'une infraction, ne nous croyons pas qu'il se limite à une partie particulière de la notion générale de l'infraction.

qualifie pas "l'attaque" comme à l'art. 34? La complexité des dispositions législatives actuelles milite en faveur de la reconnaissance de l'erreur de droit ou l'ignorance de la loi comme une excuse possible pour la légitime défense lorsque cette erreur ou cette ignorance n'est pas reprochable. Comme nous l'avons souligné⁶⁶³, les juges reconnaissent que la loi est complexe sur le sujet. Williams a bien raison de dire "everybody is presumed to know the law except his Majesty's judges, who have a Court of Appeal set over them to put them right"⁶⁶⁴.

663. *Supra*, note 4.

664. *Criminal Law*, *op. cit.*, note 274, p. 290 (observation du juge Maule) et cité dans RYU et SILVING, *loc. cit.*, note 558, p. 421.

Chapitre II

Force excessive due à la peur ou au désarroi

Dans le chapitre précédent, nous avons vu implicitement certains aspects de la force excessive avec l'erreur de fait déraisonnable. Nous examinerons dans ce chapitre l'emploi de la force excessive en légitime défense, lorsqu'elle est due à la perte de la maîtrise de soi⁶⁶⁵ occasionnée par la peur⁶⁶⁶ ou le désarroi⁶⁶⁷. Nous soumettons que notre droit devrait reconnaître une telle excuse.

Examinons d'abord la jurisprudence canadienne qui traite de la relation possible entre la peur et la force excessive en légitime défense. Dans l'arrêt *R. c. Gee*⁶⁶⁸, un

665. L'expression "la perte de la maîtrise de soi" nous semble quelque peu superflue. Si l'excès est dû à la peur ou au désarroi, cela ne veut-il pas dire implicitement qu'il y a eu une perte de la maîtrise de soi? Nous le pensons.

666. Cette expression comprend aussi la terreur et la crainte (termes que nous empruntons à des codes pénaux étrangers, voir *infra*, Annexe "A").

667. Nous entendons comprendre aussi par cette expression, le trouble, l'excitation et le saisissement (termes que nous empruntons encore à codes pénaux étrangers, voir *infra*, Annexe "A").

668. Précité, note 403, p. 538. Nous avons déjà souligné, *supra*, p. 192, que le juge Prowse affirme que la force excessive en légitime défense peut aussi être due à une erreur de jugement.

arrêt reconnaissant la défense restreinte d'usage de force excessive en légitime défense et infirmé⁶⁶⁹ par la Cour suprême du Canada, le juge Prowse de la Cour d'appel de l'Alberta indiquait que la force excessive en légitime défense pouvait être due notamment à une perte momentanée de la maîtrise de soi. Selon le juge Prowse, cette perte de la maîtrise de soi peut être due à la peur ou à la colère⁶⁷⁰. Pour le juge Prowse dans l'arrêt *R. c. Deegan*⁶⁷¹, la peur empêcherait l'accusé de former l'intention spécifique pour le meurtre :

The question is whether an "intent" to kill in self-defence is necessarily an intent to kill under s. 212 [maintenant l'art. 229].

[...]

If the accused's mind was consumed with an apprehension of death or grievous bodily harm, his acts thereafter "being the purely physical products of" such passion, can it be said that he formulated the requisite specific intent for murder? In my view, in such circumstances, he cannot be said to have formulated a genuine intent of the nature required to support such a conviction.

In cases where the learned trial judge finds that there is evidence that warrants placing the defence of self-defence before the jury, I am of the view that it is sufficient, in placing this issue of manslaughter based on such evidence, to do so by putting the following question to it: "If you find that the accused's actions were dictated by a fear of death or grievous bodily harm, or if you are left with a reasonable doubt on that point, then you

669. *R. c. Gee*, précité, note 92.

670. *R. c. Gee*, précité, note 403, p. 538 : "The loss of control may be due to fear or anger, in either case resulting from a reasonable apprehension of death or grievous bodily harm".

