



National Library
of Canada

Acquisitions and
Bibliographic Services Branch

395 Wellington Street
Ottawa, Ontario
K1A 0N4

Bibliothèque nationale
du Canada

Direction des acquisitions et
des services bibliographiques

395, rue Wellington
Ottawa (Ontario)
K1A 0N4

Your file *Votre référence*

Our file *Notre référence*

NOTICE

The quality of this microform is heavily dependent upon the quality of the original thesis submitted for microfilming. Every effort has been made to ensure the highest quality of reproduction possible.

If pages are missing, contact the university which granted the degree.

Some pages may have indistinct print especially if the original pages were typed with a poor typewriter ribbon or if the university sent us an inferior photocopy.

Reproduction in full or in part of this microform is governed by the Canadian Copyright Act, R.S.C. 1970, c. C-30, and subsequent amendments.

AVIS

La qualité de cette microforme dépend grandement de la qualité de la thèse soumise au microfilmage. Nous avons tout fait pour assurer une qualité supérieure de reproduction.

S'il manque des pages, veuillez communiquer avec l'université qui a conféré le grade.

La qualité d'impression de certaines pages peut laisser à désirer, surtout si les pages originales ont été dactylographiées à l'aide d'un ruban usé ou si l'université nous a fait parvenir une photocopie de qualité inférieure.

La reproduction, même partielle, de cette microforme est soumise à la Loi canadienne sur le droit d'auteur, SRC 1970, c. C-30, et ses amendements subséquents.

LÉGITIME DÉFENSE ET THÉORIE

François Lareau

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

Université d'Ottawa/University of Ottawa

© François Lareau, Ottawa, Canada, 1992



National Library
of Canada

Acquisitions and
Bibliographic Services Branch

395 Wellington Street
Ottawa, Ontario
K1A 0N4

Bibliothèque nationale
du Canada

Direction des acquisitions et
des services bibliographiques

395, rue Wellington
Ottawa (Ontario)
K1A 0N4

Your file *Votre référence*

Our file *Notre référence*

The author has granted an irrevocable non-exclusive licence allowing the National Library of Canada to reproduce, loan, distribute or sell copies of his/her thesis by any means and in any form or format, making this thesis available to interested persons.

L'auteur a accordé une licence irrévocable et non exclusive permettant à la Bibliothèque nationale du Canada de reproduire, prêter, distribuer ou vendre des copies de sa thèse de quelque manière et sous quelque forme que ce soit pour mettre des exemplaires de cette thèse à la disposition des personnes intéressées.

The author retains ownership of the copyright in his/her thesis. Neither the thesis nor substantial extracts from it may be printed or otherwise reproduced without his/her permission.

L'auteur conserve la propriété du droit d'auteur qui protège sa thèse. Ni la thèse ni des extraits substantiels de celle-ci ne doivent être imprimés ou autrement reproduits sans son autorisation.

ISBN 0-315-80063-1

Canada



UNIVERSITÉ D'OTTAWA
UNIVERSITY OF OTTAWA

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION

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

PREMIÈRE PARTIE

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

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

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

DEUXIÈME PARTIE

LÉGITIME DÉFENSE ET EXCUSE..... 157

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

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

BIBLIOGRAPHIE..... 308

LISTE DES PRINCIPALES ABRÉVIATIONS

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

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

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

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

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

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

INTRODUCTION

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

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

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

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

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

2. Délimitation du sujet et perspectives de la thèse.

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

on this subject is complex".

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

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

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

9. Sur cette question, voir *infra*, p. 91. Le texte du par. 232(4) est cité *infra*, Annexe "A", p. 289.

10. Pour des études théoriques sur la légitime défense contre une attaque qui a été provoquée, voir M. GUR-ARYE, *Actio Libera in Causa*, Jerusalem, Hebrew University of Jerusalem, 1984; J. HERRMANN, "Causing the Conditions of One's Own Defense: The Multifaceted Approach of German Law", [1986] *B.Y.U.L.Rev.* 747; P.H. ROBINSON, "Causing the Conditions of One's Own Defense: A Study in the Limits of Theory in Criminal Doctrine", (1985) 71 *Virg.L.Rev.* 1.

11. Selon l'art. 36, la provocation comprend "celle faite par des coups, des paroles ou des gestes". L'art. 37, contrairement à l'art. 34, ne prévoit pas expressément qu'il s'agit d'une attaque sans provocation. Nous pouvons cependant prétendre qu'il s'agit d'une attaque sans provocation puisque cette situation est expressément prévue

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

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

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

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

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

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

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

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

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

3(10) Défense de la personne

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

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

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

12. Ci-après C.R.D.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

idées de Fletcher.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Les trois éléments de cette théorie sont :

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

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

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

En bref, on pourrait définir ainsi l'infraction

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

39. La Partie générale des codes pénaux modernes comprend généralement une disposition sur la *mens rea* descriptive applicable aux infractions de la Partie spéciale, par exemple, l'art. 18, al. 1 de la Partie générale du *Code pénal suisse* dans *Les Codes pénaux européens, Nouvelle Collection du Comité de législation étrangère et de droit international*, t. 4, Paris, Centre français de droit comparé, 1971, p. 1923, dispose : "Sauf disposition expresse et contraire de la loi, est seul punissable celui qui commet intentionnellement un crime ou un délit".

40. Ainsi, si une personne tue intentionnellement une autre personne et les faits constitutifs d'une infraction dans la Partie spéciale prévoient : "Quiconque intentionnellement tue une autre personne est puni par [...]", la personne a réalisé les faits constitutifs de l'infraction. Il est inutile dans la Partie spéciale d'un code de répéter à chaque définition d'infraction que la personne "commet une infraction", cela va de soi, tout comme on n'écrit pas "tél." avant chaque numéro dans un annuaire téléphonique.

41. L'al. 266a).

42. Al. 265(1)a) du C.cr.; le par. 265(1) est cité *infra*, Annexe "A", p. 288.

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

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

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

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

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

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

48. Sur la notion de justification, voir HASSEMER, *loc. cit.*, note 20; BYRD, "Wrongdoing and Attribution", *loc. cit.*, note 19; ESER, "Justification and Excuse", *loc. cit.*, note 20; T. LENCKNER, "The Principle of Interest Balancing as a Basis of Justification", [1986] *B.Y.U.L.Rev.* 645.
49. E. BINANVINCE, "The Doctrine of Mens Rea in Germany", dans *Travaux du quatrième colloque international de droit comparé*, Ottawa, Éditions de l'Université d'Ottawa, 1967, 143, p. 144. M. Binavince est un ancien professeur de droit pénal à l'Université d'Ottawa.
50. JESCHECK, *loc. cit.*, note 25, p. 267.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

-
55. Comme nous le verrons *infra*, p. 117, la personne qui invoque la légitime défense doit avoir agi pour se défendre, pour repousser l'attaque ou prévenir celle-ci.
56. Voir aussi *infra*, débutant à la p. 150.
57. FLETCHER, *Rethinking*, *op. cit.*, note 18, pp. 761-762; *contra* HUSAK, *loc. cit.*, note 47. J.P. BISHOP, *Commentaries on the Criminal Law*, 7e éd., vol. 1, Boston, Little, Brown, 1882, p. 526, affirmait déjà au siècle dernier l'existence d'une doctrine générale sur le droit d'aider les autres en légitime défense : "The doctrine here is, that whatever one may do for himself he may do for another".
58. G.P. FLETCHER, "Excuse: Theory", dans *Encyclopedia of Crime and Justice*, *op. cit.*, note 34, vol. 2, 724, p. 727.

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

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

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

factors⁶² .

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

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

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

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

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

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

64. *Id.*, p. 727.

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

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

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

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

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

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

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

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

68. *Ibid.*

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

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

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

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

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

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

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

70. *Id.*, p. 727.

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

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

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

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

-
73. J. FORTIN et L. VIAU, *Traité de droit pénal*, Montréal, Thémis, 1982, p. 70.
74. *Id.*, p. 195.
75. *Ibid.*
76. *Id.*, p. 198. G. CÔTÉ-HARPER, A.D. MANGANAS, et J. TURGEON, *Droit pénal canadien*, 3e éd., Cowansville, Blais, 1989, p. 436, sont d'avis que la distinction doit être maintenue. Mais voir D. STUART, *Canadian Criminal Law: A Treatise*, 2e éd., Toronto, Carswell, 1987, pp. 388-391 [ci-après *Canadian Criminal Law*] qui n'est pas favorable à la distinction; de même, COLVIN, "Exculpatory Defences in Criminal Law", *loc. cit.*, note 18, p. 382, soutient : "criminal law would be better without the distinction".
77. L'expression latine *mens rea* a deux sens. La *mens rea* dite "descriptive", décrit des états d'esprit comme l'intention ou l'insouciance ou se réfère à la négligence. Certains juges aiment mieux employer l'expression "faute" que l'expression "*mens rea*" dans le sens d'état d'esprit pour décrire la négligence, voir *R. c. Wholesale Travel Group Inc. and Chedore*, (1991) 130 N.R. 1 (C.S.C.). Dans cet arrêt l'expression "faute" est aussi utilisée pour décrire l'intention, insouciance et l'aveuglement volontaire. La *mens rea* dite "normative" se réfère à une notion de blâme à un reproche de faute. Il ne faut pas ici confondre la "faute" dans le reproche de faute de la *mens rea* dite "normative" avec l'expression "faute" utilisée pour décrire l'intention, l'insouciance, l'aveuglement volontaire et la négligence.

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

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

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

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

79. *Id.*, p. 38.

80. *Ibid.*

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

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

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

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

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

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

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

85. *Ibid.*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

96. *Précité*, note 26.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Passons maintenant à la troisième condition, le blâme qui est nié par une excuse. L'arrêt *Renvoi sur la Motor Vehicle Act (C.-B.)*¹⁰⁵, établit, en vertu de l'art. 7 de la *Charte*¹⁰⁶, l'exigence constitutionnelle d'une *mens rea*, lorsque l'infraction prévoit une peine d'emprisonnement. Dans cet arrêt, le juge Lamer explique qu'une "loi qui permet de déclarer coupable une personne qui n'a véritablement rien fait de mal viole les principes de justice fondamentale"¹⁰⁷ et "qu'un innocent ne doit pas être puni"¹⁰⁸.

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

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

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

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

108. *Id.*, p. 513.

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

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

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

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

110. *Ibid.*

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

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

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

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

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

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

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

116. Voir *infra*, p. 211.

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

L'affaire *Bergstrom c. La Reine*¹¹⁸ démontre que l'excuse n'est considéré qu'après qu'il a été prouvé que l'accusé a "commis l'infraction". Au nom de la Cour, le juge McIntyre explique que l'excuse de contrainte par menaces de l'art. 17 du C.cr. ne pouvait "être accueilli[e] que s'il est établi que l'accusé a, de fait, véritablement commis l'infraction. Lorsque ce moyen de défense s'applique, l'accusé est excusé d'avoir commis l'infraction"¹¹⁹. Selon nous, il faut interpréter l'expression "a [...] commis l'infraction" comme signifiant que l'accusé a réalisé les faits constitutifs de l'infraction et qu'il ne pouvait invoquer aucune justification.

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

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

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

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

120. Précité, note 22.

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

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

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

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

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

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

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

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

124. *Id.*, p. 419.

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

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

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

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

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

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

-
128. GREEN, "The Jury", *loc. cit.*, note 123, pp. 419-426. En 1278, le *Statute of Gloucester*, 6 Edw. I, c. 9 établit la procédure pour l'obtention du pardon en cas de légitime défense. La personne était cependant emprisonnée jusqu'à l'obtention du pardon. C'est le chancelier qui signe la "Charter of Pardon"; au début, celui-ci consulte le roi mais éventuellement, le chancelier signera ceux-ci sans consulter le roi, voir HAWKINS, *op. cit.*, note 121, vol. 2, p. 381 et C.U. MENON, éd., *Aiyar & Anand's Law of Private Defence*, 2^e éd., Allahabad (Indes), Law Book Company, 1964, p. 7.
129. GREEN, *id.*, pp. 425 et 455. W. BLACKSTONE, *Commentaries on the Laws of England*, vol. 4, *Of Public Wrongs* (1769), Chicago, University of Chicago Press, 1979, p. 188, écrit que les biens pouvaient être remis : "[...] the delinquent has now, and has had as early as our records will reach, a pardon and writ of restitution of his goods as a matter of course and right, only paying for suing out the same".
130. H.J. BERMAN dans *Law and Revolution*, Cambridge (Massachusetts), Harvard University Press, 1983, p. 18 rapporte que Maitland a dit à l'un de ses cours en 1888: "English lawyers have for the last six centuries exaggerated the uniqueness of our legal history...I know

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

livre de Bernard de Pavie.

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

in their mansions [...] ¹⁴⁹".

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

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

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

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

Crown Law" nomment "Justifiable Homicide¹⁶⁰". Il définit ainsi la "Justifiable Self-Defence" :

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

Foster décrit l'autre forme de "Self-Defence" comme étant "Culpable and through the Benignity of the Law Excusable¹⁶²" et appelle celle-ci : "Homicide se Defendendo upon Chance-medley¹⁶³". Pour Foster, l'expression "Chance-medley" doit être entendue comme "a sudden casual Affray Commenced and Carried on in the heat of Blood¹⁶⁴", de telle sorte que "Homicide se Defendendo upon Chance-medley" signifie :

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

160. *Ibid.*

161. *Ibid.*

162. *Id.*, p. 275.

163. *Ibid.*

164. *Id.*, p. 276.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

178. *Ibid.*

Commission modifiée¹⁷⁹ considérablement les dispositions sur la défense de la personne du projet de loi de 1878. Les modifications sont dues au président de la Commission, Lord Blackburn¹⁸⁰, mais le rapport ne contient pas les motifs de ces changements¹⁸¹. Le Procureur général, Sir John Holker, explique¹⁸² plus tard que celles-ci sont une "amplification"¹⁸³ du sujet.

Les Commissaires expliquent dans leur rapport l'effet d'employer l'expression "justified" dans les dispositions sur la légitime défense dans le *English Draft Code* : "[the effect] would be not only to relieve him from punishment, but also to afford him a statutable defence against a civil action for what he had done"¹⁸⁴. Nous reviendrons¹⁸⁵ sur le chevauchement

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

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

Les articles sur la légitime défense du *English Draft Code* sont adoptés presque textuellement au Canada dans le *Code criminel, 1892*¹⁸⁶. Une seule modification législative importante et concernant l'art. 37 a été apportée depuis à ces articles. Dans le *Code criminel révisé de 1955*¹⁸⁷, les mots "accompagnée d'insultes" qui apparaissaient dans l'ancienne disposition¹⁸⁸ sont supprimés. Cette modification avait été proposée par la Commission chargée de la révision du *Code criminel*. Martin, juriste de cette Commission, explique que la disposition d'avant 1955 "appears to be grounded in the distinction between assault and battery [...]"¹⁸⁹ et que l'élimination de ces mots "will overcome the impression that in a case of assault the one who

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

185. Voir *infra*, p. 133.

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

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

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

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

strikes the first blow is the guilty party¹⁹⁰".

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

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

190. *Ibid.*

PREMIERE PARTIE

LÉGITIME DÉFENSE ET JUSTIFICATION

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

Chapitre I

Les fondements philosophiques

de la légitime défense comme justification

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

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

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

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

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

Section I. Le droit naturel

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

205. *Id.*, p. 109.

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

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

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

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

208. *Id.*, p. 19.

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

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

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

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

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

-
211. H. GROTIUS, *Le droit de la guerre et de la paix*, trad. par J. Barbeyrac, Caen, Université de Caen, Centre de philosophie politique et juridique, 1984 (réimpression de: Amsterdam, P. de Coup, 1724), tome 1, livre 2, ch. 1er, § 3, p. 208.
212. *Id.*, t. 1, chap. 1, § 10, pp. 48-49.
213. S. PUFENDORF, *Les Devoirs de l'homme et du citoyen: tels qu'ils lui sont prescrits par la loi naturelle*, t. 1, trad. par J. Barbeyrac, 6e éd., Caen, Centre de philosophie politique et juridique, Université de Caen, 1984 (réimpression de l'édition : Londres, Nourse, 1741), chap. XXI, p. 175 : "Le même droit que nous avons dit que chacun a pour la défense de sa vie contre un injuste Agresseur, on l'a aussi pour la défense de son corps [...]".
214. S. PUFENDORF, *De Jure Naturae Et Gentium Libri Octo*, vol. 2, *The Translation of the edition of 1688* par C.H. Oldfather and W.A. Oldfather, Oxford, The Clarendon Press,

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

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

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

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

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

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

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

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

218. *Id.*, p. 125.

219. *Ibid.*

220. *Id.*, p. 126.

221. *Ibid.*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Article 2

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

235. *Ibid.*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

-
243. G. FASSO, *Histoire de la Philosophie du droit, XIXe et XXe siècles*, Paris, L.G.D.J., 1976, p. 60, signale qu'après "[...] sa nomination à l'université de Berlin, d'où de sa chaire il domina complètement la culture allemande de l'époque [...]".
244. D'ENTRÈVES, *op. cit.*, note 193, p. 72.
245. G. VIDAL et J. MAGNOL, *Cours de droit criminel et de science pénitentiaire*, 9e éd., t. 1, *Droit pénal général - science pénitentiaire*, Paris, Éditions Rousseau, 1949, p. 356.
246. DONNEDIEU DE VABRES, *op. cit.*, note 131, p. 229, "citant" G.W.F. HEGEL, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, § 127 (la "citation" de Donnedieu de Vabres nous semble fautive en ce qu'elle ne se rapporte pas au paragraphe 127 mais semble plutôt être un résumé de la pensée d'Hegel exprimé à son paragraphe 97). On a qualifié cette doctrine de Hegel, de "doctrine de la nullité de l'injustice", voir VIDAL et MAGNOL, *ibid.*
247. RÉGNIER, *op. cit.*, note 1, p. 68.

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

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

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

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

En effet, cette théorie de justice absolue peut difficilement admettre une condition de proportionnalité entre l'attaque et la riposte, c'est-à-dire dans "le rapport de valeurs des intérêts concernés"²⁵¹. En effet, une telle condition apparaît contraire à la logique du fondement. Fletcher fait mention d'un arrêt du Tribunal d'Empire allemand en matière pénale rendu en 1920 où l'on a décidé que "the general principle of vindicating the Legal Order would justify shooting and killing an apple thief on the run if that was the only way to stop him"²⁵². L'art. 32 du Code pénal allemand²⁵³ de 1975 n'a pas remédié à ce problème. Néanmoins, cette position rigide est maintenant tempérée par la jurisprudence et la doctrine allemande²⁵⁴.

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

-
251. JESCHECK, "Droit pénal", *loc. cit.*, note 25, p. 270. LOGOZ, *op. cit.*, note 37, pp. 171-172, sans faire allusion directement à l'explication allemande mais discutant l'opinion que l'on "peut faire à l'agresseur tout le mal nécessaire pour que force reste au droit", affirme : "Cette manière de voir a cependant quelque chose de choquant; ce n'est pas tout à fait sans raison qu'on l'a qualifiée de 'morale d'assassin'".
252. *Rethinking*, *op. cit.*, note 18, p. 871.
253. *Collection des codes pénaux européens*, *op. cit.*, note 83, art. 32, p. 338 et cité *infra*, Annexe "A", p. 291.
254. JESCHECK, "Droit pénal", *loc. cit.*, note 25, p. 270; voir aussi FLETCHER, "The Psychotic Aggressor", *loc. cit.*, note 249, pp. 381-382; du même auteur, *Rethinking*, *op. cit.*, note 18, pp. 870-874; GRAFF, *loc. cit.*, note 248, pp. 30-31.

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

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

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

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

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

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

Section III. La comparaison des intérêts²⁵⁹ juridiques en conflit

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

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

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

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

ne présentant donc aucune culpabilité²⁶².

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

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

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

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

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

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

La terminologie employée par le Professeur Archibald

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Chapitre II

Les conditions d'exercice de la légitime défense

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

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

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

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

Section I. L'attaque illicite

Paragraphe 1. L'attaque

A. Théorie

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

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

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

-
273. On peut aussi employer l'expression "agression". La C.R.D., *Droit pénal : Partie générale*, op. cit., note 13, pp. 119 et 121 avait proposé le mot "agression" pour remplacer l'expression "illégalement attaquée" à l'art. 34 du C.cr.
274. G. WILLIAMS, *Criminal Law: The General Part*, 2e éd., Londres, Stevens, 1961, p. 733 [ci-après *Criminal Law*]. P. MORIAUD, *De la justification du délit par l'état de nécessité*, Genève, Burkhardt, 1889, p. 35, écrit : "l'état de légitime défense n'est qu'un état de nécessité privilégié".
275. Sur les différences, voir : LOGOZ, op. cit., note 37, pp. 169 et 175-176. On retrouve aussi des exposés dans MORIAUD, *id.*, pp. 34-43 et P. FORIERS, *De l'état de nécessité en droit pénal*, Bruxelles, Bruylant, 1951, pp. 212-213.

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

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

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

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

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

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

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

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

comme l'explique Logoz :

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

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

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

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

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

282. *Ibid.*

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

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

defendant from the need to resort to self-defense²⁸⁵.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

290. *Ibid.*

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

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

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

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

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

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

B. Code criminel et Projet de code pénal

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

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

Dans la décision R. c. *Chivers*, le juge De Weerdts explique la portée de l'art. 34 : "This section, it seems to me, requires that there be an actual assault in progress and that the accused's actions be carried out in 'repelling' the assault"²⁹⁶.

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

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

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

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

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

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

partie³⁰² et dont l'autre partie se lit ainsi :

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

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

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

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

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

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

303. Anon., précité, note 225.

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

305. Précité, note 4, p. 15.

306. Précité, note 295, p. 133.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

313. Précité, note 22.

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

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

-
314. Le ministre de la justice, Sir Thompson, Canada, *Debates of the House of Commons*, vol. 34, col. 1312 (12 avril 1892) les mentionnait : " [...] the draft code prepared by the Royal Commission in Great Britain in 1880, on Stephens' [sic] *Digest of the Criminal Law*, the edition of 1887, Burbidge's *Digest of the Canadian Criminal Law of 1889*, and the *Canadian Statutory Law*".
315. G.W. BURBIDGE, *A Digest of the Criminal Law of Canada (Crimes and Punishments)*, Toronto, Carswell, 1980 (réimpression de : Toronto, Carswell, 1890), art. 309, p. 240.
316. STEPHEN, *Digest*, *op. cit.*, note 101.
317. *Id.*, art. 241, p. 184 (nous ne citons que la partie pertinente). Voir aussi l'al. 161(d) rédigé par Stephen et portant sur la définition de l'"assault" dans le P.L. 178, *Criminal Code (Indictable Offences)*, 1878, précité, note 175, p. 85.
318. CRIMINAL CODE BILL COMMISSION, *op. cit.*, note 170 (nous avons souligné).

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

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

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

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

320. Cité, *supra*, p. 5.

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

322. *Ibid.* (nous avons souligné).

personne contre une attaque visant sa liberté.

Paragraphe 2. L'illicéité

A. Théorie

L'attaque ou la menace d'une attaque imminente doit être "objectivement³²³" illicite ou contraire au droit. En 1879, les commissaires de la Criminal Code Bill Commission soulignaient le caractère "illégal" de la violence : "We take one great principle of the common law to be, that [...] it sanctions the defence of a man's person, liberty, and property against illegal violence [...]"³²⁴.