671. *R. c. Deegan*, précité, note 391. Il faut lire, en parallèle, les jugements du juge Prowse dans les arrêts *Gee* et *Deegan*.

should bring in a verdict of manslaughter although you found he used excessive force.

This issue only arises after the jury has rejected the defence of self-defence, and is considering whether the accused had the intent required to support a conviction for murder. For this reason care should be taken to make clear to the jury that it must only consider this issue if it rejects that defence⁶⁷².

Le juge Dickson dans l'arrêt *Brisson c. La Reine*, commentant le deuxième paragraphe que nous venons de citer du juge Prowse, se demande si celui-ci ne parle pas d'une intention autre que celle de l'art. 212 [maintenant l'art. 229] :

Si l'accusé n'a pas l'intention nécessaire pour qu'il y ait meurtre en application de l'art. 212 du Code ou s'il existe un doute raisonnable sur ce point, alors il va de soi qu'il faut rendre un verdict d'homicide involontaire coupable et non de meurtre. Si c'est ce que le passage précité signifie, alors il me semble conforme au principe. Si cependant le juge Prowse parle d'une intention différente de celle qui est prévue à l'art. 212 du Code, alors j'y vois des difficultés, encore aggravés par le passage suivant de ces motifs [...]⁶⁷³.

672. R. c. *Deegan*, *id.*, pp. 102 et 104-105 (nous avons souligné). On peut comparer le jugement du juge Prowse à celui du juge Peckham pour la Cour suprême des É.-U. dans l'arrêt *Stevenson c. United States*, 162 U.S. 313 (1896), p. 352, où celui-ci explique qu'en plus des verdicts possibles de meurtre ou d'acquittement pour légitime défense, le jury aurait dû considérer le verdict de "manslaughter" : "It seems to us quite plain that an assault upon another by means of firing a pistol at him is naturally calculated to excite some kind of passion in the one upon whom such assault is made. It might be one of anger, or it might be terror. If either existed to a sufficient extent to render the mind of a person incapable of cool reflection, it might be plausibly claimed that the act which followed such an assault was not accompanied by the malice necessary to constitute the killing murder".

673. Précité, note 384, p. 240 (nous avons souligné).

Le "passage suivant" que cite alors le juge Dickson est le troisième et quatrième paragraphe de l'extrait que nous avons cités ci-dessus. Le juge Dickson dans l'arrêt *Brisson* ne va pas plus loin avec les idées émises par le juge Prowse.

L'examen du raisonnement du juge Prowse dans l'arrêt *Deegan* révèle une approche théorique qui emprunte beaucoup à la théorie du délit en droit canonique et à la théologie. Le délit canonique se composerait de trois parties :

Le délit canonique apparaît [...] composé de trois éléments : un élément légal, constitué d'un texte prévoyant le délit et l'assortissant de sanctions, un élément objectif, constitué par la violation externe de ce texte, et un élément subjectif caractérisé par le caractère gravement imputable à son auteur de cette violation⁶⁷⁴.

Si la source de l'imputabilité⁶⁷⁵ pour l'infraction est le dol, c'est-à-dire l'intention, certaines circonstances concrètes peuvent affecter cette imputabilité "[...] soit en l'excluant, soit en la modifiant, soit en l'augmentant ou la diminuant⁶⁷⁶".

L'approche du juge Prowse ressemble au raisonnement théorique du droit canonique, car lorsqu'une force excessive en légitime défense est utilisée, la peur affecte l'intention

674. ECHAPPE, *loc. cit.*, note 209, p. 117.

675. Le *Code de droit canonique*, *op. cit.*, note 209, can. 1321, § 1, p. 228, dispose : "Nul ne sera puni à moins que la violation externe de la loi ou du précepte ne lui soit gravement imputable du fait de son dol ou de sa faute".

676. ECHAPPE, *loc. cit.*, note 209, p. 127.

requisse pour le meurtre. Voilà pourquoi le juge Prowse conclut ci-dessus que l'on ne peut pas dire dans un tel cas que l'accusé "[...] formulated a genuine intent of the nature required to support such a conviction".

Cette façon d'interpréter l'intention a ses sources dans la théologie, notamment dans les écrits d'Abélard (1079-1142) et de Saint Thomas d'Aquin. Berman explique : "Abelard's main contribution, namely, his emphasis on intention as the factor that makes an act morally good or bad, was generally accepted in the canon law⁶⁷⁷". Saint Thomas d'Aquin explique par sa doctrine dite du double effet⁶⁷⁸ comment il peut être licite pour un particulier de tuer une autre personne en légitime défense :

Rien n'empêche qu'un même acte ait deux effets, dont l'un seulement est voulu, tandis que l'autre ne l'est pas. Or les actes moraux reçoivent leur spécification de l'objet que l'on a en vue, mais non de ce qui reste en dehors de l'intention, et demeure, comme nous l'avons dit, accidentel à l'acte. Ainsi l'action de se défendre peut entraîner un double effet : l'un est la conservation de sa propre vie, l'autre la mort de l'agresseur. Une telle action sera licite si l'on ne vise qu'à protéger sa vie, puisqu'il est naturel à un être de se maintenir dans l'existence autant qu'il le peut⁶⁷⁹.

Pour les canonistes, le crime de droit canon est un

677. BERMAN, *op. cit.*, note 130, p. 598.

678. Sur ce principe de morale, voir J.T. MANGAN, "An Historical Analysis of the Principle of Double Effect", (1949) 10 *Theological Studies* 41.

679. THOMAS D'AQUIN (SAINT), *op. cit.*, note 138, pp. 430-431.

péché criminel, une offense à Dieu⁶⁸⁰. Pour mesurer cette offense, les canonistes cherchèrent à déterminer deux points :

whether the accused intentionally committed a morally and socially offensive act in violation of a law and to what extent he thereby revealed a depraved mind and heart and soul⁶⁸¹.

Ces deux points menèrent les canonistes à examiner l'intention mais aussi le caractère de l'agent, ses motivations et ses attitudes⁶⁸². Le souci premier de ces canonistes n'était pas la culpabilité, mais le péché :

What they were concerned with above all was not guilt but the sin. Again, the evaluation of justifications and excuses for acts merged with the evaluation of motivations, attitudes, character⁶⁸³.

À notre avis, la difficulté théorique que soulève l'approche du juge Prowse est qu'elle rend le concept de l'intention trop flou en lui faisant jouer un double rôle. D'abord, l'intention constitue un fait constitutif de l'infraction, c'est-à-dire la *mens rea* descriptive, dans le sens, selon nous, de la conscience et la volonté de réaliser un état de

680. BERMAN, *op. cit.*, note 130, p. 189. À comparer avec FOSTER, *op. cit.*, note 154, p. 138 : "[...] where the circumstances of Deliberation and Cruelly concur [...] the Fact is undoubtedly Murder; as flowing from a wicked Heart, a Mind grievously deprived, and acting from motives highly Criminal. Which is the genuine notion of Malice in our Law".

681. BERMAN, *ibid.*

682. *Id.*, pp. 187-188.

683. *Id.*, p. 190.

choses correspondant aux faits constitutifs de l'infraction⁶⁸⁴; deuxièmement, à tort, du moins pour le droit pénal, l'intention s'identifie au blâme ou à l'imputabilité⁶⁸⁵. C'est ce double rôle de l'intention qui porte le juge Dickson à se demander si le juge Prowse parle d'une autre intention que celle du meurtre⁶⁸⁶. Dans le système tripartite de l'infraction, l'intention n'est pas l'équivalent du blâme mais est plutôt l'objet d'un blâme, d'un reproche de faute ou d'une imputabilité possible. Comme le dit Snyman, "Blame is the opposite of 'merit' or 'praise', which is similarly an evaluation, and not a state of mind⁶⁸⁷". Ce n'est pas l'accusé qui a un "esprit blâmable", mais c'est plutôt le juge des faits qui doit conclure, que la décision de l'accusé d'agir illicitement peut lui être imputée ou reprochée si l'accusé n'avait aucune excuse reconnue par le droit⁶⁸⁸.