Plusieurs règles découlent de cette condition d'illicéité. D'abord, comme l'affirme Logoz : "Il n'y a [...] pas de légitime défense contre celui qui emploie la force en usant de son droit³²⁵". Ensuite, il ne peut y avoir de légitime défense à la légitime défense³²⁶. Enfin, comme l'explique Yotopoulos-Marangopoulos : "il peut exister une légitime défense contre l'excès de légitime défense³²⁷". En effet, celui qui excède son droit, agit alors sans droit et son acte de défense

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

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

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

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

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

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

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

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

B. Code criminel et Projet de code pénal

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

exigeant que l'attaque imminente soit illégale³²⁸.

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

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

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

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

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

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

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

334. Ce paragraphe correspond au par. 176(4) du *English Draft Code de 1879* dans le rapport de la CRIMINAL CODE BILL COMMISSION, *op. cit.*, note 170, p. 269. La note marginale à ce paragraphe se lit : "It is doubtful whether this does not alter the present law. *R. c. Hood* 1 Moo. C.C. 281. If it does, it is the only case in which the Draft Code makes that murder which is not murder at present".

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

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

-
335. (1981) 64 C.C.C. (2d) 119 (C.A. Ont.), p. 127, autorisation d'appeler à la Cour suprême du Canada refusée (1982) 42 N.R. 175. Dans l'affaire *R. c. Barron*, (1984) 39 C.R. (3d) 379 (H.C.J. Ont.), infirmé sur un autre point (1985) 48 C.R. (3d) 334 (C.A. Ont.), p. 388, le juge Ewaschuk exige pour qu'un acte qui est un "tort" de négligence commis dans des circonstances dangereuses soit un "acte illégal", que ce "tort" constitue une infraction de négligence criminelle causant la mort ou des lésions corporelles au sens du Code criminel.
336. *Digest, op. cit.*, note 101, p. 151, art. 210 portant sur "Accidental infliction of bodily injury by lawful act - What acts are lawful".
337. L'art. 13 du C.cr. sur la minorité pénale dispose que l'enfant de moins de 12 ans ne "peut être déclaré coupable d'une infraction". Le par. 16(1) du C.cr. sur l'aliénation mentale prévoit qu'un aliéné "ne peut être déclaré coupable".

oui.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

-
344. BINA VINCE, *op. cit.*, note 49, p. 153 (note de l'auteur omise). Binanvince, *id.*, p. 152, donne cette opinion dans le contexte des questions suivantes : "Who are capable of committing a crime intentionally? Can an irresponsible person or an insane [person] intend to commit a crime?"
345. [1986] V.R. 515 (S.C.).
346. YEO, *op. cit.*, note 269, p. 94.
347. Par exemple, CÔTÉ-HARPER, MANGANAS, et TURGEON, *op. cit.*, note 76, p. 439.
348. Par exemple, FORTIN et VIAU, *op. cit.*, note 73, p. 169.
349. *R. c. Chaulk*, précité, note 89, p. 1320 (juge Lamer).
350. Dans l'arrêt *R. c. Chaulk*, *id.*, pp. 1319-1320, le juge Lamer explique que selon la common law, il y avait une présomption irréfutable que l'enfant de moins de 7 ans n'avait pas la capacité de former une intention criminelle;

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

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

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

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

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

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

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

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

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

353. Cité *supra*, p. 5.

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

355. *Ibid.*

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

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

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

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

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

358. *Supra*, p. 23.

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

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

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

Section II. Un acte de défense nécessaire

Paragraphe 1. Théorie

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

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

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

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

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

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

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

attain its object"³⁶³.

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

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

L'évaluation de l'acte de défense nécessaire nous

363. A.V. DICEY, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, 8e éd., Londres, MacMillan, 1920, p. 490.

364. FLETCHER, *A Crime of Self-Defense*, op. cit., note 192, pp. 23-24. S.M.H. YEO, "Commentary", (1990) 14 *Crim.L.J.* 358, p. 359, écrit : "Necessity in the context of defensive response should denote the minimum or least harmful response required by the accused to counter the threatened danger". P. ROBERT, *Le Petit Robert 1*, Paris, Le Robert, 1988, p. 1261, définit ainsi le mot "nécessaire" : "Se dit d'une condition, d'un moyen dont la présence ou l'action rend seule possible une fin ou un effet".

365. G. LEVASSEUR, *L'emploi de la force en matière de maintien de l'ordre et de fonctionnement de la justice répressive*, Cours de droit criminel approfondi, Enseignement de doctorat en droit criminel, Université d'Ottawa, 1967-68, p. 41.

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

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

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

-
367. Nous nous inspirons ici du passage que nous venons de citer de Jescheck et de passages dans H.-H. JESCHECK, *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, 4e éd., Berlin, Duncker & Humblot, 1988, pp. 314 et 442.
368. Par exemple, il n'est pas nécessaire pour un colosse expert en karaté d'utiliser une arme à feu contre l'attaque d'une personne de faible taille qui va se servir de ses poings. Le colosse peut utiliser sa force physique et son art.
369. Par exemple, un individu a tué d'une balle au coeur, une personne qui l'attaquait avec un bâton de base-ball; cette personne aurait-elle pu, au lieu et compte-tenu des circonstances, tirer un coup de semonce ou viser les jambes de l'agresseur?
370. Voir : l'arrêt *State c. Wanrow*, 559 P.2d 548 (Wash. 1977) discuté dans *R. c. Lavallee*, précité, note 299, pp. 874-875; E.M. SCHNEIDER, "Equal Rights to Trial For Women: Sex Bias in the Law of Self-Defense", (1980) 15 *Harv. C.R.-C.L. L.Rev.* 623, pp. 631-632.

feat which few women can accomplish³⁷¹".

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

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

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

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

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

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

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

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

Cependant, si l'attaquant est un enfant ou un faible d'esprit par exemple, il n'y aurait aucun déshonneur pour l'agressé à retraiter si cette retraite peut s'effectuer en toute sécurité.

Eser explique une limitation à la légitime défense que l'on retrouve en Allemagne : "[...] the defender's duty of stepping aside if he can thus evade the attack without losing face [...]"³⁷⁶. De même, Jescheck écrit :

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

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

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

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

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

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

Paragraphe 2. Code criminel et Projet de code pénal

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

(1) He caused death or grievous bodily harm under a *reasonable apprehension* of death or grievous bodily harm, and

(2) He *believed on reasonable and probable grounds* that could not otherwise preserve himself from death or grievous bodily harm³⁸⁷.

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

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

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

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

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

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

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

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

-
388. Comme exemple, voir *R. c. Ogal*, (1928) 50 C.C.C. 71 (Alta. S.C. App.Div.), pp. 73-74 : "It was, of course, not possible for him to measure with nicety just the amount of force necessary to protect himself, under all the attendant circumstances".
389. *Brown c. United States*, 256 U.S. 335 (1921).
390. Précité, note 299, p. 888.
391. (1978) 4 C.R. (3d) 190 (C.A. Ont.), p. 192. Dans l'arrêt *R. c. Deegan*, [1979] 6 W.W.R. 97 (C.A. Alb.), p. 123, le juge Harradence affirme : "Even if the appellant were not in his home, I do not accept that retreat is imperative if a defence of self-defence is to be relied on [...]".
392. 1986) 2 Q.A.C. 253, p. 263. La note suivante est le numéro 394.

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

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

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

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

excessive.

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

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

Paragraphe 1. Théorie

Fletcher explique ainsi cette condition :

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

401. *Id.*, p. 213.

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

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

Paragraphe 2. Code criminel et Projet de code pénal

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

du C.cr. Dans l'arrêt R. c. Imbeau⁴¹¹, le juge décide que le jury pouvait conclure à des lésions corporelles graves dans le cas où l'accusé avait infligé à sa victime trois coups de couteau à l'abdomen, ces blessures ayant une profondeur de 5 à 6 centimètres.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Paragraphe 1. Théorie

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

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

418. Voir *infra*, p. 142.

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

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

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

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

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

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

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

423. Voir *supra*, p. 111.

424. Nous avons souligné.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

[...]

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

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

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

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

irrelevant to criminal responsibility⁴³⁴.

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

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

On entend ordinairement par *motif* la raison d'un acte; c'est-à-dire, l'ensemble des considérations rationnelles qui le justifient. [...] On notera que le motif se caractérise [...] comme une appréciation objective de la situation⁴³⁹.

434. *Id.*, pp. 832-833.

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

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

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

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

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

Ce philosophe explique ainsi le "mobile" :

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

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

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

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

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

intention⁴⁴¹.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Paragraphe 2. Code criminel et Projet de code pénal

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

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

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

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

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

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. Baxter*⁴⁸¹, 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 255, 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 réfléchissons 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* 546, 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 circumstances"⁵⁶⁴ 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 justice 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 allemand⁵⁶⁸ 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 "negligence" 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) étayent 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)b⁶¹².

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 grave"⁶¹³. 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 droit"⁶⁴¹ 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 Approvisionnements 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 mess"⁶⁶¹. 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 right⁶⁶⁴".

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'acquiescement 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.

requis 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. Faid*, 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 canonique*⁷⁰⁰.

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'es. 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 "illégale" 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.

Chapitre III

"Syndrome de la femme battue" et situations de non-confrontation

Dans la première partie de notre travail, nous avons avancé comme une des conditions pour l'exercice de la légitime défense comme justification, l'exigence d'une attaque illicite ou la menace d'une attaque illicite et imminente. Cette condition mérite d'être analysée plus à fond, suite à l'arrêt R. c. *Lavallee*⁷¹⁴, et pour certains cas particuliers où des femmes présentant les caractéristiques du "syndrome de la femme battue" tuent leur mari.

Selon Boisvert, l'expression "syndrome de la femme battue" indique "[...] essentiellement l'ensemble des caractéristiques présentes chez les femmes soumises à une violence répétée pendant une période de temps relativement longue⁷¹⁵". Au coeur du syndrome de la femme battue se trouve

714. Précité, note 299.

715. A.-M. BOISVERT, "Légitime défense et le 'syndrome de la femme battue' : R. c. *Lavallée*", (1991) 36 *McGill L.J.* 191, p. 192 [ci-après "Légitime défense"]. Ces caractéristiques sont psychologiques.

deux théories centrales selon les écrits sur le sujet⁷¹⁶. La première théorie développée par Walker, soit le caractère cyclique de la violence, se compose de trois phases distinctes : "(1) l'accroissement de la tension, (2) l'incident de violence grave et (3) la contrition assortie de manifestation d'amour⁷¹⁷"; la deuxième théorie, l'état d'impuissance acquise, adaptée par Walker est résumée ainsi par Cipparone :

As applied to wife beating, the theory of learned helplessness predicts that a woman who is repeatedly beaten by her male companion will eventually accept the battering behavior as unavoidable and thus will develop a feeling of helplessness. Once this feeling of helplessness takes root, the battered woman frequently generalizes her inability to

-
716. En plus des deux théories que nous mentionnons ici, le juge Wilson dans *R. c. Lavallee*, précité, note 299, pp. 886-887, explique la théorie du phénomène des liens affectifs nés du traumatisme et décrit par C.P. Ewing, *Battered Women Who Kill. Psychological Self-Defense as Legal Justification*, Lexington (Mass.), Lexington Books, 1987, pp. 19-20. Selon le juge Wilson, *id.*, p. 886, cette théorie serait connexe à la théorie de l'état d'impuissance acquise. Ce phénomène expliquerait que de nombreuses femmes sont psychologiquement incapables de quitter leur mari violent. Précisons qu'Ewing explique, *id.*, p. 19, que cette idée des "liens affectifs nés du traumatisme" est une explication psychologique, alternative et connexe à une théorie qui nous semble être le cycle de violence et non la théorie d'un état d'impuissance acquise comme le mentionne le juge Wilson.
717. L.E. WALKER, *The Battered Woman Syndrome*, New York, Springer, 1984, p. 95, cité et traduit dans *R. c. Lavallee*, précité, note 299, p. 879 (juge Wilson); aux pp. 877-880, le juge Wilson explique en détail cette théorie. Pour une critique de la validité des conclusions des chercheurs de sciences sociales, en particulier du Dr Walker, voir D.L. FAIGMAN, "The Battered Woman Syndrome and Self-Defense: A Legal and Empirical Dissent", (1986) 72 *Virg.L.Rev.* 619, pp. 636-643. Faigman, *id.*, p. 631, écrit : "The legal scholarship in this area seems to accept uncritically the conclusions of the social science researchers, with little regard for the reliability of the methods employed in arriving at these conclusions".

control the beatings into a feeling of helplessness with regard to all aspects of her relationship with the batterer. The process of victimization experienced by a battered woman may be perpetuated to the point of psychological paralysis: even where options of escape or avoidance exist, the woman may be unable to act on or even perceive the existence of such options⁷¹⁸.

Afin d'alléger le texte, nous utiliserons l'expression "femme battue" pour décrire ce cas type visé par ces deux théories⁷¹⁹.

Il nous semble également évident de dire que toutes les femmes qui ont été l'objet de violence conjugale ne deviennent pas toutes des victimes d'un état d'impuissance acquise au stage de la paralysie psychologique dont fait mention Cipparone. Certaines de ces femmes réussissent à mettre fin à cette violence, en cessant leur vie commune⁷²⁰ avec leurs agresseurs ou en corrigeant la situation avec une intervention extérieure, par

-
718. R.C. CIPPARONE, "The Defense of Battered Women Who Kill", (1987) 135 *U. of P.L.Rev.* 427, p. 432 (notes de l'auteur omises); voir aussi sur cette théorie, R. c. *Lavallee*, *id.*, pp. 884-886 et 888 (juge Wilson). Les écrits sur la femme battue sont des plus nombreux, voir T.J. WATTS, *Justifiable Homicide or Manslaughter: The Battered Woman Defense in Murder Trials, A Bibliography*, Monticello, Vance Bibliographies, 1989.
719. Notons cependant que le juge Wilson dans l'arrêt *Lavallee*, *id.*, p. 880 explique que "Walker définit comme battue une femme qui a vécu au moins deux fois le cycle de violence".
720. On retrouve un exemple dans l'arrêt R. c. *Inwood*, (1989) 48 C.C.C. (3d) 173 (C.A. Ont.), p. 184 : "[...] the case before this court is not a 'battered wife' case [...] It might in time have developed into one if the relationship between Inwood and Sidorova had not terminated". Dans cet arrêt, Sidorova fait appel à la police après que son mari Inwood l'ait battue.

exemple, le système judiciaire, ou une aide extérieure, telle, les maisons d'hébergement⁷²¹ ou les groupes de soutien⁷²². Enfin, bien que nous parlons de "femme battue", mentionnons que la violence conjugale n'est pas toujours infligée par l'homme et que la "[...] violence envers les maris existe mais ne constitue pas un problème aussi grave que la violence faite aux femmes⁷²³".

-
721. Aux dernières informations, il y aurait plus de 300 de celles-ci au Canada, voir GOUVERNEMENT DU CANADA, *Violence familiale, Document sur la situation*, Ottawa, Santé et Bien-être social Canada, 1991, p. 1.
722. FAIGMAN, *loc. cit.*, note 717, p. 641, explique que toutes les femmes ne sont pas toujours passives face à la violence: "Learned helplessness theory describes a pattern of essentially passive behavior, and, as Gelles and Cornell, note 'Most battered women are far from passive', Gelles & Cornell, *supra* note 1 at 77. Indeed, women subject to constant abuse assert themselves in many ways; they 'call the police, they go to social workers or mental agencies, they flee to shelters or to homes of friends or parents.' *Id.*" La note 1 de Faigman se lit en partie: "R. Gelles et C. Cornell, *Intimate Violence in Families* 63-81 (1985) [...]".
723. L. MACLEOD, *Espoirs et déceptions dans le domaine des femmes battues: progrès, dilemmes et perspectives de prévention*, Ottawa, Centre national d'information sur la violence dans la famille, 1989, p. 56. Il semble que le pourcentage soit de 5%, voir Canada, Chambre des communes, Comité permanent de la Santé et du Bien-être social, des Affaires sociales, du Troisième âge et de la Condition féminine, *Premier rapport du sous-comité sur la condition féminine, La Guerre contre les femmes*, Ottawa, Imprimeur de la Reine, 1991, p. 9 (Présidence: B. Greene). Dans Canada, Ministère de la Justice Canada, Évaluation & Statistiques, *Description de l'évolution de la partie positive du Code criminel canadien 1892-1955*, Document de travail par Y. Dandurand, Ottawa, 1982 aux 683-685, on rapporte qu'en 1909, lors des débats à la Chambre des communes portant sur un projet de loi voulant amender le Code criminel pour créer une nouvelle infraction de se livrer à des voies de fait contre son épouse ou une autre femme, un ou deux députés demandent si cette même protection ne devrait pas être accordée au mari battu par sa femme. Selon Dandurand, *id.*, pp. 684-685: "À cette dernière question qu'apparemment peu de députés prennent au sérieux, l'on se contente de répondre que 'l'homme qui,

La première section de ce chapitre sera consacrée à une critique⁷²⁴ de deux points importants portant sur l'analyse de la légitime défense par le juge Wilson dans l'arrêt *R. c. Lavallee*. Rappelons ici les faits de cet arrêt :

L'appelante [Lavallee], une femme battue qui se trouvait dans une union de fait instable, a tué son conjoint de fait [Rust], tard une nuit, en tirant sur lui et en l'atteignant à la partie postérieure de la tête, alors qu'il quittait sa chambre. L'incident a eu lieu à la suite d'une dispute au cours de laquelle l'appelante avait été maltraitée physiquement et craignait pour sa vie parce que son conjoint de fait l'avait menacée de la tuer si elle ne le tuait pas en premier. Elle avait souvent été victime de sa violence et, à ces occasions, avait inventé des excuses pour expliquer ses blessures au personnel médical. Un psychiatre ayant à son actif une très grande expérience du traitement de femmes battues a fait une évaluation psychiatrique de l'appelante qui a été utilisée à l'appui de la légitime défense. Il a expliqué la terreur constante de l'appelante, son incapacité de s'échapper malgré la violence de sa situation et les mauvais traitements systématiques et continus qui mettaient sa vie en danger. Dans son témoignage, il a expliqué qu'à son avis, le fait pour l'appelante de tirer sur son conjoint de fait était l'ultime acte désespéré d'une femme qui croyait sincèrement qu'elle serait tuée cette nuit-là. Dans sa déposition, il a relaté bien des choses que lui avaient racontées l'appelante, à l'égard desquelles il n'y avait aucun élément de preuve admissible. Elle n'a pas témoigné au procès⁷²⁵.

s'étant rendu chez lui, a été battu par sa femme, mérite d'être battu une deuxième fois s'il commet la folie de remettre les pieds au logis' (*idem*, [Débats, Chambre des communes 1909] col. 595)".

724. Nous avons déjà présenté nos commentaires sur le problème de l'otage, soulevé par le juge Wilson, voir *supra*, débutant p. 86.
725. *R. c. Lavallee*, précité, note 299, pp. 852-853 (résumé de l'arrêt).

Lavallee est acquittée par le jury après avoir plaidé la légitime défense. La Cour d'appel⁷²⁶ ordonne un nouveau procès. L'affaire, devant la Cour suprême du Canada, porte principalement⁷²⁷ sur l'admissibilité de la preuve d'un expert sur le syndrome de la femme battue et sur les directives du juge au jury sur cette preuve. Le jugement principal de la Cour suprême du Canada, rendu par le juge Wilson⁷²⁸, comporte une étude du par. 34(2).

Dans la section suivante, nous examinerons pourquoi les cas particuliers de non-confrontation, où une femme battue tue son époux, ne peuvent être justifiés et enfin, dans la dernière section, nous avancerons comme solution possible à ces cas, l'état de nécessité en tant que cause d'excuse.

Afin de dissiper tout doute sur notre position concernant l'arrêt *Lavallee*, disons immédiatement que nous sommes d'accord avec le résultat de ce procès, soit l'acquittement de *Lavallee*.

726. *R. c. Lavallee*, (1988) 44 C.C.C. (3d) 113 (C.A. Man.).

727. Sur ces aspects du jugement, voir R.J. DELISLE, "Lavallee: Expert Opinion Based on 'Some Admissible Evidence' - Abbey Revisited", (1991) 76 C.R. (3d) 366.

728. Le juge Sopinka rend un jugement séparé en souscrivant seulement à la conclusion du juge Wilson et en ajoutant quelques commentaires sur l'interprétation d'un arrêt antérieur. On peut se demander si la considération par le juge Wilson dans son jugement d'écrits relevant de la preuve d'experts (Walker, pp. 879-880; Blackman, p. 881; Ewing, pp. 886-887) et non en preuve n'a pas incité le juge Sopinka à circonscrire ainsi son jugement.

Section I. Critique de certains aspects de la décision du juge Wilson dans l'arrêt Lavallee

Dans cette section, nous critiquerons deux aspects du jugement du juge Wilson. Ensuite, nous apporterons quelques réflexions à partir de ces critiques.

Paragraphe 1. L'omission de considérer le par. 34(1)

Le jugement du juge Wilson est surprenant sur un point important : il ne comporte aucune discussion du par. 34(1) du *C.cr.* qui dispose notamment que "Toute personne illégalement attaquée sans provocation de sa part est fondée à repousser la violence par la violence [...]"⁷²⁹. Seul le par. 34(2) est considéré comme pertinent par le juge Wilson⁷³⁰.

Au procès de *Lavallee*, le juge de première instance avait instruit le jury sur le par. 34(1) et le par. 34(2) comme le démontre le *Case on Appeal*⁷³¹ comprenant la transcription du procès et un article⁷³² de Me Greg Brodsky, l'avocat de *Lavallee*.

729. Nous avons souligné.

730. *R. c. Lavallee*, précité, note 299, p. 869, le juge Wilson ne cite que le par. 34(2) sous le titre "Les dispositions législatives pertinentes".

731. *R. c. Lavallee, Case on Appeal*, dossier de la Cour suprême du Canada, no 21022, vol. 6, pp. 1095-1106, 1135-1136, 1175-1180, 1186-1187 et 1198-1199.

732. G. BRODSKY, "Battered Spouse Syndrome A Defence Counsel's Perspective", (1987) 5 *Crown Counsel's Review* 1, p. 3.

Le juge au procès ne donna aucune directive sur l'art. 37⁷³³.

L'acquiescement de Lavallee par le jury a bien pu être autant en vertu du par. 34(1) que du par. 34(2). En effet, un des éléments les plus importants de la preuve de la poursuite, la déclaration de Lavallee faite à la police, constituait une preuve pour l'application du par. 34(1) plutôt que du par. 34(2). Dans cette déclaration, Lavallee écrit qu'elle n'avait pas l'intention d'infliger la mort ou des lésions corporelles graves à Rust : "I shot him but I aimed above him and a piece of his head went that way"⁷³⁴.

Rappelons ici quelques interprétations sur les articles 34 et 37 que nous avons déjà soulignées : la relation entre le

733. Me Greg Brodsky ne s'opposa pas à cette omission de la part du juge. Selon nous, l'art. 37, si on exclut l'arrêt R. c. *Whynot*, précité, note 298, nous semble l'article le plus favorable à une femme battue face à une attaque imminente. DANIEL J. BRODSKY, "Educating Juries: The Battered Woman Defence in Canada", (1987) 25 *Alta. L.Rev.* 461, pp. 471-472 affirme que le par. 34(2) et l'art. 37 constituent les dispositions principales pour la femme battue plaidant la légitime défense; J.R. CASTEL, "Discerning Justice for Battered Women who Kill", (1989-90), 48 *U.T.Fac.L.Rev.* 229, p. 236 souligne l'importance théorique de l'art. 37 pour les femmes battues; L.M. BOYLE et autres, *Un examen féministe du droit criminel*, Ottawa, Ministère des Approvisionnement et Services Canada, 1985, p. 45, écrivent :

L'article 37(1) du Code est particulièrement large en ce qu'il traite de la prévention des voies de fait au lieu de n'évoquer que la réponse à celles-ci. Il s'agit là d'un point particulièrement important pour les femmes car la loi devrait être assez large pour protéger les femmes qui ont été soumises à une série de voies de fait et qui agissent pour empêcher d'autres agressions.