684. Voir la définition de l'intention à l'art. 5, al. 1 du Code pénal autrichien, *Collection des codes pénaux européens*, op. cit., note 83, p. 14.

685. Interprétée ici comme étant la troisième condition du concept tripartite de l'infraction.

686. Sur cette double façon de voir l'intention, particulièrement pour un jury, voir FLETCHER, *A Crime of Self-Defense*, op. cit., note 192, p. 78.

687. SNYMAN, op. cit., note 655, p. 115.

688. Pour une infraction de négligence commise par un acte, nous soumettons que l'accusé réalise les faits constitutifs de l'infraction suite à une violation d'une norme objective de diligence raisonnable. Le blâme consiste à déterminer si l'on peut reprocher à cet accusé, en tenant compte de certains facteurs comme son âge, son développement intellectuel, etc., d'avoir contrevenu à cette norme. Il faut évidemment exclure certains facteurs personnels, comme la paresse, l'intoxication etc. Sur la négligence, voir JESCHECK, "Droit pénal", loc. cit., note 25, pp. 275-279.

Nous avons aussi souligné que la force excessive en légitime défense pouvait aussi être due au désarroi. Dans l'arrêt *R. c. Rabey*⁶⁸⁹, le juge Martin avait envisagé dans un *obiter dictum* la possibilité qu'une attaque sérieuse puisse causer chez la victime un choc émotif créant un état de dissociation non démentiel⁶⁹⁰ :

I leave aside until it becomes necessary to decide them, cases where a dissociative state has resulted from emotional shock without physical injury, resulting from such causes, for example, as being [...] the victim of a murderous attack with an uplifted knife, notwithstanding the victim has managed to escape physical injury [...] Such extraordinary events might reasonably be presumed to affect the average normal person without reference to the subjective make-up of the person exposed to such experience⁶⁹¹.

Vu l'absence d'une disposition législative sur la peur ou le désarroi et les décisions de la Cour suprême du Canada qui

689. (1977) 37 C.C.C. (2d) 461 (C.A. Ont.), pourvoi à la Cour suprême du Canada rejeté *Rabey c. La Reine*, [1980] 2 R.C.S. 513. Un tel état de dissociation pourrait donc constituer un automatisme non démentiel résultant d'un fait externe et accidentel menant à l'acquittement de l'accusé. MEWETT, "Murder and Intent: Self-defence and Provocation", *loc. cit.*, note 384, p. 447 affirme : "If [...] a sudden attack is so overwhelming that, in the stress of the terror or panic, a dissociative state is induced so that the accused is unconscious, then he commits no act and hence he cannot be guilty of any offence".

690. Pour être précis il pourrait s'agir, selon la jurisprudence canadienne, d'un état d'automatisme non démentiel menant à l'acquittement de l'accusé. Dans l'arrêt *R. c. Rabey*, *id.*, p. 470, le juge Martin explique que selon le témoignage de l'un des médecins, l'état de dissociation constitue "[...] a recognized diagnosis and is a disorder of consciousness which occurs as a result of part of the nervous system shutting off".

691. *R. c. Rabey*, précité, note 689, pp. 482-483.

ont rejeté la défense restreinte d'usage de force excessive pour la légitime défense, les tribunaux se sont retranchés derrière la notion d'intention. Dans les affaires de meurtre où l'excitation ou la peur a joué un rôle, les tribunaux considèrent l'effet cumulatif de l'intoxication, de la provocation et de la force excessive en légitime défense pour déterminer si l'accusé avait l'intention requise pour le meurtre⁶⁹².

On doit admettre que la peur ou le désarroi peuvent jouer un rôle important dans la présence ou l'absence de l'intention nécessaire à une infraction de meurtre; cependant, on a l'impression avec cette jurisprudence que le but caché des tribunaux est de permettre de réduire l'accusation de meurtre à celle d'homicide involontaire coupable. Bref, on semble faire indirectement ce que l'on ne peut pas faire directement.

Abordons la question comme elle devrait être posée : la peur ou le désarroi qui a entraîné la victime à excéder la force nécessaire et proportionnelle dans une situation de légitime défense devrait-il constituer une excuse en droit pénal?

692. Voir par exemple, l'arrêt *R. c. Clow*, (1985) 44 C.R. (3d) 228 (C.A. de l'Ont.) qui suit l'arrêt *R. c. Trecroce*, (1980) 55 C.C.C. (2d) 202 (C.A. Ont.), p. 211, où le juge Martin déclare : "That is not to say [...] that a jury, if they consider that the accused was honestly defending himself, may not entertain a reasonable doubt whether acting instinctively in the excitement of the moment he really contemplated the consequences of his actions and actually had the requisite intent for murder even though that inference might normally be drawn from his acts apart from the circumstance that he was defending himself" (nous avons souligné). Pour un arrêt portant non pas sur l'excitation mais sur la peur, voir *R. c. Nealy*, (1986) 54 C.R. (3d) 158 (C.A. Ont.), p. 163.

L'accès de colère, causé par une provocation soudaine, constitue déjà une excuse partielle à une accusation de meurtre en vertu de l'art. 232 du C.cr. Dans l'arrêt *R. c. Faïd*, le juge Dickson affirmait que pour la personne provoquée, "[...] le droit reconnaît l'existence d'un moindre degré de culpabilité [...]"⁶⁹³. Pourquoi la perte de la maîtrise de soi, occasionnée par la peur ou le désarroi, ne pourrait-elle pas constituer elle aussi une excuse partielle ou même une excuse absolutoire à une accusation de meurtre? Une telle perte de maîtrise n'entraîne-t-elle pas, elle aussi, "un moindre degré de culpabilité", c'est-à-dire un degré moindre de blâme, de reproche de faute ou d'imputabilité, particulièrement lorsque l'accusation est le meurtre? Nous croyons que oui.

Les réformistes anglais du XIXe siècle ne faisaient aucune distinction entre la peur et la provocation. Les "Criminal Law Commissioners" avaient proposé dans leur projet de code pénal, contenu dans leur 4e rapport de 1846, que la perte de la maîtrise de soi due à la provocation, la peur ou l'"alarm" constituait une circonstance atténuante à l'homicide :

Art. 2. [When homicide is extenuated] Homicide is extenuated whensoever the killing is wilful and not justifiable, but the act from which death results is attributable to want of self-control, occasioned by an impulse of passion arising from sudden and grave provocation, or by fear or alarm which passion, fear or alarm for the time suspends the power of self-

693. Précité, note 100, p. 275. Le mot "culpabilité" employé ici correspond au troisième élément de l'analyse tripartite de l'infraction.

control⁶⁹⁴.

Dans le projet de loi de 1874, rédigé par Stephen, et proposant de modifier le droit sur l'homicide, le gouvernement anglais avait proposé que la force excessive en légitime défense, causée par la perte de la maîtrise de soi due à la peur pouvait réduire le meurtre au "manslaughter" :

29. Criminal homicide is manslaughter and not murder, although the act by which death is caused falls within the provisions of section twenty-five, if the act by which death is caused is done [...]

(2.) [Murder reducible to manslaughter by fear] Whilst the person doing the act is deprived of the power of self-control by fear of immediate death or grievous bodily harm, such fear being caused by an act on the part of the person killed which would have justified the employment of some force by the person who causes his death, and the force actually employed is in excess of the force which ought to have been employed⁶⁹⁵.

Plusieurs pays européens accordent une excuse à la personne, qui a outrepassé les limites de la légitime défense, lorsqu'elle était terrorisée ou troublée par l'attaque; mentionnons ici, sans vouloir être exhaustif : la Suisse⁶⁹⁶, l'Autriche⁶⁹⁷, l'Allemagne⁶⁹⁸ et la Norvège⁶⁹⁹. La crainte est

694. *Fourth Report from Her Majesty's Commissioners for Revising and Consolidating the Criminal Law, op. cit.*, note 172, p. 131.