734. R. c. *Lavallee*, précité, note 299, p. 857.

par. 34(2) et l'art. 37 est ambiguë lorsque c'est la personne attaquée qui invoque la légitime défense⁷³⁵; le par. 34(1) ne s'applique pas lorsque l'agressé cause intentionnellement la mort ou une lésion corporelle grave⁷³⁶; dans un tel cas, c'est le par. 34(2) qui reçoit application⁷³⁷. Ajoutons que le par. 34(1) peut néanmoins s'appliquer pour les cas où la mort ou une lésion corporelle grave a été causée accidentellement et sans négligence criminelle⁷³⁸. Enfin, soulignons que la preuve au procès peut exiger que le juge donne des directives au jury sur le par. 34(1) et le par. 34(2)⁷³⁹.

735. Voir *supra*, note 406.

736. Voir *supra*, note 404.

737. Voir *supra*, note 384.

738. Dans l'arrêt *R. c. Baxter*, précité, note 8, p. 110, le juge Martin explique son opinion : "A person defending himself against an unprovoked assault who did not intend to cause death or grievous bodily harm and who accidentally causes death or grievous bodily harm is entitled to invoke s. 34(1). If the force used was no more than was necessary for the purpose of self-defence, it is justifiable under s. 34(1), and hence lawful. If a person doing a lawful act accidentally kills or causes grievous bodily harm then (in the absence of criminal negligence) the death or grievous bodily harm is caused by misadventure or accident and no criminal liability is incurred [...]". Cette opinion est suivie dans l'arrêt *Bélanger c. La Reine*, précité, note 4, p. 10 (juge Bisson) et cité dans l'arrêt *Martin c. R.*, précité, note 4, p. 348.

739. Dans l'arrêt *R. c. Baxter, id.*, p. 111, le juge Martin écrit : "Where there is an issue as to whether the accused intended to cause death or grievous bodily harm the trial Judge, notwithstanding death or grievous bodily harm has resulted, should instruct the jury with respect to the provisions of s. 34(1) and then proceed to s. 34(2) as the applicable provision, in the event that the jury is satisfied that the accused intended to cause death or grievous bodily harm".

L'acquittement de Lavallee nous semble plutôt relever du par. 34(1) que du par. 34(2) puisque la transcription du procès indique que le jury, après avoir commencé ses délibérations⁷⁴⁰, a demandé des directives supplémentaires sur le par. 34(1). Nous sommes donc en désaccord avec une certaine doctrine⁷⁴¹ qui voit mal l'application du par. 34(1) aux faits de cette affaire.

On peut facilement deviner pourquoi le juge Wilson a complètement omis de considérer le par. 34(1) dans son jugement. En omettant⁷⁴² de discuter de l'application possible du par. 34(1) aux faits de l'affaire *Lavallee*, le juge Wilson évite les questions difficiles suivantes : Une attaque était-elle en cours?

740. *R. c. Lavallee, Case on Appeal*, précité, note 731, vol. 6, p. 1176.

741. L. VIAU, "Droit criminel - Procès par jury et témoignage d'expert: une combinaison gagnante pour la femme battue: *Lavallée c. R.*", (1990) 69 *R. du Bar. can.* 775, p. 779, affirme : "Vu la preuve présentée dans la présente affaire et compte tenu de l'utilisation d'une carabine face à un agresseur non armé, pour l'abattre d'une balle à l'arrière de la tête, on peut difficilement conclure à l'application du paragraphe 1 de l'article 34 du Code criminel". De même, L. STUESSER, dans un article écrit avant la décision de l'arrêt *Lavallee* par la Cour suprême du Canada : "The 'Defence' of 'Battered Woman Syndrome'", (1990) 19 *Man.L.J.* 195, p. 202, exprime l'avis que la disposition appropriée est le par. 34(2) et non le par. 34(1).

742. Également, en omettant de discuter d'une façon approfondie l'application possible de l'art. 37 du C.cr., le juge Wilson évite les questions suivantes : cet article s'applique-t-il à un cas d'homicide? *Lavallee* prévenait-elle une attaque? Cette attaque doit-elle être éminente? La théorie de l'erreur s'applique-t-elle à cet article? L'erreur doit-elle être raisonnable? L'erreur fait-elle perdre le caractère de justification de cet article? Nous avons pas insisté sur cette omission, car le jury n'avait pas été instruit sur cette disposition.

Lavallee repoussait-elle la violence par la violence lorsqu'elle a tiré? La théorie de l'erreur est-elle applicable à ce paragraphe? Par exemple, une croyance erronée de la part de l'accusée en l'existence de faits justificatifs, comme une attaque ou l'acte nécessaire, est-elle applicable au par. 34(1)? Cette erreur doit-elle être raisonnable? L'erreur raisonnable conserve-t-elle au par. 34(1) son caractère de justification ou constitue-t-elle une excuse? Certains arrêts des Cours d'appels provinciales répondent à quelques-unes de ces questions mais la Cour suprême du Canada ne s'est jamais prononcée à ce sujet.

On ne retrouve dans la décision du juge Wilson aucune discussion approfondie sur l'erreur de fait⁷⁴³ si ce n'est qu'une courte remarque⁷⁴⁴ pour le par. 34(2), bien que le juge de première instance ait instruit le jury sur la croyance erronée en l'existence de faits justificatifs. Ainsi celui-ci avait-il dit pour le par. 34(1) :

If the conduct of the accused, in light of the actual facts, was no more than that which a reasonable person would regard as necessary for

743. BOISVERT, "Légitime défense", *loc. cit.*, note 715, p. 200, souligne avec justesse que "[...] la peur peut entraîner des erreurs dans les perceptions qu'elles [les femmes] ont du danger". Il en va évidemment de même pour les hommes.

744. R. c. Lavallee, précité, note 299, p. 883 : "Même s'il est admis qu'une femme battue peut avoir une sensibilité toute particulière au danger présenté par son agresseur, encore peut-on prétendre que le droit devrait exiger qu'elle attende que le couteau soit levé, le fusil braqué sur elle ou le poing serré, pour que son appréhension soit jugée raisonnable. Cela, soutient-on, diminuerait le risque que la crainte de la femme soit mal fondée, quoique le droit n'exige pas que sa crainte soit bien fondée, mais seulement raisonnable".

their protection, then this requirement of self defence [sic] in law will have been met. It also will have [been] met if the accused was genuinely mistaken as to the facts and did no more than a reasonable person would have regarded as necessary to defend herself on the facts as she genuinely believed them to be -- genuinely believed them to be⁷⁴⁵.

Les questions sont difficiles parce que le libellé du par. 34(1), tout comme celui de l'art. 37, emprunte un style objectif⁷⁴⁶, c'est-à-dire qu'il fait appel à des faits objectifs. Ces deux dispositions sont rédigées dans un style propre à une justification. Il en est autrement du par. 34(2) où aux al. a) et b), le législateur a introduit dans le concept de justification, la conduite fondée sur des croyances "pour des motifs raisonnables". Il peut donc y avoir erreur et d'un point de vue théorique, cette erreur ne devrait pas être une justification⁷⁴⁷. Comme le soulignait Graff :

745. *R. c. Lavallee, Case on Appeal*, précité, note 731, vol. 6, p. 1179; voir aussi la p. 1101. La condition que le juge de première instance discute est que "la violence n'est pas poussée au-delà de ce qui est nécessaire pour lui permettre de se défendre". Le juge de première instance a aussi instruit le jury, *id.*, p. 1105, sur l'erreur pour le par. 34(2) : "The accused may have been mistaken as to the imminence of death or grievous bodily harm or as to the amount of force necessary to preserve herself from death or grievous bodily harm. But if her apprehension of death or grievous bodily harm was reasonable and there were reasonable and probable grounds for her belief that she could not otherwise preserve herself from death or grievous bodily harm, then her use of force was justified -- use of force was justified as self defence".

746. Si l'on fait abstraction que l'accusé doit agir pour se défendre, pour repousser l'attaque ou pour prévenir celle-ci. La théorie de l'erreur élaborée par les tribunaux s'applique à ces dispositions.

747. Voir *supra*, p. 145 et ss.

A correct belief corresponds with an actual objective state of affairs and will always be reasonable. A reasonable belief, on the other hand, will not always be a correct belief. When the defender's belief is incorrect we are dealing with a question of mistake and the issue of reasonableness relates to the culpability of the actor in making that mistake⁷⁴⁸.

Selon le juge Wilson, le preuve d'un expert sur le syndrome de la femme battue aide le jury à "[...] déterminer si l'appelante avait des motifs raisonnables d'appréhender la mort ou quelque lésion corporelle grave et croyait pour des motifs raisonnables n'avoir d'autre recours que celui de tuer Kevin Rust la nuit en question⁷⁴⁹". Cette preuve par expert, sur le syndrome de la femme battue, aide donc le jury à déterminer le caractère raisonnable de la croyance de l'accusée et de ce fait, certaines conditions énoncées au par. 34(2).

Paragraphe 2. Traitement de la notion de l'attaque au par. 34(2)

Abordons maintenant notre deuxième point de critique. Le traitement par le juge Wilson des notions d'attaque pour le par. 34(2) est assez troublant.

Le par. 34(2) permet la légitime défense si la personne a été "illégalement attaqué[e]" et a causé la mort ou une lésion corporelle grave "en repoussant l'attaque". Sur la condition essentielle et cruciale de l'attaque pour l'application du par.

748. GRAFF, *loc. cit.*, note 248, p. 18.

749. R. c. *Lavallee*, précité, note 299, p. 890.

34(2), le juge Wilson n'aborde ce sujet que d'une façon sommaire en disant simplement : "En l'espèce, l'attaque qui a provoqué l'acte, défensif selon elle, commis par l'appelante [Lavallee] a été la menace de Rust de la tuer quand tous les autres seraient partis⁷⁵⁰".

Si l'on accepte⁷⁵¹ comme prémisse que l'attaque est définie au par. 265(1) du C.cr.⁷⁵², on ne peut accepter que la condition de l'attaque ait été réalisée selon le raisonnement du juge Wilson puisque les simples paroles menaçantes de Rust ne peuvent constituer une attaque⁷⁵³. En common law anglaise, Smith et Hogan disent que "It has been generally accepted that mere words cannot constitute an assault [...] It is clear that a threat to inflict harm in the future cannot amount to an assault

750. *Id.*, pp. 875-876. Voir aussi *id.*, p. 876 où le juge Wilson déclare : "[...] comment peut-on se sentir en danger au point de tirer sur un homme non armé lorsque celui-ci profère une menace de mort, puis se retourne et quitte la pièce?"

751. Sur ce point, voir *supra*, débutant p. 86.

752. Cité *infra*, Annexe "A", p. 288. Le juge de première instance dans l'arrêt *Lavallee* avait instruit le jury sur la notion d'attaque en leur lisant les al. 244(1)a) et b) du C.cr. [maintenant les al. 265(1)a) et b)], voir R. c. *Lavallee*, *Case on Appeal*, précité, note 731, vol. 6, pp. 1092 et 1098.

753. Des paroles qui ne sont pas accompagnées d'un geste menaçant ne constituent pas une attaque au sens de l'ancien al. 230b) du C.cr., S.C. 1953-54, c. 51 [maintenant l'al. 265(1)b) avec modifications de style], voir R. c. *Byrne*, (1966) 3 C.C.C. 179 (C.A. C.-B.), p. 183 (juge Tysoe); de plus, dans cet arrêt le juge Robertson en *obiter dictum* dit pour l'art. 34 : "[...] there is no conception of any assault by mere words"; voir aussi sur la nécessité d'un geste pour l'ancien al. 230b) [maintenant l'al. 265(1)b)], R. c. *Judge*, (1957) 118 C.C.C. 410 (C.A. Ont.).

- an apprehension of immediate personal violence is essential⁷⁵⁴".

La déclaration de Lavallee aux policiers⁷⁵⁵ indique, cependant, que Rust avait agité son index peu avant ou au même moment qu'il a proféré ses menaces; de plus cette même déclaration révèle que Lavallee, peu avant qu'elle ne tue Rust, aurait été saisie au bras, giflée au visage, poussée et frappée de deux coups au visage. Le juge de première instance avait instruit le jury sur la preuve concernant l'attaque de Rust contre Lavallee en ces mots : "[...] so too activities of the deceased about which you heard, such as chasing Lyn [Lavallee] around the yard, the blows, the yelling, the screaming, the threats that went on upstairs, if you find that those things took place, could also constitute an assault by the deceased to the accused so as to trigger one of the criteria under s. 34⁷⁵⁶".

À notre avis, le juge Wilson se montre d'une trop grande sévérité, en scindant la preuve sur l'attaque et en omettant tous les faits avant la menace de Rust comme pouvant

754. SMITH et HOGAN, *op. cit.*, note 541, pp. 377-378.

755. La déclaration écrite de Lavallee aux policiers, R. c. *Lavallee*, précité, note 299, p. 857 se lit : "Ok and then he went and I was sitting on the bed and he started going like this with an index [the appellant made a shaking motion with an index finger] and said something like 'You're my old lady and you do as you're told' or something like that. He said 'wait till everybody leaves, you'll get it then' and he said something to the effect of 'either you kill me or I'll get you' that was what it was. He kind of smiled and then he turned around. I shot him but I aimed out. I thought I aimed above him and a piece of his head went that way".

756. R. c. *Lavallee*, *Case on Appeal*, précité, note 731, vol. 6, p. 1199.

constituer une attaque donnant ouverture à la légitime défense. Cette façon d'examiner la preuve à la loupe est d'autant plus surprenante que dans l'arrêt *R. c. Paré*⁷⁵⁷, portant sur une disposition du *Code criminel* sur le meurtre au premier degré, le juge Wilson avait interprété le mot "concomittant [sic]" comme n'exigeant pas la simultanéité. Cet arrêt concernait l'ancien al. 214(5)a) du *C.cr.* qui prévoyait alors que : "(5) Est assimilé au meurtre au premier degré, le meurtre [...] concomittant [sic] de la perpétration d'une infraction prévue à l'article [...] 156 (attentat à la pudeur du sexe masculin)". L'accusé Paré avait tué sa victime deux minutes après l'attentat à la pudeur. Néanmoins, le juge Wilson avait décidé qu'il pouvait y avoir concomitance, car "[...] il existait entre le meurtre et l'infraction sous-jacente un lien temporel et causal. Le meurtre faisait partie d'une seule suite ininterrompue d'événements. Il faisait partie d'une seule et même affaire"⁷⁵⁸.

Peut-on dire que l'attaque de Rust était terminée lorsque Lavallee a tiré le coup fatal? Nous avons déjà examiné⁷⁵⁹ les critères pour la détermination de la fin d'une attaque. Qui peut dire avec certitude que le danger était passé et que Rust n'aurait pas changé d'idée et fait demi-tour pour continuer à

757. *R. c. Paré*, [1987] 2 R.C.S. 618.

758. *Ibid.*, p. 634. Voir aussi l'arrêt *R. c. Francella*, (1988) 46 C.C.C. (3d) 93 (C.A. Ont.), pourvoi à la Cour suprême du Canada rejeté [1990] 2 R.C.S. 1420 (juge Wilson au nom de la Cour) et portant cette fois sur le meurtre "en commettant" une séquestration.

759. Voir *supra*, p. 81.

battre Lavallee? À son décès, Rust a un taux d'alcoolémie de 130 milligrammes d'alcool par 100 millilitres de sang⁷⁶⁰. A-t-on affaire à un homme rationnel? N'est-il pas lui-même sous l'effet de l'excitation après avoir battu Lavallee? Lavallee a-t-elle agi par représailles? Fletcher définit les représailles ainsi : "Retaliatory acts seek to even the score - to inflict harm because harm has been suffered in the past. [...] Retaliation is the standard case of 'taking the law into one's own hands'⁷⁶¹." Nous réalisons que la détermination de la fin d'une attaque est une question délicate et difficile. Vu les directives qu'il avait reçu, on ne peut pas reprocher au jury d'avoir déterminé qu'il y avait une attaque⁷⁶².

L'aspect le plus inquiétant du jugement du juge Wilson sur la question de l'attaque ou de l'imminence est le suivant :

Il faut noter que l'al. 34(2)a) ne porte pas expressément que l'accusé doit appréhender un danger imminent quand il accomplit l'acte. La jurisprudence a néanmoins interprété ce moyen de défense comme comportant une telle exigence: voir *Reilly c. La Reine*, précité; *R. v. Baxter* (1975), 33 C.R.N.S. 22 (C.A. Ont.); *R. v. Bogue* (1976), 30 C.C.C. (2d) 403 (C.A. Ont.)⁷⁶³.

760. *R. c. Lavallee, Case on Appeal*, précité, note 731, vol. 4, pp. 643 et 646.

761. FLETCHER, *A Crime of Self-Defense*, op. cit., note 192, p. 21.

762. Peut-être que la meilleure façon de répondre à cette question est de se demander hypothétiquement ce qu'un policier armé aurait du faire au moment où Lavallee allait tirer, en supposant que celui-ci aurait été témoin de tous les événements et ne s'était pas décidé avant d'intervenir. Sur le sujet, voir notre deuxième section.

763. *R. c. Lavallee*, précité, note 299, p. 876.

Que la jurisprudence ait exigé un danger imminent va de soi. Le texte de l'al. 34(2)a) le sous-entend clairement lorsqu'il dit que la personne attaquée doit appréhender pour des motifs raisonnables que sa mort ou une lésion corporelle grave pour elle, c'est-à-dire le danger, "ne résulte de la violence avec laquelle l'attaque a en premier lieu été faite, ou avec laquelle l'assaillant poursuit son attaque"

Si on doit interpréter ce passage du juge Wilson comme signifiant que le "danger", non pas dans le sens d'une appréhension de la mort ou d'une lésion corporelle grave pour la personne attaquée, mais dans le sens d'une attaque, peut être futur et non imminent pour que l'on puisse invoquer la légitime défense, nous croyons alors que le juge Wilson fait fausse route pour deux raisons. Premièrement, le libellé du par. 34(2) exige plus qu'une attaque imminente, il demande une attaque actuelle, c'est-à-dire que l'attaque soit en cours. La difficulté du juge Wilson provient du fait qu'elle ignore complètement le texte précédant l'al. a) du par. 34(2). Ce libellé⁷⁶⁴ demande, pour qu'il y ait légitime défense, que la personne ait été "illégalement attaquée" et ait causé la mort ou une lésion corporelle grave "en repoussant l'attaque". De plus, l'al. 34(2)a) demande que la personne illégalement attaquée et qui a tué en repoussant l'attaque, ait agi ainsi parce qu'elle avait "des motifs raisonnables pour appréhender que la mort [...] ne

764. Nous faisons évidemment abstraction de la légitime défense putative élaborée par la jurisprudence et la doctrine.

résulte de la violence avec laquelle l'attaque a en premier lieu été faite, ou avec laquelle l'assaillant poursuit son dessein".

Il est surprenant que les auteurs qui ont commenté cet arrêt n'ont pas remarqué cette erreur. Au contraire, ils l'amplifient. Martinson écrit que "In *Reilly v. R.* the Supreme Court of Canada, in 1984, added the phrase 'from the assault he was repelling'' to the definition in s. 34(2)(a)⁷⁶⁵". Or, nous retrouvons les mots "in repelling the assault" au par. 34(2)!

Deuxièmement, le juge Wilson interprète incorrectement l'état de légitime défense visé par le par. 34(2). Le par. 34(2) ne permet pas la légitime défense face à un danger mais face à une attaque. Une attaque est certes un danger mais un danger n'est pas nécessairement une attaque. La différence est subtile mais très importante. Le moyen de défense face à un danger est l'état de nécessité plutôt que de la légitime défense⁷⁶⁶. Le point important est qu'une attaque peut être illicite ou encore il peut y avoir une menace d'une attaque imminente et illicite mais il est assez difficile de rattacher à un danger l'illicéité ou l'illégalité, condition essentielle à l'existence d'un état de

765. D. MARTINSON, "Lavallee v. R. - The Supreme Court of Canada Addresses Gender Bias in the Courts", (1990) 24 *U.B.C. L.Rev.* 381, p. 387. Le passage pertinent de l'arrêt *R. c. Reilly*, précité, note 297, p. 404, se lit : "Subsection (2) of s. 34 places in issue the accused's state of mind at the time he caused death. The subsection can only afford protection to the accused if he apprehended death or grievous bodily harm from the assault he was repelling and if he believed he could not preserve himself from death or grievous bodily harm otherwise than by the force he used".

766. Voir *supra*, p. 76.

légitime défense, à moins que ce danger ne se matérialise et ne se précise par une action humaine. Un mari violent qui va battre son épouse dans le futur pose un danger. Mais peut-on parler alors d'un danger illicite ou illégal? Tant que le mari ne fait rien ou n'est pas sur le point de faire quelque chose, il n'agit pas illicitement.

Comment expliquer cette confusion entre danger et attaque de la part du juge Wilson? Dans le passage ci-haut, le juge Wilson cite les arrêts notamment les arrêts *Baxter* et *Bogue*. Le passage pertinent dans l'arrêt R. c. *Baxter* sur le par. 34(2) nous semble être le suivant :

The accused's subjective belief that he was in imminent danger of death or grievous bodily harm and that his action was necessary in self-defence was, however, required to be based on reasonable grounds. In deciding whether the accused's belief was based upon reasonable grounds the jury would of necessity draw comparisons with what a reasonable person in the accused's situation might believe with respect to the extent and the imminence of the danger by which he was threatened, and the force necessary to defend himself against the apprehended danger⁷⁶⁷.

Nous avons souligné l'expression "danger" à trois reprises. Chaque fois, ce mot désigne l'appréhension de la mort ou d'une lésion corporelle grave visée à l'al. 34(2)a). Il est cependant possible d'interpréter le mot "danger", les deuxième et troisième fois que ce mot apparaît dans la citation, comme signifiant "attaque". Voilà d'où la confusion peut naître. Plus

767. Précité, note 8, pp. 108-109. La deuxième phrase de cette citation est aussi mentionnée dans l'affaire R. c. *Bogue*, précité, note 409, p. 407.

loin dans l'arrêt *Baxter*, la pensée du juge Martin est précisée lorsqu'il écrit : "An accused's belief that he was in imminent danger from an attack may be reasonable, although he may be mistaken in his belief⁷⁶⁸".