695. P.L. 44, *Homicide Act, 1874*, précité, note 173, p. 372.

696. *Code pénal suisse, Les codes pénaux européens, op. cit.*, note 39, art. 33 al. 2, p. 1925 et cité *infra*, Annexe "A", p. 292.

697. *Code pénal autrichien, Collection des codes pénaux européens, op. cit.*, note 83, art. 3 al. 2, p. 14 et cité *infra*, Annexe "A", p. 291.

aussi une circonstance qui exclut ou diminue l'imputabilité dans le nouveau Code de droit canonique⁷⁰⁰.

La perte de la maîtrise de soi causée par la peur ou le désarroi se distingue de celle causée par la colère due à la

-
698. *Code pénal allemand, Collection des codes pénaux européens*, art. 33, p. 338 : "[Traduction] ARTICLE 33 Excès de légitime défense. Si par désarroi, crainte ou terreur, l'auteur dépasse les limites de la légitime défense, il n'est pas puni". JESCHECK, *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, op. cit., note 367, pp. 442-444, explique que l'art. 33 peut s'appliquer dans les cas où la personne se défendant a consciemment ou inconsciemment employé des actions défensives qui n'étaient pas nécessaires et qui ne visaient pas à minimiser le mal à infliger à l'agresseur; lorsque l'excès est inconscient, il s'agit d'une erreur de fait ou de droit et l'art. 33 signifie, à cause de l'état émotionnel, que l'erreur était inévitable et donc non punissable. Dans les cas où l'agent ne respecte pas les limites temporelles de la légitime défense, parce que l'attaque n'est pas imminente ou n'est plus imminente, l'art. 33 ne s'applique pas. Si l'accusé se trompe sur la question de l'imminence de l'attaque, sur l'illicéité de l'attaque ou sur l'existence d'une attaque (soient des cas de légitime défense putative), bien que l'art. 33 ne s'applique pas, le désarroi, la crainte ou la terreur sont considérés pour déterminer si l'erreur était inévitable et donc non punissable par une infraction de négligence.
699. *The Norwegian Penal Code, The American Series of Foreign Penal Code*, vol. 3, South Hackensack, Rothman, 1961, p. 29, art. 48 al. 4 : [Traduction] "Anybody who has exceeded the limits of self-defense is nevertheless not to be punished if the excess is due solely to emotional upset or derangement produced by the attack". Selon ANDENAES, op. cit., note 287, p. 164, cet "emotional upset or derangement" peut être la peur ou la colère.
700. *Code de droit canonique*, op. cit., note 209, canons 1323, § 4, 1324, § 1, 5° et 1324, § 1, 8° cités *infra*, Annexe "A", débutant p. 289. Notons également le canon 1324, § 1, 6°, aussi cité à l'Annexe "A", portant sur le cas où l'auteur n'a pas agi avec la "modération requise" pour la légitime défense.

provocation⁷⁰¹. Dans une situation de légitime défense, une personne qui excède les limites de la légitime défense parce qu'elle est terrorisée ou troublée agit ainsi pour se défendre, pour repousser l'attaque⁷⁰². Celui qui agit sous l'effet de la provocation n'agit pas pour se défendre, mais plutôt pour infliger un mal à la personne qui l'a provoqué⁷⁰³.

Williams est d'avis qu'une personne qui excède les limites de la légitime défense à cause de sa panique devrait bénéficier d'une défense de provocation qui ne se limite pas exclusivement à la colère :

A person in a panic may go far beyond what is necessary for his own safety. Suppose he over-reacts to an attack by killing his adversary when this is not justified by the law of self-defence. On principle he is still entitled to the provocation defence, reducing his guilt to manslaughter. A person who reacts to a blow often does so in mixed fear and anger, and there would be no sense in trying to confine the provocation defence strictly

-
701. A.J. ASHWORTH, "The Doctrine of Provocation", [1976] *Camb.L.J.* 292, p. 297, écrit : "A loss of self-control caused by fear, panic or mental instability cannot be brought within the defence of provocation". A. VON HIRSCH et N. JAREBORG, "Provocation and Culpability", dans F. SCHOEMAN (dir.), *Responsibility, Character, and the Emotions: New Essays in Moral Psychology*, Cambridge, Cambridge University Press, 1987, p. 241, affirme que celui qui est provoqué "[...] is not warding off any immediate danger [...]". WILLIAMS, *Textbook*, *op. cit.*, note 101, p. 524 est plus nuancé : "Anger is the domain of the law of provocation, fear that of the law of private defence - though fear is also capable of amounting to provocation".
702. Ses mobiles sont la peur et son désir de se protéger. Sur les mobiles et les motifs, voir *supra*, notre section débutant p. 117.
703. Ses mobiles seraient le désir de "faire mal", la colère, le ressentiment, la vengeance. L'idée du ressentiment, nous vient de VON HIRSCH et JAREBORG, *loc. cit.*, note 701.

to action in anger⁷⁰⁴.

À notre avis, quatre raisons théoriques importantes militent contre l'intégration dans une même disposition législative de la perte de la maîtrise de soi due à la provocation et celle due à la peur ou le désarroi.

Nous avons déjà expliqué la première, celui qui invoque la provocation n'a pas été motivé par la défense de sa personne, comme c'est le cas pour celui qui a perdu la maîtrise de soi par peur ou désarroi. Deuxièmement, le législateur peut désirer pour l'application de la provocation, un critère plus sévère que celui qui serait applicable à la peur ou au désarroi. Troisièmement, la provocation étant incompatible avec la légitime défense⁷⁰⁵, il ne faudrait pas l'inclure dans une même disposition avec les notions de peur ou de désarroi parce qu'une telle inclusion diminuerait substantiellement les chances d'un plaidoyer de légitime défense. Enfin, le législateur peut décider que la peur ou le désarroi devrait constituer une excuse absolutoire et non

704. WILLIAMS, *Textbook*, *op. cit.*, note 101, p. 545. Dans l'arrêt *Van Den Hoek c. R.*, (1986) 69 A.L.R. 1 (H.C. of A.), le juge Mason est d'avis dans un jugement minoritaire de ne pas limiter la provocation à la colère : "[...] there can now be no convincing reason for confining the doctrine [of provocation] to loss of self-control arising from anger or resentment. The doctrine naturally extends to a sudden and temporary loss of self-control due to an emotion such as fear or panic as well as anger or resentment".

705. *R. c. Faïd*, précité, note 100, p. 279, le juge Dickson affirme : "L'absence d'une preuve de colère est probablement compréhensible. Il aurait été fatal pour la légitime défense de dire que, si ce plaidoyer n'était pas retenu, alors, subsidiairement, Faïd a poignardé Wilson dans un accès de colère alors qu'il était privé du pouvoir de se maîtriser".

une excuse partielle comme la provocation⁷⁰⁶.

Selon nous, la perte de la maîtrise de soi par la peur ou le désarroi, dans une situation de légitime défense, ne devrait pas nécessiter l'application d'un critère objectif comme c'est partiellement⁷⁰⁷ le cas pour la provocation en vertu de l'art. 232 du C.cr. La conduite de l'accusé dans un cas de provocation est au départ illicite, tandis que pour la peur en légitime défense, la conduite au départ est licite; ce n'est que par l'excès de légitime défense qu'elle devient illicite⁷⁰⁸.

La C.R.D. dans son *Projet de code pénal* ne traite pas expressément de la provocation, ni de l'excès de force en légitime défense causé par la peur ou le désarroi. Cette omission peut s'expliquer par le fait que la C.R.D. recommande que le meurtre ne comporte aucune peine fixe et minimale⁷⁰⁹.

706. La question difficile ici est de savoir si l'on devrait exiger des motifs raisonnables pour l'excès dû à la peur ou au désarroi.