Un autre passage du juge Wilson concernant la règle de l'imminence nous semble également sujet à certains commentaires : "La raison d'être de la règle de l'imminence paraît évidente. Le droit en matière de légitime défense est conçu pour assurer que le recours à la force à des fins défensives est vraiment nécessaire⁷⁶⁹". Ce message semble confondre⁷⁷⁰ la condition de l'imminence avec celle de l'acte de défense nécessaire (la nécessité de l'acte de défense). Nous avons déjà expliqué la différence entre ces conditions⁷⁷¹. La règle de l'imminence permet de se faire justice à soi-même, puisqu'elle exige, comme condition d'application, l'impossibilité d'avoir recours aux autorités chargées de l'administration de la justice. La règle

768. R. c. *Baxter*, *id.*, p. 111. Cet arrêt concerne surtout la question de l'erreur. Le juge Martin aurait pu tout aussi dire : "An accused's beliefs that he was in imminent danger from an attack reasonably apprehended may be reasonable, although he may be mistaken in his beliefs". On incorporerait alors dans le texte du par. 34(2), la théorie de l'erreur sur la condition de l'attaque. Sur ce point, voir notre texte sur la théorie de l'erreur portant sur l'attaque en droit canadien, *supra*, p. 135.

769. R. c. *Lavallee*, précité, note 299, p. 876.

770. CASTEL, *loc. cit.*, note 733, p. 238, semble aussi confondre les deux notions : "Underlying the imminence requirement is the assumption that it is never necessary to kill someone to prevent the possibility of death or serious bodily injury in the future".

771. Voir pour l'imminence, *supra*, p. 78 et pour la nécessité, *supra*, p. 99.

de l'acte de défense nécessaire concerne la question de savoir si "the mischief sought to be prevented could not be prevented by less violent means⁷⁷²".

Terminons avec l'opinion suivante du juge Wilson qui déclare que la condition imposée par la Cour d'appel dans l'arrêt *Whynot* "[...] qu'une femme battue attende que l'agression soit 'en cours' pour que ses appréhensions soient reconnues comme juridiquement valables reviendrait [...] à la condamner au 'meurtre par tempérament' [...] ⁷⁷³". Comme nous l'avons souligné⁷⁷⁴, le texte de l'art. 34 exige que l'attaque soit en cours et à cet égard, la décision de la Cour d'appel est sans reproche; nous avons cependant fait remarquer l'inexactitude de l'interprétation de la Cour d'appel pour l'art. 37, car cette disposition n'exige pas que l'attaque soit actuelle. À notre avis, l'art. 37 est disponible à la femme battue pour prévenir une attaque imminente⁷⁷⁵ ou sa répétition et ainsi prévenir le "meurtre à tempérament".

Paragraphe 3. Réflexions à partir des critiques

En terminant cette section, nous nous sommes demandés

772. Voir le texte principal correspondant à la note 362.

773. *R. c. Lavallee*, précité, note 299, p. 883.

774. Voir *supra*, débutant p. 82.

775. À notre avis, la question de l'imminence pour l'art. 37 est loin d'être résolue. Comme nous l'avons vu, *supra*, p. 85, le juge de Weerdt exigerait que l'attaque soit imminente mais rien dans le libellé de l'art. 37 ne requiert cette condition.

pourquoi le juge Wilson omet de discuter du par. 34(1) et pourquoi, selon nous, elle semble déformer la notion de l'attaque au par. 34(2). Nous avons trouvé deux explications.

La première, nous la tenons de Castel qui dans un article rédigé avant la publication de la décision de la Cour suprême du Canada, écrit : "Unless the imminence requirement is relaxed, expert testimony on BWS ["Battered Woman Syndrome"] will be irrelevant in most cases⁷⁷⁶".

La deuxième raison tient de la philosophie du droit. Le jugement du juge Wilson reflète une vue positiviste du droit. Cette vision du droit empêche le développement de la notion du blâme. Voici ce qu'écrit Fletcher à ce sujet :

The opposition to the distinction between wrongdoing and attribution springs from many jurisprudential sources. It thrives on the positivistic theory that the law consists of nothing but legislative commands or [...] in directives that govern conduct. There is no room in this theory of law for norms that govern the just attribution of wrongdoing to particular individuals⁷⁷⁷.

C'est sans doute l'influence de cette conception du droit qui amène le juge Wilson à recourir à une disposition⁷⁷⁸ qui exige qu'une attaque soit en cours, pour des cas où il n'y a ni attaque, ni menace d'attaque imminente.

776. CASTEL, *loc. cit.*, note 733, p. 253.

777. FLETCHER, *Rethinking Criminal Law, op. cit.*, note 18, p. 512.

778. On fait encore abstraction de la légitime défense putative élaborée par les tribunaux et la doctrine.

Si nous souscrivons à l'opinion qu'il y avait absence d'une attaque en cours ou d'une menace d'une attaque imminente, l'arrêt *Lavallee* pose vraiment deux questions⁷⁷⁹. Premièrement, le jury comme représentant de la société pouvait-il blâmer *Lavallee* pour son acte? Notre réponse est négative. Cette dimension du droit pénal, de l'excuse⁷⁸⁰, du blâme, du reproche de faute n'est aucunement exploré par le juge Wilson. Deuxièmement, l'opinion de l'expert serait-elle pertinente à l'évaluation et à la détermination de ce blâme? Notre réponse est affirmative⁷⁸¹.

En terminant cette section, disons que nous ne sommes pas contre l'admission de la preuve d'expert dans le cas de la femme battue. En supposant que dans une réforme du droit les cas de non-confrontation, que nous traiterons dans les deux prochaines sections, soient excusés plutôt que justifiés, la preuve d'expert sera des plus pertinentes pour démontrer que les femmes battues ne peuvent être blâmées.

779. Ces questions sont formulées dans l'optique d'une défense de nécessité comme excuse, idée que nous développons dans la troisième section *infra* et non en ayant en tête la légitime défense putative, par exemple : *Lavallee*, erronément mais raisonnablement, croyait-elle que l'attaque était en cours ou imminente?

780. ROSEN, *loc. cit.*, note 285, p. 43, écrit : "It [battered's woman's defense] is a theory of excuse rather than justification".

781. Rosen, *ibid.* affirme : "A person who did not suffer from battered woman syndrome, however, would be culpable under identical external circumstances". Cette opinion confirme l'importance de la preuve d'expert dans le cas d'une femme battue.

**Section II. Les situations de non-confrontation
ne peuvent être justifiées.**

Dans cette section, nous examinerons les cas de non-confrontation. Nous démontrerons que, dans de telles situations, l'homicide commis par la femme battue ne peut être justifié par la légitime défense, telle qu'exposée au cours de ce travail.

Ces situations de non-confrontation sont décrites par Kinports, de la façon suivante :

The battered woman who kills her husband often does so in a non-confrontational setting. Instead of striking back while her husband abuses her, she waits until he has finished attacking her, until he threatens her with further abuse, or even until he is asleep⁷⁸².

Il faudrait exclure du domaine de la non-confrontation, les cas compris par l'expression de Kinports "threatens her with further abuse", si ceux-ci comportent une menace d'une attaque illicite et imminente, puisque ces cas donnent ouverture à la légitime défense comme justification. Selon nous, les cas de non-confrontation sont ceux où il y a une absence d'une attaque illicite en cours ou d'une menace d'une attaque imminente et illicite⁷⁸³. Nous croyons que ces homicides devraient être

782. K. KINPORTS, "Defending Battered Women's Self-Defense Claims", (1988) 67 *Oreg.L.Rev.* 393, p. 409. L'arrêt *R. c. Whynot*, précité, note 298 illustre bien une de ces situations, car l'accusée tua son conjoint alors que celui-ci dormait.

783. Un homme violent peut séquestrer son épouse à son domicile au sens du par. 279(2) du *C.cr.* par des menaces de violence. Une telle séquestration constitue une attaque contre la liberté physique de cette femme et, partant,

excusables.

Le cas hypothétique que nous proposons est celui où une femme battue tue son époux lorsque celui-ci dort. Imaginons deux situations.

Dans la première situation, un policier, appelé sur les lieux par des voisins, arrive au moment où la femme battue est sur le point de tirer sur son mari qui dort. Cette hypothèse du tiers évite de centraliser la discussion sur la relation entre les époux et de voir le problème de droit comme un problème conjugal⁷⁸⁴. Ainsi Graff écrit :

If society condones the killing as right and proper, it should make no difference if the battered woman, the postman, or a visiting social worker from the battered woman's shelter pulls the trigger⁷⁸⁵.

Dans cette première situation, le policier n'est évidemment pas justifié de tuer le mari. Est-il justifié d'employer la force pour empêcher la femme battue de tuer son mari? Selon le *Code criminel*, le recours à la force est justifié pour empêcher la perpétration d'une infraction⁷⁸⁶. Si la femme

donne ouverture à la légitime défense.

784. Dans l'arrêt *R. c. Inwood*, précité, note 720, p. 181, la Cour d'appel déclare : "Domestic assaults are not private matters, and spouses are entitled to protection from violence just as strangers are"; voir aussi M.G. BROWN et autres, *Gender Equality in the Courts. Criminal Law. A Study by the Manitoba Association of Women and the Law*, p. 3-18.

785. GRAFF, *loc. cit.*, note 248, p. 48.

786. Voir l'al. 27a) du *C.cr.* cité *infra*, Annexe "A", p. 287.

battue agit en légitime défense, celle-ci est justifiée et le policier ne peut utiliser la force contre elle puisqu'elle ne commettra pas une infraction.

Deuxième situation, la femme battue demande de l'aide pour tuer son mari, à son voisin, qui ignore tout de la situation. S'il l'aide, par exemple en lui fournissant une arme à feu, est-il complice d'un meurtre si elle réalise son projet de tuer son mari endormi? Si elle est justifiée, toute personne qui l'aide est, elle aussi, justifiée, du moins selon les idées théoriques avancées dans la première partie de notre travail.

Si la conduite de la femme battue, dans ces deux exemples, n'est pas justifiée, le policier est justifié à employer la force pour empêcher l'acte illicite⁷⁸⁷; le voisin ne peut aider la femme battue sans être coupable de meurtre comme complice. Selon nous, il nous semble que dans le premier exemple, le policier devrait être en mesure d'utiliser la force et que dans le deuxième cas, le voisin devrait être trouvé coupable de meurtre comme complice⁷⁸⁸. Ces solutions semblent s'imposer dans notre société.

Ces solutions n'expliquent cependant pas pourquoi la conduite de la femme battue qui va tuer son mari qui dort ne peut être justifiée de le faire.

787. Nous préférons employer cette expression plutôt que la "perpétration d'une infraction".

788. Selon les idées que nous prônons dans la section suivante, la femme battue pourrait être acquittée par une excuse, l'état de nécessité.

Dans la première partie de notre travail, nous avons examiné trois fondements de la légitime défense comme justification. Si les cas de non-confrontation peuvent trouver niche dans l'un de ces fondements, il nous semble qu'il serait permis de les considérer comme justifiés.

L'homicide commis par la femme battue, dans un cas de non-confrontation, ne peut s'expliquer par la théorie de justice absolue : "le droit n'a pas à reculer devant l'injustice". En prenant le cas du mari qui dort, celui-ci n'agit pas ou n'est pas sur le point d'agir injustement ou illicitement, il dort. La femme ne fait pas face dans l'immédiat à une action illicite ou illégale.

La comparaison des intérêts en conflit ne justifie pas l'homicide dans le cas de non-confrontation; en l'absence d'une attaque illicite, les intérêts opposés sont d'égale valeur. Ce fondement explique pourquoi dans notre premier exemple, le policier est justifié à utiliser la force. En effet, le policier en favorisant le mari endormi plutôt que la femme battue, maintient l'ordre public et protège une valeur essentielle de notre société, soit que personne, hormis les cas d'urgence, ne peut se faire justice à soi-même. Cet ordre public et cette valeur font pencher la balance du côté du plateau du mari endormi.

Le fondement du droit naturel nous vient en partie de la nature humaine. Il est vrai que la femme battue, dans un cas

de non-confrontation, cherche à assurer sa sécurité et qu'elle satisfait un besoin de conservation de sa personne; cependant, ce besoin semble relever plus d'un état de nature que de personnes vivant en société, régies et ayant décidé d'être régies par la règle de droit. Le droit naturel ne se fonde pas exclusivement sur la nature humaine mais aussi sur des idéaux de la raison pour des personnes qui vivent ensemble en société. L'interdiction de se faire justice soi-même et l'obligation de recourir aux organismes officiels de la société chargés d'administrer cette justice constituent des principes de la raison, de la vie en société et de l'éthique. Comme nous l'avons vu avec Dias, le droit naturel constitue "Ideals which guide legal development and administration"⁷⁸⁹. Un de ces idéaux est l'élimination de la notion qu'il est permis de se faire justice soi-même. La femme battue, face à une situation de non-confrontation, doit chercher une aide extérieure plutôt que de tuer son conjoint et ainsi se faire justice elle-même et assurer sa sécurité d'une manière non conforme à la vie en société.

Il nous semble nécessaire de pousser encore plus loin notre enquête sur la conception philosophique⁷⁹⁰ de la justification afin d'élucider cette question difficile. La légitime défense comme justification est une exception à la norme interdisant de porter atteinte à l'intégrité physique d'autrui.

789. Voir *supra*, p. 54.

790. Leibniz disait que sans la philosophie, la plupart des questions légales seraient un labyrinthe sans issue, voir F. BRENTANO, *The Origin of Our Knowledge of Right and Wrong*, Londres, Routledge & Kegan Paul, 1969, pp. 3-4.

La justification étant une exception à la norme, elle en est fait donc partie. La norme complète dit : tu ne tueras point sauf en état de légitime défense. Cette norme doit être conçue philosophiquement comme en dehors de la loi positive⁷⁹¹. Celui qui tue en légitime défense ne viole pas la norme. Les normes expriment les valeurs ou les buts importants de la société que les lois pénales protègent⁷⁹².

Comme nous l'avons souligné, le but important qui nous aide à comprendre la règle de l'imminence en légitime défense est l'exigence de la société et du droit à ces citoyens de ne pas se

791. La prohibition de tuer n'est pas expressément prévue dans l'infraction de meurtre. Cette dernière se limite à préciser les faits constitutifs permettant de qualifier de meurtre et à commander la punition de l'acteur. La norme interdisant de tuer se trouve en dehors de la loi positive. DARBELLAY, *op. cit.*, note 31, p. 104, dit au sujet de la théorie des normes de K. Binding: "Pour Binding, le criminel ne viole pas la loi pénale; il agit conformément au Tatbestand de celle-ci. Il est puni parce que son action coïncide avec celle que la loi réprime. Son acte transgresse la norme, car il ne peut transgresser la loi qui réprime mais uniquement la norme qui prescrit le comportement". Selon HASSEMER, *loc. cit.*, note 20, pp. 594-595, la théorie de Binding a permis d'apporter une meilleure compréhension de la distinction entre la justification et l'excuse; pour Hassemer, *id.*, p. 593, la justification et l'excuse se distingueraient ainsi: "An act is justified if it is in conformity with norms and the penal provisions; it is merely excused if it conforms to the penal provision, but violates a norm". ESER, "Justification and Excuse", *loc. cit.*, note 20, p. 625, explique que les normes seraient les commandements et les prohibitions de l'ordre juridique qui en théorie existent avant la loi positive. Pour Eser, la notion de l'illicéité doit donc être conçue à partir des normes. Pour nous, il nous semble que c'est tout le concept de l'illicéité qui doit être conçu à partir des normes.

792. HASSEMER, *id.*, p. 595, affirme : "The norms formulate the central goals, which penal laws are erected to protect. [...] Justification defines the sphere of the normative order in society".

faire justice eux-mêmes⁷⁹³. Implicite à ce but est celui de sauver des vies⁷⁹⁴. Le Gouvernement canadien exprimait en partie cette idée lorsqu'il disait : "L'objet du droit pénal est "[...] de contribuer à faire régner la justice, la paix et la sécurité dans la société [...]"⁷⁹⁵.

Hassemer explique que les normes expriment ce qui est "[...] 'right' and socially expected⁷⁹⁶" mais précise que les justifications et les excuses sont sujettes au changement social⁷⁹⁷ :

Neither the sphere of a society's fundamental norms, which determines the limits of justification, nor the particular limits within which behavior of citizens which deviates from norms is still tolerated, which determines the limits of excuse, can be determined without reference to the historically variable "normative understanding" of

793. Voir *supra*, p. 78.

794. S.M. BENNETT, "Ending the Continuous Reign of Terror: Sleeping Husbands, Battered Wives, and the Right of Self-defense", (1989) 24 *Wake For.L.Rev.* 957, p. 985, soutient que le but de l'imminence est de sauver des vies : The purpose behind the imminency requirement is to save lives by preventing the use of deadly force when it is not necessitated by an imminent threat". S.J. SCHULHOFER, "The Gender Question in Criminal Law", (1990) 7 *Social Philosophy & Policy* 104, p. 125, souligne que les hommes qui battent leur femme sont repoussants mais sont néanmoins des êtres humains et que nous ne savons pas pourquoi ils agissent ainsi : "We must resist the implication in some of the battered spouse writing that men like this [...] fully deserve to die for their crimes".

795. GOUVERNEMENT DU CANADA, *op. cit.*, note 112, p. 61.

796. HASSEMER, *loc. cit.*, note 20, p. 597.

797. *Id.*, p. 596. Dans l'arrêt *R. c. Lavallee*, précité, note 299, p. 872, le juge Wilson affirme : "Laws do not spring out of a social vacuum".

society⁷⁹⁸.

Nous croyons que les normes canadiennes exigent, dans une situation de non confrontation, que toute femme qui est victime de violences évite de se faire justice elle-même. Si elle désire mettre fin à la violence, la femme doit chercher une intervention extérieure⁷⁹⁹.

Les normes du droit pénal sont exigeantes et pacifistes⁸⁰⁰. Selon nous, ce qui est "'right' and socially expected" de toute femme qui fait l'objet de violence dans une situation de non-confrontation, c'est qu'elle ne tue pas son conjoint. Le fait que pour des raisons⁸⁰¹ économiques, sociales, culturelles et psychologiques, ou simplement par ignorance, la

798. *Ibid.*

799. CURRIE, *op. cit.*, note 711, p. 1, écrit : "Wife assault rarely stops without some form of outside intervention with the man. Women who decide to stay with, or return to, their partners remain at risk unless their partners receive effective intervention". À notre avis, l'homme violent ne peut mettre fin à sa violence qu'en réalisant qu'il a un sérieux problème personnel et qu'il doit prendre les mesures nécessaires pour y mettre fin. Une accusation criminelle peut l'aider dans cette prise de conscience. Les programmes de traitement pour les maris violents semblent offrir beaucoup d'espoir à l'homme violent qui veut changer.

800. SCHULHOFER, *loc. cit.*, note 794, pp. 112 et 115, énonce certains principes traditionnels du droit pénal : "The [...] principle is that criminal law is *demanding*. Criminal law prohibitions are not addressed solely, or even primarily, to people who can easily comply" et "Criminal Law is *pacifist* [...] substantive criminal law *doctrine* is pacifist. By that I mean that it rejects violence as a solution to interpersonal problems. [...] the criminal law commands respect for the fundamental humanity of the other even when that other is an egregious wrongdoer".

801. Voir SCHULHOFER, *id.*, p. 119.

femme battue éprouve des difficultés à mettre fin à cette union ou à corriger la situation par une intervention extérieure, ne justifie pas son acte dans des situations de non-confrontation mais sert à l'expliquer⁸⁰². Pour Creach⁸⁰³, une conduite est justifiée "[...] even though it comes within the literal terms of a defined crime, if society decides that the conduct was preferable to all alternative conduct available under the circumstances".

La compassion pour les individus qui n'ont pas pu respecter les normes pénales pour diverses raisons doit être prise en considération lors de l'examen de l'imputabilité ou du blâme. Le blâme peut être exclu par une excuse que la loi prévoit ou que le tribunal élabore à partir des principes de justice fondamentale de l'art. 7 de la *Charte* ou du par. 8(3) du *C.cr.*

Hassemer explique que les excuses indiquent "[...] the limits within which a society, through criminal sanctions, demands obedience to this normative order⁸⁰⁴". Par analogie, pensons au cas de la contrainte où une personne est menacée de mort, si elle ne tue pas intentionnellement une autre personne.

802. Sur le sujet, voir GRAFF, *loc. cit.*, note 248, p. 22.

803. CREACH, *loc. cit.*, note 286, pp. 630-631 (notes de l'auteur omises). Creach, *id.*, p. 631, soutient qu'une personne est excusée "[...] even though her conduct comes within the literal terms of a defined crime, if the conduct does not, under the circumstances, allow the usual inference that the actor is blameworthy".

804. HASSEMER, *loc. cit.*, note 20, p. 595.

Dans un tel cas, la société exige que la personne menacée se sacrifie afin de ne pas commettre un tel homicide. Si la société ne demandait pas une telle conduite, la personne menacée qui réaliserait les faits constitutifs du meurtre serait justifiée de le faire⁸⁰⁵. Cette personne devrait cependant être excusée parce que l'on ne pouvait raisonnablement s'attendre à une conduite différente dans son cas⁸⁰⁶.

La prise de conscience par la société, de l'existence et de l'étendue de la violence conjugale, a forcé les gouvernements à prendre des mesures⁸⁰⁷ afin de corriger les lacunes dans les domaines de la sécurité et des services sociaux pour ces femmes. Ces mesures tenteront d'assurer un climat de sécurité et de paix sociale pour les femmes, trop souvent victimes de violence.

Examinons maintenant certains arguments qui pourraient être avancés pour tenter de démontrer que ces situations de non-confrontation devraient être traitées comme des cas de justification plutôt que d'excuse. Soulignons que les commentaires que nous citerons ne visaient pas exclusivement les cas de non-confrontation.

805. Nous nous inspirons ici de certaines idées de BYRD, "Wrongdoing and Attribution", *loc. cit.*, note 19, p. 1340.

806. Sur le sujet, voir FLETCHER, *Rethinking Criminal Law*, *op. cit.* note 18, pp. 833-834.

807. Voir GOUVERNEMENT DU CANADA, *Violence familiale, Document sur la situation*, *op. cit.*, note 721, p. 4, pour les politiques en matière de poursuite.

Crocker fonde en grande partie son argumentation sur la distinction entre la "justifiable self-defence" et l'"excusable self-defence" :

[...] the feminist theory starts with the premise that battered women's acts of self-defence are justifiable rather than merely excusable. Although both excusable and justifiable self-defense fully pardon the defendant from criminal liability, an important ideological distinction separate the two. Society holds an excusable act to be wrong, but tolerates it because of the actor's state of mind. The actor claims "I couldn't help myself," or "I didn't mean to do it". Society perceives a justified act of self-defense as correct and even laudable behavior⁸⁰⁸.

Ce passage de Crocker démontre une mauvaise compréhension de l'histoire de la légitime défense et de ce fait une certaine confusion s'installe dans le sujet. Lorsque Crocker dit "Although both excusable and justifiable self-defence fully pardon", la lecture des pages de l'ouvrage cité à la note⁸⁰⁹ pour ce passage indique que Crocker se réfère à la distinction⁸¹⁰ de Foster entre "Justifiable Self-Defence" et "Self-Defence which is Culpable and through the Benignity of the Law Excusable" et que Foster appelle "Homicide se Defendendo upon Chance-medley". La distinction entre l'homicide justifiable et excusable de l'ancien droit anglais a été abolie et la légitime défense est maintenant une justification. Il n'existe plus d'"excusable self-defence"

808. P. CROCKER, "The Meaning of Equality for Battered Women Who Kill Men in Self-Defense", (1985) 8 *Harv. Women L.J.* 121, pp. 130-131 (notes de l'auteur omise).

809. Cette note se lit : "R. Perkins & R. Boyce, *Criminal Law* 1123-26 (1982)", voir notre bibliographie.

810. Sur la distinction de Foster, voir *supra*, p. 44.

ou d'homicide excusable. Rappelons que le "justifiable homicide" n'a jamais requis de pardon en droit anglais.

Dans le droit moderne, la légitime défense comme justification rend licite ce qui autrement serait illicite. La légitime défense ne nécessite aucun pardon. L'emploi aujourd'hui de l'expression "excusable self-defense" dans sa traduction française est même contradictoire en soi⁸¹¹. Enfin, l'excuse ne nécessite pas un pardon, puisque l'accusée est acquittée.

Le reste de cette citation de Crocker débutant avec les mots "an important" devient donc encore plus confus, car celle-ci relie alors ces notions historiques anglaises, abolies en 1828, avec les notions du XXe siècle de la justification et de l'excuse telles qu'expliquées par Fletcher et Robinson. Ces auteurs n'ont jamais prôné qu'il existait en théorie, aujourd'hui, un "excusable self-defence". Enfin, notons que dans les passages de Robinson, auxquels Crocker se réfère, Robinson ne dit pas que le point de mire de l'excuse est l'état d'esprit ("state of mind") de la personne, mais plutôt la personne elle-même⁸¹².

811. La légitime défense est une défense qui est légitime, licite, légale. Parler d'une légitime défense excusable est contradictoire.

812. Dans une note Crocker cite ROBINSON, "A Theory of Justification: Societal Harm as a Prerequisite to Criminal Liability", *loc. cit.*, note 429, p. 275 : "A successful defense of excuse represents a legal conclusion that although the act was wrong, liability is inappropriate because some characteristic of the actor vitiates society's desire to punish [her]". De plus, ce qui n'est pas cité par Crocker, Robinson, *id.*, pp. 274-275, écrit : "In determining whether given conduct is justified, the focus

Crocker dit aussi :

By focusing on the actor as wrong but pardonable, excusable self-defense would imply that her response was typically and idiosyncratically emotional. The doctrine would perpetuate the views that the woman could not have been rational in assessing the danger and that the legal system must compensate for her mental and physical weaknesses⁸¹³.

L'emploi continué de cette notion historique de pardon fausse complètement le débat et sert à renforcer cette notion d'inégalité de traitement entre l'homme et la femme. En effet, la notion de pardon fait appel aux notions d'indulgence, de pitié, de miséricorde et de clémence. L'excuse fait appel à la compassion mais non à ces autres notions. Le pardon est accordé par un supérieur à un inférieur tandis que la compassion s'adresse à des personnes qui sont égales :

[...] clemency is an expression of mercy; excusing, in contrast, is an expression of compassion. There are significant differences between the two sentiments. First, mercy is always expressed by a superior to an inferior, and only when the superior person has the power and the right to subject the inferior to significant loss. Compassion, in contrast, is always expressed among persons of an equal plan; it is not the forfeiture of a right or power, but the recognition that there is no basis in the facts for claiming a right or power over the

is upon the act, not the actor [...] Excuse, on the other hand focuses on the actor, rather than the act". Pour une critique de la distinction entre "generalized/objective factors" (pour la justification) et "individualized/subjective factors" (pour l'excuse), voir HASSEMER, *loc. cit.*, note 20, pp. 591-593.

813. CROCKER, *loc. cit.*, note 808, p. 131.

object of compassion⁸¹⁴.

Ne pas reconnaître comme une justification l'homicide commis par une femme battue, dans une situation de non-confrontation, n'équivaut pas à dire que la femme battue n'était pas rationnelle, c'est simplement admettre qu'elle ne s'est pas conformée aux circonstances de la norme d'exception, soit la présence d'une attaque illicite en cours ou la menace d'une attaque illicite et imminente. Par analogie, dire qu'une personne n'est pas justifiée d'en tuer une autre, dans une situation de nécessité ou de contrainte, ne veut pas dire que la personne n'est pas rationnelle; préférer sa propre vie à celle d'un tiers est inné à la personne, cependant la société exige de ses citoyens de ne pas tuer dans de tels cas.

La doctrine canadienne accorde peu d'importance à la distinction entre la justification et l'excuse. Boisvert figure parmi les exceptions :

Au plan de la politique criminelle, la création d'une excuse risque de véhiculer un cynique message qui ne saurait être toléré, message à l'effet que le recours à la justice privée en matière de violence domestique est acceptable lorsque le système judiciaire s'avère incapable de protéger l'intégrité des femmes. Sans compter que la création d'une excuse particulière aurait aussi pour effet de consacrer les femmes dans leur rôle de victimes et de perpétuer les stéréotypes que la preuve d'expert a justement pour mission de dissiper⁸¹⁵.

814. G.P. FLETCHER, "The Individualization of Excusing Conditions", (1974) 47 So. Cal. L. Rev. 1269, p. 1283; voir aussi CHAPMAN, *loc. cit.*, note 477, p. 85, qui a attiré notre attention à ce passage de Fletcher.

815. BOISVERT, "Légitime défense", *loc. cit.*, note 715, p. 214.

L'excuse n'a jamais comme effet de rendre "acceptable" une conduite. On n'excuse que l'action illicite. Envisager une excuse comme moyen de défense, c'est détruire son excuse :

If someone relies upon the expectation of an excuse in violating the law [...] his very reliance creates a good argument against excusing him for the violation. The expectation of an excuse conflicts with the supposed involuntariness of excused conduct⁸¹⁶.

En admettant que les femmes battues qui tuent dans des situations de non-confrontation puissent connaître "l'excuse" dont Boisvert ne précise pas le contenu, cette "excuse" ne ferait que renforcer l'aspect dissuasif du droit pénal :

If one were able to proceed validly on the assumption that the citizens who are affected understand the criminal law and its practical application, which I doubt, then more plentiful and more precise information concerning [...] the grounds of excuse [...] would be more likely to reinforce the *general preventive effect* of the criminal law than diminish it, because it could then made clear to the citizens that an excuse for violation of a norm is only reasonable and just in extreme cases, and why this is so⁸¹⁷.

816. FLETCHER, "Excuse: Theory", *loc. cit.*, note 58, p. 728; un passage similaire de Fletcher est approuvé par la Cour d'appel de l'Ontario et la Cour suprême du Canada, voir COLVIN, *Principles of Criminal Law*, *op. cit.*, note 2, pp. 243-244. Pour de plus amples développements théoriques, voir HASSEMER, *loc. cit.*, note 20, pp. 604-607.

817. HASSEMER, *id.*, p. 605.

Section III. Solution possible pour les cas de non-confrontation

Quelle devrait être la solution juridique lorsque la femme battue tue son mari dans un cas de non-confrontation? Il nous semble que la meilleure solution serait d'acquitter la femme battue parce que celle-ci se trouvait au moment de l'incident dans un état de nécessité en tant que cause d'excuse⁸¹⁸. Dans l'arrêt *Perka c. La Reine*, le juge Dickson résumait ainsi certaines de ses conclusions sur ce moyen de défense :

[...] (4) le critère applicable est le caractère involontaire, du point de vue moral, de l'acte mauvais ["wrongful conduct"]; (5) ce caractère involontaire se mesure en fonction de ce que la société considère comme une résistance normale et appropriée à la pression; [...] (7) des actes ou des circonstances qui montrent que l'acte mauvais n'était pas vraiment involontaire ont pour effet d'écarter ce moyen de défense; (8) l'existence d'une autre solution raisonnable et légale a aussi pour effet d'écarter ce moyen de défense; pour être involontaire, l'acte doit être inévitable et n'offrir aucune ligne de conduite qui ne comporte pas d'infraction à la loi; (9) ce moyen de défense ne s'applique qu'à une situation de danger imminent où on a agi afin d'éviter un péril imminent et immédiat [...]⁸¹⁹.

Ces conclusions suscitent certains commentaires pour la femme battue dans les cas de non-confrontation. Pour la conclusion (8), nous croyons que l'opinion d'un expert pourrait compléter la preuve, et démontrer que l'acte était inévitable et nécessaire pour la femme battue. Sur ce point, il serait

818. Cette idée de l'état de nécessité comme cause d'excuse, nous l'avons prise de GRAFF, *loc. cit.*, note 248.

819. Précité, note 90, p. 259.

pertinent d'introduire toute preuve démontrant que les autorités policières ont refusé de prendre action après qu'elles eurent été appelées par la femme battue.

L'omission de faire appel aux autorités policières devrait-elle exclure l'application de l'état de nécessité qui excuse en vertu de cette conclusion (8)? Nous ne le croyons pas. Tout au plus, cela devrait-il constituer un facteur dans la détermination du "caractère involontaire dit moral ou normatif" selon la terminologie employée par la Cour suprême du Canada.

La conclusion (9) du juge Dickson dans l'affaire *Perka*, soit l'exigence d'un danger imminent, soulève encore une fois la question de l'imminence. Cette conclusion a été critiquée ainsi par Boyle :

[...] in *Perka v. R.* the Supreme Court of Canada constructed the defence of necessity around the concept of emergency - a requirement that the situation be urgent and the peril be imminent. This may well be appropriate to sudden emergencies, but not to an-going, developing emergency such as hunger or some pregnancies⁸²⁰.

Avec l'état de nécessité, nous avons affaire à un danger plutôt qu'à une attaque comme c'est le cas avec l'état de légitime défense. La source du danger pour l'état de nécessité ne se limite pas à des dangers comme un naufrage, une inondation,

820. C. BOYLE, "The Battered Wife Syndrome and Self-Defence: *Lavallee v. R.*", (1990) 9 *Can.J.Fam.L.* 171, p. 178. BOYLE et autres, *op. cit.*, note 733, p. 51, critiquent le moyen de défense sur la nécessité proposé par la C.R.D. [dans *Droit pénal: Partie générale, op. cit.*, note 13, p. 111] : "[...] il ne s'agit pas d'un concept assez large du fait qu'il est réduit au danger immédiat".

un tremblement de terre etc. Aucune limitation n'est imposée à la notion de danger par le juge Dickson dans l'arrêt *Perka c. La Reine*⁸²¹. Logoz, explique ainsi la notion de danger applicable à l'état de nécessité :

Le danger dont il est ici question ne peut être ni celui que fait naître une attaque injuste (car alors il y aurait légitime défense), ni un péril dont l'acceptation est un devoir professionnel (pompiers, guides de montagnes, soldats [...]). Mais sous cette double réserve [...] il peut s'agir en principe de tout danger causé par le fait de l'homme ou d'un animal, ou par des forces naturelles [...]⁸²².

Selon nous, la femme battue dans les cas de non-confrontation ne fait pas face à une menace d'attaque imminente mais à un danger qui est constant. À ce propos, Eber écrit :

[...] the battered woman is constantly in a heightened state of terror because she is certain that one day her husband will kill her during the course of a beating. The battered wife thus is literally faced with the dilemma of either waiting for her husband to kill her or striking out at him first⁸²³.

De même, Boisvert affirme : "[...] la Cour dans

821. Précité, note 90.

822. LOGOZ, *op. cit.*, note 37, p. 176.

823. L.P. EBER, "The Battered Wife's Dilemma: To Kill or to be Killed", (1980-81) 32 *Hastings L.J.* 895, p. 928. K. MACQUEEN, "Justifiable Homicide. A battered wife who killed her husband finds compassion in the British Columbia courts", *The Ottawa Citizen* (3 mars 1991), pp. A-1 et A-2, raconte le cas d'une femme battue, Roxanne, accusée en janvier 1990 du meurtre de son conjoint; en février 1991, la Couronne retire l'accusation durant une audience; selon les psychologues, Roxanne vivait dans un état de "constant anticipatory terror".

l'affaire *Lavallée* reconnaît que le témoignage d'un expert sur le caractère cyclique de la violence subie par l'accusé peut en effet aider le jury à entrevoir le climat de terreur dans lequel elle vivait au moment de l'incident final⁸²⁴.

Dans son étude de droit comparé, Graff explique qu'à partir des années 1920, les tribunaux allemands ont interprété la nécessité comme pouvant excuser les personnes "who end longstanding victimization by killing their oppressors"⁸²⁵; Graff mentionne une décision pertinente où :

The court declared that the killing of a person who presented a lasting danger could be viewed as acting in necessity, even if at the time of the killing the victim was not engaged in, or threatening, imminent violent behavior⁸²⁶.

La décision rendue par le juge Dickson, dans l'arrêt *Perka*, soulève une autre difficulté et démontre peut-être une mauvaise compréhension de la notion de l'état de nécessité comme excuse. En effet, dans un passage autre que celui que nous avons cité ci-dessus, le juge Dickson exige que "[...] le mal causé soit moindre que celui qu'on cherche à éviter"⁸²⁷. Cette exigence s'applique pour l'état de nécessité comme justification⁸²⁸ mais

824. BOISVERT, "Légitime défense", *loc. cit.*, note 715, p. 201 (nous avons souligné).

825. GRAFF, *loc. cit.*, note 248, p. 43.

826. *Ibid.*

827. *Perka c. La Reine*, précité, note 90, p. 253.

828. Dans son jugement, le juge Dickson, rejette l'état de nécessité en tant que fait justificatif. Pourtant, à la p. p. 246 de ce jugement, le juge Dickson caractérise de

n'est pas requise pour l'état de nécessité comme excuse⁸²⁹ fondée sur le caractère involontaire, du point de vue moral de l'acte.

Fletcher explique :

Inflicting harm far greater than that threatened to the actor might well be excused. Yet indirectly, an assessment of the relationship between harm done and harm avoided might inform our judgment whether the wrongful conduct is sufficiently involuntary to be excused⁸³⁰.

Cependant, notons que dans la conclusion no 5 du juge Dickson citée ci-dessus⁸³¹, cette stricte exigence de proportionnalité a disparu pour laisser place à la condition préférable⁸³² indiquant que le "caractère involontaire se mesure en fonction de ce que la société considère comme une résistance normale ou appropriée à la pression⁸³³".

Soulignons également que sur le plan des principes, rien ne s'oppose à ce que la théorie de l'erreur de fait

"rightful", le cas du "[...] bon samaritain qui réquisitionne une voiture et enfreint la limite de vitesse pour amener au plus tôt la victime à l'hôpital [...]". Voir *supra*, note 83 sur les art. 34 et 35 du Code pénal allemand.

829. STUART, *Canadian Criminal Law, op. cit.*, note 76, p. 434, affirme : "The majority judgment [in *Perka*] misapplies Fletcher's approach.

830. FLETCHER, "Excuse: Theory", *loc. cit.*, note 58, p. 728; voir aussi *Rethinking, op. cit.*, note 18, pp. 803-804.

831. Voir le texte principal correspondant à la note 819.

832. COLVIN, *Principles of Criminal Law, op. cit.*, note 2, p. 245 écrit : "Of the two formulations, that which refers to 'appropriate and normal resistance' should be preferred".

833. *Perka c. La Reine*, précité, note 90, p. 259.

s'applique à la nécessité qui excuse. Une personne peut croire par erreur qu'elle se trouve dans une situation de danger pour sa vie ou sa sécurité. Si l'erreur est raisonnable, le blâme nécessaire à un verdict de culpabilité serait exclue. Enfin, dans une réforme du droit, le législateur n'est aucunement obligé de suivre à la lettre l'opinion de la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Perka*. Cette Cour n'avait certainement pas à l'esprit la situation de la femme battue. La C.R.D., dans son *Projet de code pénal*⁸³⁴, a recommandé une disposition sur l'état de nécessité mais cette disposition semble beaucoup plus relever de la nécessité comme cause de justification que comme cause d'excuse⁸³⁵.

834. C.R.D., *op. cit.*, note 14, par. 3(9), p. 40 et cité *infra*, Annexe "A", p. 285.

835. L'exception pour l'homicide intentionnel ne cadre pas dans une théorie de l'excuse où il ne peut y avoir de peine sans blâme. Deuxièmement, l'exigence du sous-al. 3(9)a)(ii), "le préjudice appréhendé est nettement plus grave que celui qui résulte du crime reproché" est propre à la nécessité comme justification mais non comme excuse.

CONCLUSION

Nous aurions pu limiter notre travail sur la légitime défense aux problèmes soulevés par le droit positif canadien et aux recommandations pertinentes du *Projet de code pénal* de la C.R.D. Du droit positif, nous aurions conclu avec l'évidence suivante : la loi et les décisions des tribunaux ont rendu le droit si complexe qu'une réforme s'impose. Pour le *Projet de Code pénal*, nous aurions démontré que les recommandations de la C.R.D. constituent un effort louable, mais qu'elles laissent subsister beaucoup de difficultés.

La légitime défense ne peut être examinée d'une façon isolée. Discuter de la légitime défense sans tenir compte des fondements philosophiques et d'un cadre théorique de la responsabilité pénale, c'est aboutir inévitablement à de nombreux culs-de-sac.

Nous avons donc commencé notre travail en exposant la théorie tripartite de l'infraction dans laquelle s'inscrit la distinction entre la justification et l'excuse. Nous avons examiné dans quelle mesure celle-ci était acceptée dans notre droit. Qu'on soit pour ou contre cette théorie, la plupart des auteurs s'entendent au moins sur la très grande utilité théorique de la distinction entre la justification et l'excuse.

Nous avons fait ensuite une courte histoire de la légitime défense. La distinction entre, d'une part, l'homicide excusable et pardonnable en légitime défense et, d'autre part, l'homicide justifiable dans l'exécution de la loi ou dans la prévention des crimes et menant à l'acquiescement, est officiellement abolie en 1828. Les dispositions du *English Draft Code* sur la légitime défense, adoptées dans le *Code criminel*, 1892, prévoient que la personne est "justified". On emploie ce mot afin de protéger la personne contre une poursuite civile.

Après avoir présenté ces points introductifs, nous avons examiné, dans la première partie de notre travail, trois questions se rapportant au concept de la légitime défense comme justification.

Comme première question, nous avons analysé trois fondements philosophiques de la légitime défense : le droit naturel, "le droit n'a pas à reculer devant l'injustice" et la comparaison des intérêts juridiques en conflit.

Dans notre évaluation de ces trois fondements, nous avons retenu comme facteur d'évaluation la condition d'exercice de la légitime défense que l'on retrouve au Canada, soit la proportionnalité entre l'attaque et l'acte de défense. Cette condition exprime des valeurs canadiennes : la dignité de la personne humaine et le respect pour la vie. Le fondement, "le droit n'a pas à reculer devant l'injustice", dans son essence même est déficient à cet égard. Le fondement de la comparaison

des intérêts est acceptable, car il semble comporter implicitement la condition de la proportionnalité. Le fondement du droit naturel nous semble celui le plus conforme à notre droit constitutionnel. Il respecte la condition de proportionnalité à cause de sa dimension inhérente d'éthique.

Comme deuxième question, nous avons examiné les conditions d'exercice de la légitime défense. Il doit d'abord y avoir une attaque illicite ou une menace d'attaque illicite et imminente contre la vie, l'intégrité physique ou la liberté physique de la personne ou celle d'un tiers. L'acte de défense doit être nécessaire. Il doit être proportionnel à l'attaque. Enfin, on doit avoir agi pour se défendre ou défendre autrui, pour repousser l'attaque ou la prévenir. Nous avons fait un examen théorique de chacune de ces conditions et nous avons ensuite vérifié dans quelle mesure celles-ci étaient respectées aux articles 34 et 37 du C.cr. et dans le *Projet de code pénal* de la C.R.D.

Sauf pour quelques difficultés importantes que nous avons entrevues, la théorie concorde avec le droit positif. Parmi les difficultés possibles du droit positif, soulignons l'application de la légitime défense contre l'attaque d'une personne souffrant de désordre mental et la disponibilité de la légitime défense pour la personne séquestrée. Pour le *Projet de code pénal*, le refus de classer les moyens de défense en justifications ou excuses a comme conséquence qu'il est impossible de déterminer si une personne peut invoquer l'al.

3(10)a) sur la défense de la personne contre l'agresseur agissant en état de nécessité, par contrainte etc. En effet, sans la distinction entre la justification et l'excuse, nous ne savons pas si ces personnes agissent licitement (légalement) ou illicitement (illégalement).

Pour notre troisième question, la légitime défense putative, nous avons avancé que celle-ci survient lorsqu'une personne suppose par erreur un état de choses qui aurait rendu licite son acte de défense.

De notre brève étude historique sur la légitime défense putative, retenons le chevauchement entre le droit civil anglais et le droit pénal en matière d'"assault and battery" et l'application dans les deux droits comme moyen de défense, de l'erreur raisonnable en "légitime défense". L'étude de Fletcher sur les "torts" indique que le XIXe siècle marque l'apparition du paradigme du caractère raisonnable. L'absence d'une faute cesse d'être une excuse pour devenir une justification.

Notre étude du droit canadien sur l'attaque imaginaire indique que le droit positif est quelque peu confus en n'exigeant pas toujours une erreur raisonnable. La légitime défense putative est considérée comme une justification. La disposition de la C.R.D. sur la défense de la personne n'est pas entièrement assujettie à un critère objectif comme le prétend la Commission.

À l'aide de la thèse de l'incompatibilité des droits et des fondements philosophiques de la légitime défense comme

justification, nous avons établi que la légitime défense putative ne pouvait être une justification. Les arguments des opposants relèvent de la morale ou de la philosophie du langage plutôt que d'un système cohérent de droit. Un code pénal doit indiquer, sans ambiguïté, quand une personne a le droit d'agir en légitime défense.

Dans notre deuxième partie, nous avons analysé trois questions gravitant autour de la notion de l'excuse.

La première porte sur l'erreur. Si notre première partie démontre que la légitime défense putative ne constitue pas une justification, il nous restait à déterminer les solutions théoriques pour celle-ci. Notre étude des législations étrangères nous a offert un vaste panorama de solutions théoriques pour la légitime défense putative. De cette étude, nous avons retenu deux approches théoriques qui n'étaient pas des justifications.

L'approche de la négation de l'intention élargit les faits constitutifs de l'infraction pour y inclure désormais les faits justificatifs. On fait disparaître la distinction entre les deux premiers éléments du système tripartite de l'infraction. Si l'erreur est déraisonnable, la première approche permet de trouver l'accusé coupable d'un crime de négligence si la conduite de l'accusé constitue une telle infraction. Cette solution présente de sérieuses difficultés pour la complicité et la disponibilité de la légitime défense pour le prétendu agresseur. La deuxième approche considère la légitime défense putative comme

une excuse. L'accusé agit illicitement mais il ne peut être blâmé. Si l'erreur est déraisonnable, l'accusé pourra être trouvé coupable de l'infraction intentionnelle; cependant, la peine prévue pour cette infraction intentionnelle sera atténuée, car le blâme qui peut être imputé à l'accusé, est moindre que celui attribué à une personne qui aurait agi en pleine connaissance de cause. Cette deuxième approche ne présente pas les difficultés de la première.

Pour l'al. 3(17)a) du *Projet de code pénal* portant sur l'erreur quant à l'existence d'un moyen de défense, il nous a été impossible de déterminer à laquelle des deux approches théoriques précédentes cette disposition adhère. Cependant l'al. 3(17)b) portant sur l'erreur déraisonnable semble découler de la négation de l'intention. La C.R.D. ne présente aucune solution au problème de la victime innocente.

Nous avons également examiné l'évolution possible de la jurisprudence canadienne pour le cas d'une erreur déraisonnable commise par une personne qui est subséquemment accusée de meurtre. Une des évolutions possible consisterait à conclure que pour de tels cas, la peine pour le meurtre contrevient à l'art. 7 de la *Charte* et ne peut être justifiée par l'art. 1. Les tribunaux pourraient alors décider, soit de trouver l'accusé coupable d'homicide involontaire coupable ("manslaughter") ou trouver l'accusé coupable de meurtre mais d'infliger une peine proportionnelle au blâme de l'accusé.