707. La provocation pour s'appliquer à une accusation de meurtre doit répondre à un critère objectif et à un critère subjectif, voir *R. c. Hill*, [1986] 1 R.C.S. 313; *Parnerkar c. La Reine*, [1974] R.C.S. 449; *Wright c. La Reine*, [1969] R.C.S. 335; *Olbey c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 1008.

708. Sur ce point, voir la C.R.D., *L'homicide*, op. cit., note 645, p. 80, qui affirme qu'il est injuste d'accorder une atténuation de la responsabilité à celui qui est provoqué et non à celui qui a fait un usage excessif de la force en légitime défense, puisque dans le premier cas, la conduite est "blâmable a priori" et que dans le cas de la légitime défense, "la conduite ne peut être blâmée au départ". Selon nous, il serait plus juste de substituer l'expression "illicite" ou "illégal" à "blâmable" et "blâmée".

709. *Projet de code pénal*, op. cit., note 14, p. 67. La C.R.D. avait traité de la force excessive en cas de légitime défense dans *L'homicide*, id., pp. 79-81, en recommandant

Puisque les "femmes battues"⁷¹⁰ tuent leur époux à cause de la peur⁷¹¹, dans des circonstances où parfois les conditions strictes de la légitime défense que nous avons exposées dans la première partie de notre travail ne sont pas réalisées, il nous semble important que le législateur reconnaisse que la peur puisse exclure le blâme ou diminuer celui-ci⁷¹² tout comme la colère dans la disposition de la provocation peut diminuer le blâme. Cet "oubli" de considérer la peur et le désarroi peut sans doute s'expliquer par le fait que le droit criminel actuel et canadien reflète une vision ancienne et masculine des réactions acceptables au XIXe siècle. Par exemple, Walker explique :

In general, men are trained not to feel or express terror. From boyhood on, they are taught to transform all their 'bad' feelings, such as fear and

que l'homicide intentionnel au second degré ne comporte pas de peine fixe.

710. Voir le chapitre prochain pour une définition de cette expression.
711. L.E. WALKER, *Terrifying Love: Why Battered Women Kill and How Society Responds*, New York, Harper & Row, 1989, p. 201, l'affirme : "As I've stated time and again : *battered women kill out of fear*". Les maris violents utilisent la violence afin de contrôler leurs conjoints par la peur, voir D.W. CURRIE, *Le mari violent : Une approche de l'intervention*, Ottawa, Centre national de l'Information sur la violence dans la famille, Santé et Bien-être social Canada, 1988, p. 16.
712. Bien que l'acte soit illicite ne peut-on pas dire aussi que l'illicéité est d'un degré moindre que celui qui n'aurait pas agi en légitime défense? Nous le croyons, car celui qui a excédé les bornes des conditions de proportionnalité et de nécessité avait le droit de se défendre, mais il a excédé ce qui était permis.

pain, into action or rage. This training is one reason why men who work in the criminal justice system or are on a jury have a difficult time believing that women who have suffered terrible abuse at the hands of men do not kill out of anger. To kill out of anger would be a male response⁷¹³.

Il ne s'agit pas ici de reconnaître une nouvelle justification mais de légiférer une excuse que notre culture et nos valeurs semblent demander. En effet, lorsqu'une personne est illicitement attaquée ou menacée d'une attaque imminente et illicite, la société s'attend à ce que l'acte de défense soit nécessaire et proportionné au danger que cette personne court (domaine de l'illicéité); cependant, la société comprend aussi que dans de telles circonstances certaines personnes ne peuvent pas respecter cette norme. Si aucun blâme ne peut être imputé à ces personnes, celles-ci devraient être acquittées. Si un blâme partiel peut être imputé à celles-ci, une peine proportionnelle à ce blâme devrait être imposée. Nous prévoyons que ce point sera éventuellement plaidé pour une accusation de meurtre par le biais de l'art. 7 de la Charte.

713. WALKER, *op. cit.*, note 711, p. 202.