Comme principe de justice fondamentale, l'erreur de

droit ou l'ignorance de la loi pourrait bien devenir une excuse d'application générale par le biais de l'art. 7 de la Charte pour les infractions punissables par emprisonnement. L'application d'une telle excuse s'avérerait peu probable dans un code pénal moderne où la simplicité est de mise et dans un domaine aussi central que la légitime défense. Cependant, vu la complexité et l'ambiguïté de certains aspects de notre droit sur la légitime défense, l'invocation future d'un tel moyen de défense n'est pas à exclure.

Dans le chapitre suivant, nous nous sommes penchés sur l'emploi de la force excessive en légitime défense, lorsqu'elle est due à la perte de la maîtrise de soi occasionnée par la peur ou le désarroi. Notre droit devrait reconnaître une telle excuse. Les réformistes anglais du XIXe siècle avait abordé le sujet mais celui-ci est resté quelque peu tabou depuis. L'absence d'une telle excuse dans notre droit peut s'expliquer par une vision masculine datant du XIXe s. : l'homme n'est pas supposé avoir peur. Cette vision ne tient plus aujourd'hui. Par exemple, le Dr Walker a écrit : "As I've stated time and again : *battered women kill out of fear*".

Bien que la Cour suprême du Canada ait rejeté la défense restreinte d'usage de force excessive en légitime défense, les tribunaux décident que l'excitation ou la peur, dans des situations de légitime défense, peuvent affecter l'intention. Nous avons l'impression que les tribunaux, sans doute à la recherche de la justice, font indirectement ce qu'ils ne peuvent

faire directement. L'intention joue un double rôle : comme fait constitutif de l'infraction, elle signifie la conscience et la volonté de réaliser un état de choses correspondant aux faits constitutifs de l'infraction et, deuxièmement mais à tort, elle constitue le blâme. La véritable question est de savoir si notre droit devrait reconnaître une nouvelle excuse. L'art. 7 de la *Charte* peut jouer un rôle dans la reconnaissance d'une telle excuse.

Nous avons commencé notre dernier chapitre, "Syndrome de la femme battue et situations de non-confrontation" par une étude critique de l'arrêt *Lavallee*. L'acquittement de *Lavallee* nous semble juste. La preuve d'expert sur le syndrome de la femme battue lorsqu'elle est applicable aux faits d'une affaire, nous semble très pertinente pour comprendre la situation désespérée d'une accusée.

Notre critique a porté premièrement sur l'omission, par le juge Wilson, de traiter du par. 34(1) du C.cr. et de n'avoir considéré que le par. 34(2). Le jury a probablement acquitté *Lavallee* en vertu du par. 34(1). Cette omission a permis au juge Wilson d'éviter toutes les questions théoriques difficiles, par exemple : *Lavallee* repoussait-elle la violence par la violence lorsqu'elle a tiré? La théorie de l'erreur est-elle applicable à ce paragraphe? Cette erreur doit-elle être raisonnable?

Nous avons également critiqué le traitement, par le juge Wilson, des notions de l'attaque et de l'imminence du par. 34(2). C'est le texte même du par. 34(2) qui demande que

l'attaque soit en cours. Une menace verbale et un danger ne sont pas des attaques aux fins de l'art. 34. L'imminence exprime la règle qu'une personne ne peut se faire justice soi-même.

Si le juge Wilson n'avait pas exclu l'importance de l'imminence pour le par. 34(2), la preuve par experts aurait été inutile dans la plupart des cas. L'adhésion du juge Wilson à une conception positiviste du droit, a forcé celle-ci à chercher une solution dans une disposition législative existante au risque de rendre cette dernière encore plus confuse.

Les véritables questions que soulèvent l'arrêt *Lavallee*, si l'on souscrit à l'opinion que *Lavallee* ne repoussait pas une attaque illégale ou une attaque illégale et imminente, étaient de se demander si *Lavallee* ne pouvait être blâmée pour son geste et si la preuve d'un expert était pertinente à cette question. Les réponses sont évidemment affirmatives.

Pour démontrer que la femme battue qui tue son époux dans une situation de non-confrontation ne devrait pas être considérée comme justifiée, nous avons discuté de deux situations visant le cas hypothétique du mari qui dort et de l'inapplication des trois fondements philosophiques de la légitime défense.

Notre démarche philosophique nous a poussé à trouver le fondement philosophique de la justification dans les normes du droit qui précèdent le droit positif. Ces normes expriment les valeurs ou les buts importants que les lois pénales protègent. Le but important reflété par la règle de l'imminence est

l'exigence de la société envers ses membres de ne pas se faire justice.

Toute femme qui n'est pas dans une situation de confrontation doit chercher une solution autre que la violence. Les normes du droit pénal sont exigeantes et pacifistes. Le fait que pour de multiples raisons, la femme battue tue dans un cas de non-confrontation ne justifie pas son acte mais sert à l'expliquer. La compassion pour ceux qui n'ont pu respecter la norme s'exprime lorsqu'on arrive à la considération du blâme, condition de la punissabilité.

Nous avons examiné certains arguments avancés pour justifier les cas de non-confrontation. Nous avons indiqué qu'une meilleure compréhension de la notion de justification et celle de l'excuse pourrait dissiper bien des malentendus.

Dans les cas de non-confrontation où la femme battue tue ou blesse son époux, le moyen de défense approprié est l'état de nécessité qui excuse. L'arrêt *Perka* soulève cependant quelques difficultés d'application qui ne nous apparaissent pas insurmontables. Par exemple, cet arrêt demande que le danger soit imminent. La femme battue se trouve face à un danger constant. La disposition de la C.R.D. sur l'état de nécessité est incomplète, car elle ne vise que l'état de nécessité comme cause de justification.

Une simplification de nos dispositions sur la légitime défense s'impose. Cette simplification doit s'inscrire dans la

réforme globale du *Code criminel* et, tout particulièrement, de la Partie générale.

L'élément essentiel de cette simplification et de cette réforme consisterait à reconnaître les trois éléments de l'infraction et de ce fait, la distinction qui existe entre la justification et l'excuse. La Cour suprême du Canada a déjà légitimé cette distinction dans l'arrêt *Perka*. Dans la Partie générale du futur code, on devrait d'abord distinguer la légitime défense et la légitime défense putative. La première est une justification et la deuxième, une excuse. La légitime défense putative devrait être traitée dans une disposition applicable à toutes les situations où une personne s' imagine faussement qu'il existe un état de choses justifiant sa conduite. Ensuite, on devrait introduire dans ce code une nouvelle excuse, celle de l'excès de force en légitime défense lorsque cet excès est dû à la peur ou au désarroi de la personne qui est attaquée ou qui est menacée d'une attaque imminente. Enfin, dans la rédaction d'une disposition sur l'état de nécessité comme cause d'excuse, on devrait tenir compte de la situation où une femme battue agit dans une situation de non-confrontation face au danger constant que représente son mari violent.

Les dispositions pertinentes du *Projet de code pénal* de la C.R.D. constituent un point de départ pour la réforme. La réforme d'une Partie générale ne se fait pas du jour au lendemain. Elle ne peut s'effectuer qu'après quelques projets successifs et de nombreuses études critiques. La C.R.D. a déjà

admis que certains aspects de son projet nécessitaient une simplification⁸³⁶. Le classement des moyens de défense de la C.R.D. en justifications et excuses permettrait de grandement améliorer ce projet.

Le *Projet de code pénal* de la C.R.D. souffre d'une déficience fondamentale. Ce code ne contient aucune disposition sur les peines. La notion de blâme et de l'excuse ne peuvent se concevoir sans une philosophie sur la peine. Cette partie inexistante du *Projet de code pénal* explique en partie pourquoi la C.R.D. n'a pas classer ses moyens de défense selon la distinction de la justification et de l'excuse.

Notre réflexion sur la légitime défense nous a permis de faire deux constats: le bien-fondé de la théorie tripartite de l'infraction, du moins pour la légitime défense, et le rôle important que doit jouer en droit la philosophie, si souvent négligée.

Quelle conclusion générale pouvons-nous tirer de notre travail pour la théorie pénale canadienne et la réforme de notre future Partie générale? À notre avis, bien des questions importantes comme la définition de la *mens rea* normative, la définition de la négligence, l'erreur de droit, la nécessité comme justification ou excuse, le désordre mental, la responsabilité atténuée méritent d'être analysées et résolues par la théorie tripartite de l'infraction.

836. Voir *supra*, note 615.

Quelle théorie juridique notre future Partie générale reflètera-t-elle? La théorie qui demande pour un verdict de culpabilité, un *actus reus*, une *mens rea* et l'absence d'un moyen de défense reconnu en droit? Une telle théorie fondée en grande partie sur des locutions latines encore remplies de mystères, nous permettra-t-elle d'avoir une Partie générale cohérente et d'élucider les questions importantes ci-dessus? Nous en doutons.

Dans notre introduction, nous avons émis l'opinion que la théorie tripartite de l'infraction était en voie d'être adoptée en droit canadien et qu'une telle adoption ne pouvait se faire que progressivement. Nous souhaitons avoir fait une modeste contribution vers cette adoption.

**DISPOSITIONS DIVERSES
MENTIONNÉES AUX NOTES**

PROJETS DE RÉFORME ANGLAIS

**Fourth Report from Her Majesty's
Commissioners for Revising and
Consolidating the Criminal Law (1848)**

**CHAPTER XV HOMICIDE AND OTHER OFFENCES AGAINST THE
PERSON [...]**

Section 5. Justifiable Homicide [...]

Art. 12. [Homicide justifiable in self-defence]

Homicide is also justifiable where one in lawful defence of his person repels force by force, and, using no more violence than he has reasonable cause for believing and believes to be necessary for the purpose of self-defence, kills the assailant; or being, from the violence with which such assailant pursues his purpose, under reasonable apprehension of immediate death, and because he has reasonable cause for believing and believes that he cannot otherwise preserve his life, kills such assailant.

**H.C., P.L. 44, Homicide Act, 1874
rédigé par J.F. Stephen**

PART II - WHEN HOMICIDE IS NOT CRIMINAL [...]

23. [Homicide by lawful force] Homicide is not criminal when death is caused by an act done, in good faith, for any purpose for which force may lawfully be employed, if the force used was not greater than was reasonably necessary for that purpose, and if the person who used it had reasonable grounds for believing that the person against whom it was used, was acting in a manner which would justify him in using such force against such person.

**H.C., P.L. 178, Criminal Code (Indictable Offences), 1878
rédigé par J.F. Stephen**

Section 25. [Ignorance of Fact] An alleged offender shall in general be in the same position as he would have been if he had acted as he did under that state of facts which he in good faith and on reasonable grounds believed to exist when he did the act alleged to be an offence, provided that if an act in itself immoral is punishable by law only when certain facts exist independent of its immoral character, or if an act in itself punishable by law is punishable with additional severity only if certain facts exist independent of its illegality, every person liable to punishment or to increased punishment, as the case may be, by reason of the existence of such facts shall be liable to such punishment or to such increased punishment, although he was not aware of the existence of such facts, and although he believed in good faith and on reasonable grounds that they did not exist, unless a contrary intention is expressed in the definition of the offence.

Section 119. [Self-Defence] The intentional infliction of death or bodily harm is not an offence when it is inflicted by way of self defence against unlawful violence.

Section 120. [Proviso on Foregoing Sections] The intentional infliction of death or bodily harm is not justified in any of the cases specified in the two sections last preceding, unless the person by whom such death or bodily harm was inflicted used every reasonable means in his power to avoid the necessity for inflicting it at all, and to inflict as little harm as was consistent with attaining his object.

No person shall be deemed to have inflicted in self defence any injury inflicted by him on any such person in a fight from which he might, under all the circumstances of the case, have reasonably been expected to withdraw himself before such injury was inflicted; provided that every person shall be entitled to defend himself, his family, his house, and his property against any unprovoked attack, without being required to withdraw himself in order to avoid any such attack.

English Draft Code (1879)
rédigé par la Criminal Code Bill Commission

Section 19. Common Law Principles.

All rules and principles of the common law which render any circumstances a justification or excuse for any act or a defence to any charge, shall remain in force and be applicable to any defence to a charge under this Act, except in so far as they are thereby altered or are inconsistent therewith.

The matters hereby provided for in this Part are declared and enacted to be justifications and excuses for all charges to which they apply.

Section 55. Self-Defence Against Unprovoked Assault.

Every one unlawfully assaulted, not having provoked such assault, is justified in repelling force by force, if the force he uses is not meant to cause death or grievous bodily harm, and is no more than necessary for the purpose of self-defence; and every one so assaulted is justified though he causes death or grievous bodily harm, if he causes it under reasonable apprehension of death or grievous bodily harm from the violence with which the assault was originally made or with which the assailant pursues his purpose and if he believes on reasonable grounds that he cannot otherwise preserve himself from death or grievous bodily harm.

Section 56. Self-Defence Against Provoked Assault.

[...]

Provocation within the meaning of this and the last preceding section may be given by blows or gestures.

Section 57. Prevention of Insult.

Every one is justified in using force in defence of his own person or that of any one under his protection from an assault accompanied with insult: Provided that he uses no more force than is necessary to prevent such assault or the repetition of it: Provided also, that this section shall not justify the wilful infliction of any hurt or mischief disproportionate to the insult which it was intended to prevent.

**The Law Commission : A Criminal Code
for England and Wales (1989)**

44. - (1) [Use of force in public or private defence]
A person does not commit an offence by using such force as, in the circumstances which exist or which he believes to exist, is immediately necessary and reasonable [...]

(c) to protect himself or another from unlawful force or unlawful personal harm [...]

(2) ["Force"] In this section, except where the context otherwise requires, "force includes, in addition to force against a person [...]

(b) a threat of force against person or property; and

(c) the detention of a person without the use of force.

(3) ["Unlawful"] For the purpose of this section, an act is "unlawful" although a person charged with an offence in respect of it would be acquitted on the ground only that -

(a) he was under ten years of age;

(b) he lacked the fault required for the offence or believed that an exempting circumstance existed; or

(c) he acted in pursuance of a reasonable suspicion;

(d) he acted under duress, whether by threats or of circumstances; or

(e) he was in a state of automatism or suffering from severe mental handicap.

55. [Manslaughter] A person is guilty of manslaughter if -

(a) [Voluntary manslaughter] he is not guilty of murder by reason only of the fact that a defence provided by section 56 (diminished responsibility), 58 (provocation) or 59 (use of excessive force) applies.

59. [Use of excessive force] A person who, for this section, would be guilty of murder is not guilty of murder, if, at the time of his act, he believes the use

of the force which causes death to be necessary and reasonable to effect a purpose referred to in section 44 (use of force in public or private defence), but the force exceeds that which is necessary and reasonable in the circumstances which exist or (where there is a difference) in those which he believes to exist.

AUTRES PROJETS DE RÉFORME

Model Penal Code (1962) (États-Unis)

Section 3.04. Use of Force in Self-Protection.

(1) Use of Force Justifiable for Protection of the Person. Subject to the provisions of this Section and of Section 3.09, the use of force upon or toward another person is justified when the actor believes that such force is immediately necessary for the purpose of protecting himself against the use of unlawful force by such other person on the present occasion.

(2) Limitations on Justifying Necessity for Use of Force. [...]

(c) Except as required by paragraphs (a) and (b) of this Subsection, a person employing protective force may estimate the necessity thereof under the circumstances as he believes them to be when the force is used, without retreating, surrendering possession, doing any other act which he has no legal duty or abstaining from any lawful action [...]

Section 3.09 [...] Reckless or Negligent Use of Otherwise Justifiable Force [...]

[...]

(2) When the actor believes that the use of force upon or toward the person of another is necessary for any of the purposes for which such belief would establish a justification under Sections 3.03 to 3.08 but the actor is reckless or negligent in having such belief or in acquiring or failing to acquire any knowledge or belief which is material to the justifiability of his use of force, the justification afforded by those Sections is unavailable in a prosecution for an offense for which recklessness or negligence, as the case may be, suffices to establish culpability.

**Projet de code pénal de la
Commission canadienne de réforme du droit (1987)**

3(2) Absence de connaissance

a) **Erreur de fait.** Nul n'est responsable d'un crime commis par absence de connaissance, en raison d'une erreur ou de l'ignorance à l'égard des circonstances. Toutefois, si d'après son interprétation des faits, la personne croyait commettre un crime inclus ou un crime autre que celui qui lui est imputé, elle est responsable d'avoir commis ce crime inclus ou d'avoir tenté de commettre cet autre crime.

b) **Exception : témérité et négligence.** Cette disposition ne s'applique pas dans le cas d'un crime pouvant être commis par témérité ou par négligence, lorsque l'absence de connaissance est imputable à la témérité ou à la négligence de la personne.

3(9) Nécessité

a) **Règle générale.** Nul n'est responsable lorsque les conditions suivantes sont réunies :

(i) il agit pour empêcher un préjudice corporel immédiat ou un préjudice matériel grave et immédiat;

(ii) le préjudice appréhendé est nettement plus grave que celui qui résulte du crime reproché;

(iii) ce préjudice ne peut être empêché efficacement par des moyens moins extrêmes.

b) **Exception.** Cette disposition ne s'applique pas à quiconque cause à dessein la mort ou un préjudice corporel grave à autrui.

**Projet de loi portant réforme
des dispositions générales du code pénal (1989)
(France)**

Article 122-4. - N'est pas punissable la personne qui, face à une atteinte injustifiée envers une personne ou un bien, accomplit dans le même temps un acte nécessaire à la défense légitime de cette personne ou de ce bien, sauf s'il y a disproportion entre les moyens de défense employés ou le résultat obtenu et la

gravité de l'atteinte.

Est présumé avoir agi en état de défense légitime celui qui accomplit l'acte en repoussant, de nuit, l'entrée par effraction, violence ou ruse dans un lieu habité.

DISPOSITIONS DU CODE CRIMINEL CANADIEN

Code criminel, 1892,
S.C. 1891-92, c. 29

45. [Self-Defence - Against Unprovoked Assault] Every one unlawfully assaulted, not having provoked such assault, is justified in repelling force by force, if the force he uses is not meant to cause death or grievous bodily harm, and is no more than necessary for the purpose of self-defence; and every one so assaulted is justified, though he causes death or grievous bodily harm, if he causes it under reasonable apprehension of death or grievous bodily harm from the violence with which the assault was originally made or with which the assailant pursues his purpose, and if he believes, on reasonable grounds, that he cannot otherwise preserve himself from death or grievous bodily harm.

45. [Repousser une attaque non provoquée] Tout individu illégalement attaqué, sans provocation de sa part, est justifiable de repousser la violence par la violence, si, en en faisant usage, il n'a pas l'intention de causer la mort ni des blessures corporelles graves, et si elle n'est pas poussée au delà de ce qui est nécessaire pour se défendre; et quiconque est ainsi attaqué est justifiable, même s'il cause la mort ou quelque blessure corporelle grave, et s'il la cause dans l'appréhension raisonnable de mort ou de blessures corporelles graves par suite de la violence avec laquelle l'attaque a été d'abord faite contre lui ou avec laquelle son assailant poursuit son dessein, et s'il croit pour des motifs plausibles qu'il ne peut autrement se soustraire lui-même à la mort ou à des blessures corporelles graves.

46. [Self-Defence - Against Provoked Assault]
[...]
2. Provocation, within the meaning of this and the last preceding section, may be given by blows or gestures.

46. [Repousser une attaque provoquée] [...]
2. Une provocation, aux termes du présent article et du précédent, peut être donnée par des coups, des paroles ou des gestes.

47. [Prevention of Insult]
Every one is justified in using force in defence of his own person, or that of any one under his protection, from an assault accompanied with insult: Provided, that he uses no more force than is necessary to prevent such assault, or the repetition of it: Provided also, that this section shall not justify the wilful infliction of any hurt or mischief disproportionate to the insult which the force used was intended to prevent.

47. [Défense contre les insultes] Chacun est justifiable d'avoir recours à la force pour se défendre lui-même, ou défendre quelqu'un qui est sous sa protection, contre une attaque accompagnée d'insultes; pourvu qu'il ne fasse usage que de la force nécessaire pour repousser cette attaque ou sa répétition; pourvu aussi que le présent article ne justifie que ce soit d'infliger volontairement aucun coup ou aucune blessure hors de proportion avec l'insulte qu'il avait l'intention de repousser.

Code criminel (1955)
S.C. 1953-54, c. 51

37. (1) [Preventing Assault]
Every one is justified in using force to defend himself or any one under his protection from assault, if he uses no more force than is necessary to prevent the assault or the repetition of it.

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

(2) [Extent of justification]
Nothing in this section shall be deemed to justify the wilful infliction of any hurt or mischief that is excessive, having regard to the nature of the assault that the force used was intended to prevent.

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

Code criminel
L.R.C. 1985, c. C-46

27. [Use of force to prevent

27. [Recours à la force pour

commission of offence] Every one is justified in using as much force as is reasonably necessary

(a) to prevent the commission of an offence

(i) for which, if it were committed, the person who committed it might be arrested without warrant, and

(ii) that would be likely to cause immediate and serious injury to the person or property of anyone;

(b) to prevent anything being done that, on reasonable grounds, he believes would, if it were done, be an offence mentioned in paragraph (a).

265. (1) [Assault] A person commits an assault when

(a) without the consent of another person, he applies force intentionally to that other person, directly or indirectly;

(b) he attempts or threatens, by an act or a gesture, to apply force to another person, if he has, or causes that other person to believe on reasonable grounds that he has, present ability to effect his purpose; or

empêcher la perpétration d'une infraction] Toute personne est fondée à employer la force raisonnablement nécessaire:

a) pour empêcher la perpétration d'une infraction:

(i) d'une part, pour laquelle, si elle était commise, la personne qui la commet pourrait être arrêtée sans mandat,

(ii) d'autre part, qui serait de nature à causer des blessures immédiates et graves à la personne ou des dégâts immédiats et graves aux biens de toute personne;

b) pour empêcher l'accomplissement de tout acte qui, à son avis, basé sur des motifs raisonnables, constituerait une infraction mentionnée à l'alinéa a).

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

a) d'une manière intentionnelle, emploie la force, directement ou indirectement, contre une autre personne sans son consentement;

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;

(c) while openly wearing or carrying a weapon or an imitation thereof, he accosts or impedes another person or begs.

c) en portant ostensiblement une arme ou une imitation, aborde ou importune une autre personne ou mendie.

232. (4) [Death during illegal arrest] Culpable homicide that otherwise would be murder is not necessarily manslaughter by reason only that it was committed by a person who was being arrested illegally, but the fact that the illegality of the arrest was known to the accused may be evidence of provocation for the purpose of this section.

232. (4) [Mort au cours d'une arrestation illégale] Un homicide coupable qui autrement serait un meurtre n'est pas nécessairement un homicide involontaire coupable du seul fait qu'il a été commis par une personne alors qu'elle était illégalement mise en état d'arrestation; le fait que l'illégalité de l'arrestation était connue de l'accusé peut cependant constituer une preuve de provocation pour l'application du présent article.

DISPOSITIONS DE CODES PÉNAUX ÉTRANGERS

Code de droit canonique (1983)

[Traduction] **Titre III - Le sujet soumis aux sanctions pénales**

Can. 1323 - N'est punissable d'aucune peine la personne qui, lorsqu'elle a violé une loi ou un précepte [...]

§ 4. a agi forcée par une crainte grave, même si elle ne l'était que relativement, ou bien poussée par la nécessité ou pour éviter un grave inconvénient, à moins cependant que l'acte ne soit intrinsèquement mauvais ou qu'il ne porte préjudice aux âmes;

§ 5. a agi en état de légitime défense contre un agresseur qui l'attaquait injustement, elle-même ou une autre personne, tout en gardant la modération requise;

[...]

§ 7. a cru, sans faute de sa part, que se présentait une des circonstances prévues aux nn. 4 ou 5.

Can. 1324 - § 1. L'auteur d'une violation n'est pas exempt de peine, mais la peine prévue par la loi ou le précepte doit être tempérée, ou encore une pénitence doit lui être substituée, si le délit a été accompli [...]

5° par qui a agi forcé par une crainte grave, même si elle ne l'est que relativement, ou bien poussé par le besoin ou pour éviter un grave inconvénient, si le délit est intrinsèquement mauvais ou s'il porte préjudice aux âmes;

6° par qui, agissant en état de légitime défense contre un agresseur qui attaquait injustement lui-même ou un autre, n'a pas gardé la modération requise;

[...]

8° par qui, par une erreur dont il est coupable, a cru que se présentait une des circonstances dont il s'agit au can. 1323, nn. 4 et 5. [...]

Code pénal allemand (1975)

[Traduction] **ARTICLE 16 Erreur sur les circonstances de l'acte**

(1) Si, au moment de la commission de l'acte, l'auteur ignorait une circonstance qui constitue un des éléments constitutifs du délit, il n'agit pas intentionnellement. Le caractère punissable de l'acte commis par imprudence n'en est pas affecté.

[Traduction] **ARTICLE 17 Erreur sur l'illicéité**

Si, lors de la commission de l'acte, l'auteur n'a pas conscience d'agir de façon illicite, il agit sans culpabilité, s'il n'a pu éviter cette erreur. Si l'auteur pouvait éviter l'erreur, la peine peut être atténuée en application de l'article 49, alinéa 1 [Note : l'art. 49, al. 1 traite des causes spéciales d'atténuation légale]

[Traduction] **ARTICLE 32 Légitime défense**

(1) Celui qui commet un acte commandé par la légitime défense n'agit pas de façon illicite.

(2) La légitime défense est la défense qui est nécessaire pour détourner, de soi-même ou d'autrui, une attaque illicite et actuelle.

Code pénal autrichien (1974)

[Traduction] **Légitime défense**

ARTICLE 3. - (1) N'agit pas en violation du droit quiconque fait acte de défense dans la stricte mesure nécessaire pour se protéger lui-même, ou protéger un tiers, contre une agression contraire au droit visant dans l'immédiat ou menaçant directement sa vie, sa santé, son intégrité physique, sa liberté ou ses biens. L'acte n'est cependant pas justifié, s'il est manifeste que l'agressé n'est menacé que d'un léger dommage et que la défense est disproportionnée par rapport à l'attaque, eu égard en particulier à la gravité des conséquences préjudiciables pour l'agresseur nécessitées par la défense.

(2) Quiconque outrepassé la mesure justifiée de la défense, ou recourt à une forme de défense manifestement inadéquate (al. 1), n'est punissable, lorsqu'un tel comportement est seulement le fait du trouble, de la crainte ou de la peur, que si la transgression des limites admises par la loi en matière de défense est due à la négligence de l'intéressé et si le fait d'agir par négligence est passible d'une peine.

Code pénal de la R.S.F.S.R. (1961)

[Traduction] **ART. 13. - Légitime défense**

Ne constitue pas une infraction l'acte qui, bien que caractérisé par les éléments constitutifs d'une infraction prévue dans la partie spéciale du présent Code, a cependant été commis en état de légitime défense, c'est-à-dire à l'occasion de la protection des intérêts de l'État soviétique, des intérêts sociaux, de la personne ou des droits de celui qui se défend ou d'une autre personne, contre une attaque socialement dangereuse, en causant un préjudice à l'auteur du

dommage si, à cette occasion, les limites de la légitime défense n'ont pas été dépassées.

Par dépassement des limites de la légitime défense, il faut entendre une nette disproportion entre, d'une part, la défense et, d'autre part, le caractère et le danger de l'agression.

Code pénal suisse (1942)

ART. 19 Erreur sur les faits

Celui qui aura agi sous l'influence d'une appréciation erronée des faits sera jugé d'après cette appréciation si elle lui est favorable.

Le délinquant qui pouvait éviter l'erreur en usant des précautions voulues est punissable pour négligence, si la loi réprime son acte comme délit de négligence.

ART. 33 Légitime défense.

Celui qui est attaqué sans droit ou menacé sans droit d'une attaque imminente a le droit de repousser l'attaque par des moyens proportionnés aux circonstances; le même droit appartient aux tiers.

Si celui qui repousse une attaque a excédé les bornes de la légitime défense, le juge atténuera librement la peine (art. 66); si cet excès provient d'un état excusable d'excitation ou de saisissement causé par l'attaque, aucune peine ne sera encourue.

Crimes Act 1961 (Nouvelle-Zélande)

48. Everyone is justified in using, in the defence of himself or another, such force as in the circumstances as he believes them to be, it is reasonable to use.

North Dakota Century Code (1976)
(États-Unis)

12.1-05-03. Self-defense. A person is justified in using force upon another person to defend himself against danger of imminent unlawful bodily injury, sexual assault, or detention by such other person, except that [...]

[...]

12.1-05-08. Excuse. A person's conduct is excused if he believes that the facts are such that his conduct is necessary and appropriate for any of the purposes which would establish a justification or excuse under this chapter, even though his belief is mistaken. However, if his belief is negligently or recklessly held, it is not an excuse in a prosecution for an offense for which negligence or recklessness, as the case may be, suffices to establish culpability. Excuse under this section is a defense or affirmative defense according to which type of defense would be established had the facts been as the person believed them to be.

TABLE DES LOIS, PROJETS DE LOI ET CONVENTIONS INTERNATIONALES

LOIS ET PROJETS DE LOI

Allemagne

Code pénal allemand du 15 mai 1871
dans sa rédaction du 2 janvier 1975..... 165

art. 16(1)..... 92
17..... 167, 201, 203, 290
32..... 68, 165, 291
32(2)..... 104
33..... 216
34..... 24, 265
35..... 24, 265
49(1)..... 290

Autriche

Code pénal autrichien du 23 janvier 1974

art. 3.....164, 291
3(1).....64, 81, 104
3(2)..... 215
5(1)..... 211
8..... 164
9..... 201

Canada

Acte pour consolider et amender les statuts de cette Province, relatifs aux offenses contre les personnes, S.Prov.C. 1841, c. 27

art. 8..... 46

Acte concernant les offenses contre la Personne, S.C. 1869, c. 20

art. 7..... 46

Code criminel, 1892, S.C. 1891-92, c. 29..... 8, 33, 50, 86, 268

art. 45..... 50, 286
 46..... 50
 46(2)..... 286
 47..... 50, 287

Code criminel, S.R.C. 1927, c. 36

par. 55(1)..... 50

Code criminel, S.C. 1953-54, c. 51

art. 34..... 85, 235
 37..... 50, 84, 85, 287
 230b)..... 235

Code criminel, S.R.C. 1970, c. C-34

art. 17..... 33
 41(2)..... 83
 156..... 237
 205(5)a)..... 26
 212..... 206, 207
 212a\ (ii)..... 114
 214(5)a)..... 237
 244(1)a)..... 235
 244(1)b)..... 235

Code criminel, L.R.C. 1985, c. C-46⁸³⁷

art. 6(1)b).....	12
8(3).....	47, 88, 108, 254
9.....	12
13.....	92, 95, 96
16.....	93
16(1).....	92
16(2).....	92, 93, 94, 269
16(3).....	138
19.....	199, 202
21.....	178
21-23.....	179
23.1.....	178, 179
25(1).....	2
25(3).....	2, 114
27.....	2, 26, 72, 111, 191, 192, 193, 287
27a).....	247, 288
34.....	3, 76, 82-86, 88, 108, 112-115, 126, 132, 135-138, 142, 145, 189, 194, 204, 229, 235, 236, 243, 269, 275
34(1).....	2, 3, 15, 28, 82, 84, 88, 90, 92, 104, 105, 107, 108, 112, 115, 126, 136-138, 141, 145, 146, 189, 228-233, 244, 274
34(2).....	2, 4, 28, 82, 83, 90, 92, 105, 106, 108, 112-115, 126, 136-140, 145, 189, 190, 194, 227-235, 239-242, 244, 274, 275
34(2)a).....	82, 113, 115, 142, 233, 238-241
34(2)b).....	106, 142, 233
35.....	3, 4, 28, 86
36.....	3
37.....	2-4, 15, 29, 50, 82-86, 88, 90, 96, 105, 112, 113, 116, 126, 136, 141, 142, 189, 228-231, 233, 243, 269
37(1).....	29, 50, 85, 104, 105, 126, 203, 229
37(2).....	115, 116, 126, 199, 202
43.....	124
222(5)a).....	26, 92, 193
222(5)b).....	26, 193
229.....	206, 207

837. Pour les dispositions des art. 27, 34, 35 et 37, comprend des références au Code criminel, S.R.C. 1970, c. C-34, art. 27, 34, 35 et 37.

229a)(ii).....	114
232.....	214, 219
232(4).....	3, 91, 203, 289
234.....	193
264.1(1)a).....	108
265(1).....	13, 154, 235, 288
265(1)a).....	13, 235, 288
265(1)b).....	154, 155, 235, 288
266a).....	13
279(2).....	246
494(1)a).....	2
662(3).....	193
742a).....	189
742b).....	189

<i>Charte canadienne des droits et libertés, Partie 1 de la Loi constitutionnelle de 1982, constituant l'annexe B de la Loi de 1982 sur le Canada (R.-U.), 1982, c. 11.....</i>		65
art. 1.....	63, 193, 195, 202	
art. 7.....	30, 62, 64, 86, 142, 193, 195, 196 202, 203, 221, 254, 273, 274	
art. 11.....	12	

<i>Loi constitutionnelle de 1982 étant l'annexe B de la Loi de 1982 sur le Canada, 1982 (R.-U.), c. 11.....</i>		12
---	--	----

Église catholique

Code de droit canonique de 1983

can. 1321, § 1.....	208
1323, § 4.....	216, 289
1323, § 5.....	57, 173, 289
1323, § 7.....	173, 290
1324, § 1.....	290
1324, § 1, 5°.....	216, 290
1324, § 1, 6°.....	216, 290
1324, § 1, 8°.....	173, 216, 290

États-Unis

<i>North Dakota Century Code (1976)</i>	81
art. 12.1-05-03.....	81, 163
12.1-05-08.....	163, 293

France

<i>Ordonnance de Villers-Cotterets de 1539</i>	
art. 168.....	37
<i>Grande Ordonnance sur la procédure criminelle de 1670</i>	
titre XVI, articles 2 et suivants.....	37
<i>Code pénal, loi décrétée le 12 février 1810</i>	
art. 328.....	163
329.....	168
<i>Projet de loi portant réforme des dispositions générales du code pénal déposé au Sénat le 11 mai 1989</i>	
art. 122-4.....	169, 285

Italie

<i>Code pénal italien</i>	
art. 5.....	201

Norvège

<i>Code pénal norvégien de 1902</i>	
par. 48(4).....	216

Nouvelle-Zélande

Crimes Act 1961, 1961 (N.-Z.), no 43

art. 2.....	49
48.....	111

Crimes Amendment Act 1980, 1980 (N.-Z.)

par. 2(1).....	111
----------------	-----

Royaume-Uni

<i>That a Man Killing a Thief in his Defence, shall not forfeit his Goods (1532) (R.-U.), 24 Hen. 8, c. 5.....</i>	42
--	----

*An Act for consolidating and amending the Statutes
in England relative to Offences against the person
(1828) (R.-U.), 9 Geo. 4, c. 31*

art. 10.....	46
--------------	----

<i>H.L., P.L. 306, An Act to consolidate and amend the Criminal Law of England, so far as it relates to Incapacity to commit offences, Duress, Criminal Intention, Criminal Agency and Participation, and Homicide, and other Offences against the Person [as amended by the Select Committee].....</i>	110
---	-----

Offences against the Person Act 1861, 24 & 25 Vict., c. 100

art. 7.....	46
-------------	----

H.C., P.L. 44, Homicide Act, 1874.....

art. 23.....	48, 280
29.....	215

H.C., P.L. 178, Criminal Code (Indictable Offences), 1878....

art. 25.....	133, 281
119.....	48, 132, 281
120.....	48, 132, 281
161(d).....	87

Criminal Law Act 1967 (R.-U.), c. 58

art. 3..... 158

Loi de 1982 sur le Canada (R.-U.), 1982, c. 11..... 12

Suisse*Code pénal suisse de 1942*

art. 18(1)..... 13
 19..... 166, 292
 33..... 292
 33(2)..... 215
 34..... 78

U.R.S.S.*Code pénal de la R.S.F.R.R. (Russie) de 1960*

art. 13.....171, 291

*Fondements de la législation pénale de l'U.R.S.S. et des
Républiques fédérées de 1958*

art. 13..... 171

CONVENTION INTERNATIONALE*La Convention de sauvegarde des droits
de l'homme et des libertés fondamentales,
(1955) 213 R.T.N.U. 221*

art. 2..... 62

TABLE DE JURISPRUDENCE

Allemagne

3 B.G.H.St. 105 (1952).....	165
-----------------------------	-----

Angleterre

<i>Anon.</i> , (1836) 2 Lew. 48, 168 E.R. 1075 (Assizes).....	61, 83, 84
<i>Beckford c. The Queen</i> , [1987] 3 W.L.R. 611 (P.C.).....	159
<i>Cook's Case</i> (1639) Cro. Car. 537, 79 E.R. 1063 (K.B.).....	131
<i>Hales c. Petit</i> , (1562) 1 Plowden 253, 75 E.R. 387 (Common Bench).....	60
<i>Hyam c. D.P.P.</i> , [1975] A.C. 55 (H.L.).....	114
<i>Levett's Case</i> , mentionné dans <i>Cook's Case</i> , (1639) Cro. Car. 537, 79 E.R. 1063.....	131
<i>R. c. Conway</i> , [1988] 3 W.L.R. 1238 (C.A.).....	104
<i>R. c. Cunningham</i> , [1957] 2 Q.B. 396.....	161
<i>R. c. Dadson</i> , (1850) 4 Cox C.C. 358 (C.C.R.).....	118
<i>R. c. Dudley and Stephens</i> , (1884-85) 14 Q.B.D. 273.....	104
<i>R. c. Hood</i> 1 Moo. C.C. 281.....	91
<i>R. c. Lawrence</i> , [1982] A.C. 341 (H.L.).....	160
<i>R. c. Prince</i> , (1875) 13 Cox C.C. 138 (Court of Crown Cases Reserved).....	132
<i>R. c. Willer</i> , (1986) 83 Cr.App.R. 225 (C.A.).....	104
<i>R. c. Williams</i> , [1983] 78 Cr.App.R. 438 (C.A.).....	158

<i>Scott c. Shepherd</i> , (1773) 2 Wm. Bl. 892, 96 E.R. 525 (K.B.).....	134
<i>Valderrama-Vega</i> [1985] <i>Crim.L.R.</i> 220 (C.A.).....	126

Australie

<i>R. c. Lawson and Forsythe</i> , [1986] V.R. 515 (S.C.).....	95
<i>Van Den Hoek c. R.</i> , (1986) 69 A.L.R. 1 (H.C. of A.).....	218
<i>Zecevic c. Director of Public Prosecutions (Victoria)</i> , (1987) 162 C.L.R. 645 (H.C. of A.).....	162, 191

Canada

<i>Bélanger c. La Reine</i> , (13 janvier 1983), Québec, no 200-10-000083-811 (C.A.Q.), résumé à J.E. 83-166.....	1, 34, 112, 113, 230
<i>Bergstrom c. La Reine</i> , [1981] 1 R.C.S. 539.....	32, 33
<i>Brisson c. La Reine</i> , [1982] 2 R.C.S. 227. 105, 112, 191, 207, 208	
<i>Cain c. The Queen</i> , [1989] 1 R.C.S. vi.....	142
<i>Cloutier c. Langlois</i> , [1990] 1 R.C.S. 158.....	124
<i>Colet c. La Reine</i> , [1981] 1 R.C.S. 2.....	91
<i>Cooper c. La Reine</i> , [1980] 1 R.C.S. 1149.....	93, 94
<i>Lewis c. La Reine</i> , [1979] 2 R.C.S. 821.....	121, 122, 123, 124
<i>Lowther c. The Queen</i> , (1957) 26 C.R. 150 (C.A.Q.).....	85, 113
<i>Martin c. R.</i> , (1985) 47 C.R. (3d) 342 (C.A.Q.).....	1, 230
<i>Ogg-Moss c. La Reine</i> , [1984] 2 R.C.S. 173.....	124
<i>Olbey c. La Reine</i> , [1980] 1 R.C.S. 1008.....	219
<i>Operation Dismantle c. La Reine</i> , [1985] 1 R.C.S. 441.....	65
<i>Pappajohn c. La Reine</i> , [1980] 2 R.C.S. 120.....	139, 140
<i>Parnerkar c. La Reine</i> , [1974] R.C.S. 449.....	219

<i>Perka c. La Reine</i> , [1984] 2 R.C.S. 232.....	25, 26, 27, 76, 104, 261, 262, 263, 264, 265, 266, 276, 277
<i>Priestman c. Colangelo et al.</i> , [1959] R.C.S. 615.....	49
<i>R. c. Antley</i> , [1964] 1 O.R. 545 (C.A.).....	83
<i>R. c. Baker</i> , (1988) 45 C.C.C. (3d) 368 (C.A. C.-B.).....	26
<i>R. c. Barkhouse</i> , (1983) 58 N.S.R. (2d) 393 (N.S. Prov. Ct.).....	29, 91
<i>R. c. Barron</i> , (1984) 39 C.R. (3d) 375 (H.C.J. Ont.), infirmé (1985), 48 C.R. (3d) 334 (C.A. Ont.).....	92
<i>R. c. Basarabas and Spek</i> , (1981) 62 C.C.C. (2d) 13 (C.A. C.-B.), infirmé [1982] 2 R.C.S. 730.....	113
<i>R. c. Bayard</i> , (1988) 92 N.R. 376 (C.A. C.-B.).....	28, 105
<i>R. c. Bayard</i> , (1989) 92 N.R. 376 (C.S.C.).....	27, 105
<i>R. c. Baxter</i> , (1975) 27 C.C.C. (2d) 96 (C.A. Ont.)... 2, 105, 106, 136, 138, 162, 230, 238, 241, 242	
<i>R. c. Bédard</i> , (1986) 2 Q.A.C. 132, pourvoi à la Cour suprême du Canada rejeté [1988] 1 R.C.S. 231.....	61
<i>R. c. Bernard</i> , [1988] 2 R.C.S. 833.....	32
<i>R. c. Big M Drug Mart Ltd.</i> , [1985] 1 R.C.S. 295.....	195
<i>R. c. Bogue</i> , (1976) 30 C.C.C. (2d) 403 (C.A. Ont.).....	114, 137, 238, 241
<i>R. c. Bolyantu</i> , (1975) 29 C.C.C. (2d) 174 (C.A. Ont.)... 137, 138	
<i>R. c. Bottrell</i> , (1981) 60 C.C.C. (2d) 211 (C.A. Ont.).....	114
<i>R. c. Breau</i> , (1959) 125 C.C.C. 84 (Cour supr. N.-B.).....	77
<i>R. c. Bulmer</i> , [1987] 1 R.C.S. 782.....	138, 139, 140
<i>R. c. Buzzanga and Durocher</i> , (1979) 49 C.C.C. (2d) 369 (C.A. Ont.).....	14
<i>R. c. Byrne</i> , (1966) 3 C.C.C. 179 (C.A. C.-B.).....	235
<i>R. c. C.M.C.</i> , (1991) 102 N.S.R. (2d) 39 (N.S.S.C. App. Div.).	108
<i>R. c. Chaulk</i> , [1990] 3 R.C.S. 1303.....	25, 93, 95, 96, 195
<i>R. c. Chivers</i> , [1988] N.W.T.R. 124 (N.W.T.S.C.)....	82, 84, 85, 88

<i>R. c. Clark</i> , (1983) 5 C.C.C. (3d) 264 (C.A. Alb.).....	114
<i>R. c. Clow</i> , (1985) 44 C.R. (3d) 228 (C.A. Ont.).....	213
<i>R. c. Cole</i> , (1981) 64 C.C.C. (2d) 119 (C.A. Ont.), autorisation d'appeler à la Cour suprême du Canada refusée (1982) 42 N.R. 175.....	92
<i>R. c. Deegan</i> , [1979] 6 W.W.R. 97 (C.A. Alb.).....	107, 192, 206, 207, 208
<i>R. c. Desveaux</i> , (1986) 26 C.C.C. (3d) 88 (C.A. Ont.).....	112
<i>R. c. Di Palma</i> , (1986) 2 Q.A.C. 253.....	107
<i>R. c. Faid</i> , [1983] 1 R.C.S. 265.....	28, 105, 191, 194, 214, 218
<i>R. c. Fawzi</i> , (2 mai 1990), Toronto (Ont. Prov. Ct.), résumé à (1990) 10 W.C.B. (2d) 176.....	137, 138
<i>R. c. Francella</i> , (1988) 46 C.C.C. (3d) 93 (C.A. Ont.), pourvoi à la Cour suprême du Canada rejeté [1990] 2 R.C.S. 1420	237
<i>R. c. Fraser</i> , (1980) 55 C.C.C. (2d) 503 (C.A. Alb.).....	197
<i>R. c. Gee</i> , [1982] 2 R.C.S. 286.....	26, 111, 191, 192, 193, 206
<i>R. c. Gee</i> , (1980), 55 C.C.C. (2d) 525 (C.A. Alb.).....	111, 192, 205, 206
<i>R. c. Good</i> , (17 avril 1991), Vancouver, CA 012569 (C.A. C.-B.).....	141
<i>R. c. Hess et Nguyen</i> , [1990] 2 R.C.S. 906.....	32
<i>R. c. Hill</i> , [1986] 1 R.C.S. 313.....	219
<i>R. c. Holley</i> , (22 juin 1990), no 2693/89 (Ont. Dist. Ct.), résumé à (1990) 10 W.C.B. (2d) 148	82, 137
<i>R. c. Holmes</i> , [1988] 1 R.C.S. 914.....	33
<i>R. c. Imbeau</i> , (1989) 3 Y.R. 260 (Y.C.A.).....	114
<i>R. c. Inwood</i> , (1989) 48 C.C.C. (3d) 173 (C.A. Ont.).....	224, 247
<i>R. c. Jobidon</i> , (1991) 128 N.R. 321 (C.S.C.).....	103
<i>R. c. Judge</i> , (1957) 118 C.C.C. 410 (C.A. Ont.).....	235
<i>R. c. Kusyj</i> , (1983) 51 A.R. 243 (N.W.T.S.C.).....	79

R. c. <i>La Corporation de la ville de Sault Ste-Marie</i> , [1978] 2 R.C.S. 1299.....	14
R. c. <i>Larham</i> , [1971] 4 W.W.R. 304 (C.A. C.-B.).....	91
R. c. <i>Lavallee</i> , (1988) 44 C.C.C. (3d) 113 (C.A. Man.).....	227
R. c. <i>Lavallee</i> , [1990] 1 R.C.S. 852.....83, 85, 87, 101, 105, 107 222, 223, 224, 226, 227, 228, 229, 231, 232, 234, 236 238, 242, 243, 245, 252, 274, 275	
R. c. <i>Lavallee, Case on Appeal</i> , dossier de la Cour suprême du Canada, no 21022 vol. 4.....	238
vol. 6.....	228, 231, 233, 235, 236
R. c. <i>Logan</i> , [1990] 2 R.C.S. 731.....	31
R. c. <i>MacCannel</i> , (1980) 54 C.C.C. (2d) 188 (C.A. Ont.).....	14
R. c. <i>Mack</i> , [1988] 2 R.C.S. 903.....	9, 27
R. c. <i>Martineau</i> , [1990] 2 R.C.S. 633.....	31, 194
R. c. <i>Mulder</i> , (1978) 40 C.C.C. (2d) 1 (C.A. Ont.).....	113, 116
R. c. <i>Nealy</i> , (1986) 54 C.R. (3d) 158 (C.A. Ont.).....	213
R. c. <i>Oakes</i> , [1986] 1 R.C.S. 103.....	65, 195, 196
R. c. <i>O'Donnell</i> ; R. c. <i>Cluett</i> , (1982) 3 C.C.C. (3d) 333 (N.S.S.C. App. Div.), infirmé pour <i>Cluett c.</i> <i>La Reine</i> , [1985] 2 R.C.S. 216.....	91
R. c. <i>Ogal</i> , (1928) 50 C.C.C. 71 (Alta. S.C. App.Div.).....	107
R. c. <i>Paré</i> , [1987] 2 R.C.S. 618.....	237
R. c. <i>Parente</i> , (1988) 28 O.A.C. 154.....	28
R. c. <i>Rabey</i> , (1977) 37 C.C.C. (2d) 461 (C.A. Ont.).....	212
R. c. <i>Ridley</i> , (1987) 3 W.C.B. (2d) 89 (B.C.Co.Ct.).....	88
R. c. <i>Scott</i> , [1990] 3 R.C.S. 979.....	9
R. c. <i>Seaboyer and Gayme</i> , (1991) 128 N.R. 81 (C.S.C.).....	197
R. c. <i>Shule</i> , (1987) 57 Sask.R. 276 (Q.B.).....	82
R. c. <i>Stanley</i> , (1977) 36 C.C.C. (2d) 216 (C.A. C.-B.).....	61, 83
R. c. <i>Swain</i> , [1991] 1 R.C.S. 933.....	93

<i>R. c. T.J.H. (Y.O.A.)</i> , (18 janvier 1991), Vancouver, CA 011800 (C.A. C.-B.), résumé à <i>R. c. H.(T.J.)</i> , (1991) 12 W.C.B. (2d) 73.....	116
<i>R. c. Trecroce</i> , (1980) 55 C.C.C. (2d) 202 (C.A. Ont.).....	213
<i>R. c. Turner</i> , (1990) 11 W.C.B. (2d) 270 (Ont. Ct. (Gen. Div.)).....	29
<i>R. c. Vaillancourt</i> , [1987] 2 R.C.S. 636.....	14, 32, 194
<i>R. c. Ward</i> , (1978) 4 C.R. (3d) 190 (C.A. Ont.).....	107, 114
<i>R. c. Wholesale Travel Group Inc. and Chedore</i> , (1991) 130 N.R. 1 (C.S.C.).....	22, 30, 32
<i>R. c. Whynot</i> , (1983) 9 C.C.C. (3d) 449 (N.S.S.C. App. Div.).....	83, 85, 229, 243, 246
<i>Rabey c. La Reine</i> , [1980] 2 R.C.S. 513.....	212
<i>Reilly c. La Reine</i> , [1984] 2 R.C.S. 396.....	83, 112, 139, 140, 141, 191, 238, 240, 241
<i>Renvoi relatif au Code criminel (Man.)</i> , [1990] 1 R.C.S. 1123.....	25, 203
<i>Renvoi sur la Motor Vehicle Act (C.-B.)</i> , [1985] 2 R.C.S. 486.....	30
<i>Roberge c. La Reine</i> , [1983] 1 R.C.S. 312.....	200
<i>Sansregret c. La Reine</i> , [1985], 1 R.C.S. 570.....	161
<i>Schwartz c. La Reine</i> , [1977] 1 R.C.S. 673.....	94
<i>Wright c. La Reine</i> , [1969] R.C.S. 335.....	219

États-Unis

<i>Brown c. United States</i> , 256 U.S. 335 (1921).....	107
<i>People c. Young</i> , 11 N.Y.2d 274, 183 N.E.2d 319, 229 N.Y.S.2d 1 (1962), infirmé 12 A.D.2d 262, 210 N.Y.S. 2d 358 (1961).....	149
<i>State c. Leidholm</i> , 334 N.W. 2d 811 (N.D. 1983).....	163
<i>State c. Wanrow</i> , 559 P.2d 548 (Wash. 1977).....	101
<i>Stevenson c. United States</i> , 162 U.S. 313 (1898).....	207

République d'Irlande

People (A.-G.) c. Dwyer, [1972] I.R. 416 (S.C.)..... 191

BIBLIOGRAPHIE

Monographies

- ABDULNOUR, K.K., *La distinction entre co-activité et complicité. Étude de doctrine et de jurisprudence en Suisse, en Allemagne et en France*, Genève, Coopérative d'Imprimerie, 1967, 165 p.
- AHRENS, H., *Cours de droit naturel ou de philosophie de droit, complété, dans les principales matières, par des aperçus historiques et politiques*, 7e éd., t. 1, "Contenant la Partie générale" et t. 2, "Contenant la Partie spéciale", Leipzig, Brockhaus, 1875, xxii, 330 p. (t. 1) et xiv, 522 p. (t. 2).
- American Jurisprudence*, 2e éd., vol. 40, Rochester, Lawyers Co-Operative Publishing, 1968, xx, 1234 p. avec un "Cumulative Supplement", mars 1989, 336 p.
- ANCEL, M., PIONTKOVSKY, A.A. et TCHKHIVADZE, V.M., *Le système pénal soviétique*, Paris, L.G.D.J., 1975, vii, 150 p.
- ANCEL, M., STRAHL, I., ANDENAES, J. et WAABEN, K., *Le droit pénal des pays scandinaves*, vol. 4, collection "Les grands systèmes de droit pénal contemporains", Paris, Les éditions de l'Épargne, 1969, x, 224 p.
- ANDENAES, J., *The General Part of the Criminal Law of Norway*, South Hackensack (New Jersey), Rothman, 1965, xxiii, 346 p.
- BAKER, J.H., *An Introduction to English Legal History*, 3e éd., Londres, Butterworths, 1990, xlix, 673 p.
- BASSIOUNI, M.C. et SAVITSKI, V.M., édés., *The Criminal Justice System of the USSR*, Springfield, Charles C. Thomas, 1979, xxiv, 268 p.
- BEATTIE, J.M., *Crime and the Courts*, Princeton (New Jersey), Princeton University Press, 1986, xxiv, 663 p.
- BENTHAM, J., *An Introduction to The principles of Morals and Legislation*, New York, Hafner Press, 1948, lii, 378 p.
- Theory of Legislation*, traduction du français d'Etienne

- Dumont par R. Hildreth, Londres, Kegan Paul, Trench, Trubner, 1931, lii, 555, [19] p.
- BERMAN, H.J., *Law and Revolution - The Formation of the Western Legal Tradition*, Cambridge, Harvard University Press, 1983, xii, 657 p.
- BISHOP, J.P., *Commentaries on the Criminal Law*, 7e éd., vol. 1, Boston, Little, Brown, 1882, xlvi, 803 p.
- BLACKSTONE, W., *Commentaries on the Laws of England: A Facsimile of the First Edition of 1765-1769*, vol. 1, *Of the Rights of Persons (1765)*, vol. 3, *Of Private Wrongs (1768)* et vol. 4, *Of Public Wrongs (1769)*, Chicago, University of Chicago Press, 1979 (réimpression de : Oxford, Clarendon Press, 1765 pour le vol. 1, 1768 pour le vol. 2 et 1769 pour le vol. 3), xiii, 473 p. (vol. 1), xii, 455, [xxvii] p. (vol. 3) et xvi, 436, [34] p. (vol. 4).
- BOUZAT, P. et PINATEL, J., *Traité de droit pénal et de criminologie*, t. 1, *Droit pénal général*, 2e éd., Paris, Dalloz, 1970, xiii, 882, [xlvi] p.
- BOYLE, C.L.M., BERTRAND, M.-A., LACERTE-LAMONTAGNE, C. et SHAMAI, R., *Un examen féministe du droit criminel*, Ottawa, Ministère des Approvisionnement et Services Canada, 1985, xxv, 232 p.
- BRACTON, *Bracton De Legibus et Consuetudinibus Angliae - Bracton On the Laws and Customs of England*, édité par G.E. Woodbine et traduit par S.E. Thorne, Cambridge, Seldon Society & Belknap Press of Harvard University Press, 1968, vol. 2, xxii, 449 p.
- BRENTANO, F., *The Origin of Our Knowledge of Right and Wrong*, Londres, Routledge & Kegan Paul, 1969, xi, 171 p.
- BROWN, M.G., BRICKNELL-DANAHER, M., NELSON-FITZPATRICK, C., et BJORNSON, J., *Gender Equality in the Courts. Criminal Law. A Study by the Manitoba Association of Women and the Law*, 1991.
- BURBIDGE, G.W., *A Digest of the Criminal Law of Canada (Crimes and Punishments)*, Toronto, Carswell, 1980 (réimpression : Toronto, Carswell, 1890), lxiii, 588 p.
- BURCHELL, E.M. et HUNT, P.M.A., *South African Criminal Law and Procedure*, vol. 1, *General Principles of Criminal Law*, Cape Town, Juta, 1983, lxii, 512 p.
- BUTLER, W.E., éd., *Basic Documents on the Soviet Legal System*, 1re éd., New York, Oceana, 1983, 394 p.
- Soviet Law*, 2e éd., Londres, Butterworths, 1988, xxiii, 430 p.

- CARD, R., *Cross Jones and Card - Introduction to Criminal Law*, 11e éd., Londres, Butterworths, 1988, xli, 630 p.
- Cassel's French-English English-French Dictionary*, 20e éd., Toronto, Cassell, 1959.
- CICÉRON, M.T., *Oeuvres complètes de Cicéron avec la traduction en français*, t. 3 (comprenant le "Plaidoyer pour T.A. Milon" aux pp. 213-240) et t. 4 (comprenant le "Traité de la République" aux pp. 277-349), sous la direction de M. Nisard, Paris, Librairie de Firmin-Didot, 1927, 676 p. (t. 3) et 659 p. (t. 4).
- CLARENCE-SMITH, J.A., *Medieval Law Teachers and Writers, Civilian and Canonist*, Ottawa, University Press, 1975, xviii, 129 p.
- CLARKE, K.L., BARNHORST, R. et BARNHORST, S., *Criminal Law and the Canadian Criminal Code*, Toronto, McGraw-Hill Ryerson, 1977, xv, 286 p.
- Code de droit canonique*, Ottawa, Service des Éditions de la Conférence des Évêques catholiques du Canada, 1984, xxxii, 363 p.
- Code pénal*, 82e éd., Petits Codes Dalloz, Paris, Jurisprudence Générale Dalloz, 1984, 1154, [8] p.
- Collection des codes pénaux européens du Comité de législation étrangère et de droit international du Ministère de la Justice*, t. 4, *Les nouveaux codes pénaux de langue allemande*, Paris, Documentation française avec le concours du Centre français de droit comparé, 1981, 565 p.
- COLVIN, E., *Principles of Criminal Law*, 1re éd., Toronto, Carswell, 1986, xxix, 340 p.
- Principles of Criminal Law*, 2e éd., Toronto, Carswell, 1991, xxxvi, 399 p.
- COMMISSION DE RÉFORME DU DROIT DU CANADA, *19e rapport annuel, 1989-90*, Ottawa, Commission de réforme du droit du Canada, 1991, 50 p.
- Droit pénal: Partie générale - responsabilité et moyens de défense*, Document de travail 29, Ottawa, Ministère des Approvisionnement et Services Canada, 1982, 239 p.
- L'homicide*, Document de travail 33, Ottawa, Ministère des Approvisionnement et Services Canada, 1984, 129 p.
- Pour une nouvelle codification du droit pénal*, Rapport 31, Ottawa, Commission de réforme du droit du Canada, 1987, 233 p.

- CÔTÉ-HARPER, G., MANGANAS, A.D. et TURGEON, J., *Droit pénal canadien*, 3e éd., Cowansville, Blais, 1989, xxix, 785 p.
- CRAWFORD, J.B.M. et QUINN, J.F., *The Christian Foundations of Criminal Responsibility. A Philosophical Study of Legal Reasoning*, vol. 40 dans la collection "Toronto Studies in Theology", Lewiston (N.-Y.), The Edwin Mellen Press, 1991, vi, 504 p.
- CRÉMAZIE, J., *Les lois criminelles anglaises traduites et compilées de Blackstone, Chitty, Russell et autres criminalistes anglais, et telles que suivies en Canada : arrangées suivant les dispositions introduites dans le code criminel de cette province par les statuts provinciaux 4 et 5 Victoria, chap. 24, 25, 26 et 27. comprenant aussi un précis des statuts pénaux de la ci-devant province du Bas-Canada*, Québec, Imprimerie de Frechette, 1842, xii, 591 p.
- CRIMINAL LAW REVISION COMMITTEE, *Offences Against the Person*, Rapport 14, Londres, H.M.S.O., 1980, viii, 150 p.
- CRONIN, M., *The Science of Ethics*, vol. 2, *Special Ethics*, Dublin, M.H. Gill, 1939, xii, 707 p.
- CROWE, M.B., *The Changing Profile of the Natural Law*, La Hague, Martinus Nijhoff, 1977, xii, 321 p.
- CURRIE, D.W., *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, 60 p.
- DANILUS, A., *De defensione legitima in jure poenali canonico*, Rome, Apud Custodiam Librariam Pontificii Instituti Utriusque Iuris, 1951, 106 p.
- DARBELLAY, J., *Théorie générale de l'illicéité, en droit civil et en droit pénal*, Fribourg (Suisse), Éditions Universitaires, 1955, 189 p.
- DASKALAKIS, É., *Réflexions sur la responsabilité pénale*, Paris, P.U.F., 1975, 102 p.
- DAVITT, T.E., *Transactions of the American Philosophical Society*, vol. 58, 5e partie, Philadelphia, The American Philosophical Society, 1968, 144 p.
- D'ENTRÈVES, A.P., *Natural Law - An Introduction To Legal Philosophy*, 2e éd., Londres, Hutchinson University Library, 1972, 208 p.
- Des théories du droit naturel*, sous la direction de S. Goyard-Fabre, no 11 des Cahiers de philosophie politique et juridique, Caen, Centre de publications de l'Université de Caen, 1987, 159 p.

- DIAS, R.W.M., *Jurisprudence*, 5e éd., Londres, Butterworths, 1985, xxvi, 520 p.
- DICEY, A.V., *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, 8e éd., Londres, MacMillan, 1920, cv, 577 p.
- Dictionnaire de droit canonique*, publié sous la direction de R. NAZ, t. 6, Paris, Letouzey et Ané, 1957, 1522 p.
- DONNEDIEU DE VABRES, H., *Traité de droit criminel et de législation pénale comparée*, 3e éd., Paris, Sirey, 1947, xviii, 1059 p.
- DOUCET, J.-P., *Précis de Droit pénal général*, Liège, Faculté de droit, d'économie et de sciences sociales de l'Université de Liège, 1976, viii, 303 p.
- DRESSLER, J., *Understanding Criminal Law*, New York, Matthew Bender, 1987, xxxix, 568, [28] p.
- EAST, E.H., *A Treatise of the Pleas of the Crown*, vol. 1, Londres, Butterworths, 1803, lxiv, 480 p.
- EWING, C.P., *Battered Women Who Kill: Psychological Self-Defense as Legal Justification*, Lexington, Lexington Books, 1987, viii, 175 p.
- FASSO, G., *Histoire de la Philosophie du droit, XIXe et XXe siècles*, Paris, L.G.D.J., 1976, 312 p.
- FAWCETT, J.E.S., *The Application of the European Convention on Human Rights*, 2e éd., Oxford, Clarendon Press, 1987, xiii, 444 p.
- FELDBRUGGE, F.J., *Soviet Criminal Law: General Part*, Leyden, Sythoff, 1964, 291 p.
- FINNIS, J., *Natural Law and Natural Rights*, Oxford, Clarendon Press, 1980, xv, 425 p.
- FISSE, B., *Howard's Criminal Law*, 5e éd., Sydney, The Law Book, 1990, cxxiii, 660 p.
- FLETCHER, G.P., *A Crime of Self-Defense: Bernhard Goetz and the Law on Trial*, New York, Free Press, 1938, xi, 253 p.
- Rethinking Criminal Law*, Boston, Little, Brown, 1978, xxviii, 898 p.
- FLOUR, M., *Cours de droit criminel : Licence 2me année, 1955-56*, Paris, Les Cours de droit, 1956, 1088 p.
- FORIERS, P., *De l'état de nécessité en droit pénal*, Bruxelles,

- Bruylant, 1951, xxx, 364 p.
- FORIERS, P. et PERELMAN, C., "Natural Law and Natural Rights" dans *La pensée juridique de Paul Foriers*, vol. 2, Bruxelles, Bruylant, 1982, pp. 721-750.
- FORTIN, J. et VIAU, L. *Traité de droit pénal général*, Montréal, Thémis, 1982, xi, 457 p.
- FOSTER, M., *A Report of some Proceedings on the Commission of Oyer and Terminer and Goal Delivery for the Trial of the Rebels in the Year 1746 in the County of Surry, and of Other Crown Cases. To which Are Added Discourses upon a Few Branches of the Crown Law*, Oxon, Professional Books, 1982, viii, 430, [18] p. (réimpression de l'éd. de 1762).
- FOVIAUX, J., *La rémission des peines et des condamnations : Droit monarchique et droit moderne*, Paris, P.U.F., 1970, 189 p.
- GAUTHIER, J., *Cours de droit pénal suisse, 2e partie, L'infraction*, Lausanne, Université de Lausanne (polycopies), 1991, 158 p.
- GONSALVES, M.A., *Fagothey's Right & Reason Ethics in Theory and Practice*, 9e éd., Columbus, Merrill, 1989, xi, 611 p.
- GORDON, G.H., *The Criminal Law of Scotland*, 2e éd., Édimbourg, Green, 1978, lxxix, 1174 p.
- GRAVEN, P., *An Introduction to Ethiopian Penal Law (Arts. 1-84 Penal Code)*, Addis Ababa, The Faculty of Law Haile Sellassie 1 University & Oxford University Press, 1965, vii, 289 p.
- GREEN, T.A., *Verdict According to Conscience: Perspectives on the English Criminal Trial Jury 1200-1800*, Chicago, University of Chicago Press, 1985, xx, 409 p.
- GREENAWALT, K., *Conflicts of Law and Morality*, New York, Oxford University Press, 1989, xii, 383 p.
- GREENSPAN, E.L., *Martin's Annual Criminal Code 1991*, Aurora, Canada Law Book, 1990, ix, 1393 p.
- GROSS, H., *A Theory of Criminal Justice*, New York, Oxford Press, 1979, xviii, 521 p.
- GROTIUS, H., *Le droit de la guerre et de la paix*, t. 1, trad. par J. Barbeyrac, Caen, Université de Caen, Centre de philosophie politique et juridique, 1984 (réimpression de: Amsterdam, P. de Coup, 1724), xliii, 1001, [42] p. (pour les 2 t.).
- GUR-ARYE, M., *Actio Libera in Causa*, Jerusalem, Hebrew University of Jerusalem, 1984, 111 p.

- HAARSCHER, G., *Philosophie des droits de l'homme*, Bruxelles, Éditions de l'Université de Bruxelles, 1987, 150 p.
- Harrap's New Shorter French and English Dictionary*, Londres, Harrap, 1977.
- HALE, M., *The History of the Pleas of the Crown*, vol. 1, Oxon, Professional Books, 1987 (réimpression: Holborn, Nutt et Gosling, 1736), xix, 710 p.
- HALL, J. *General Principles of Criminal Law*, 2e éd., Indianapolis, Bobbs-Merrill, 1960, xii, 642 p.
- HAWKINS, W., *A Treatise of The Pleas of the Crown*, vol. 1 et 2, 2e éd., New York, Arno Press, 1972 (réimpression: Londres, Sayer, 1734), 310, [44] p. (vol. 1) et 387, [77] p. (vol. 2).
- HEGEL, G.W.F., *Principes de la philosophie du droit*, trad. par A. Kaan, Paris, Gallimard, 1940, 320 p.
- HOBBS, T., *The English Works of Thomas Hobbes of Malmesbury*, vol. 2 et vol. 6, Aalen, Scientia, 1962 (réimpression de l'éd. de 1841 pour le vol. 2 et de l'éd. de 1840 pour le vol. 6), xxiv, 319 p. (vol. 2) et 536 p. (vol. 6).
- HOLLAND, W.H., "Excessive Force in Self Defence", travail préparé pour le Ministère de la Justice Canada, Révision du droit pénal, mars 1985, 41 p. [non publié].
- HORRIGAN, L.B. et THOMPSON, S.D., *Select American Cases on the Law of Self-Defence*, St. Louis, Soule, Thomas & Wentworth, 1874, xiv, 990 p.
- HURNARD, N.D., *The King's Pardon For Homicide Before A.D. 1307*, Oxford, Clarendon Press, 1969, xiv, 394 p.
- JEANDIDIER, W., *Droit pénal général*, Paris, Montchrestien, 1988, 530 p.
- JERVIS, J., *Archbold's Summary of the Law Relative to Pleading and Evidence in Criminal Cases; with the Statutes, Precedents of Indictments, & c. and the Evidence Necessary to Support them*, Fourth American from the Seventh London Edition, Enlarged, with the Decisions to the Present Time, New York, Gould, Banks, 1840, xxxvi, 701 p.
- JESCHECK, H.-H., *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, 4e éd., Berlin, Duncker & Humblot, 1988, xlvi, 931 p.
- JULIA, D., *Dictionnaire de la philosophie*, Paris, Larousse, 1964, 320 p.
- KANT, I., *The Metaphysical Elements of Justice, Part I of the*

- Metaphysics of Morals*, trad. par J. Ladd, New York, Macmillan, 1965, xxxvi, 150 p.
- The Philosophy of Law: An Exposition of the Fundamental Principles of Jurisprudence as The Science of Right*, trad. par W. Hastie, Édimbourg, Clark, 1887, 265 p.
- KEETON, G., *The Norman Conquest and the Common Law*, Londres, Benn, 1966, 238 p.
- KUTTNER, S., *Kanonistische Schuldlehre von Gratian bis auf die Dekretalen Gregors IX*, Città del Vaticano, Biblioteca Apostolica Vaticana, 1935, xxiii, 429 p.
- LACHANCE, A., *La justice criminelle du roi au Canada au XVIIIe siècle. Tribunaux et officiers*, Les cahiers d'histoire de l'Université Laval, no 22, Québec, Les Presses de l'Université Laval, 1978, xvi, 187 p.
- LAFAVE, W.R. et SCOTT, A.W., *Substantive Criminal Law*, vol. 1, St. Paul, West, 1986, xxxiii, 696 p. (vol. 1).
- LAINGUI, A., *La responsabilité pénale dans l'ancien droit (XVIe-XVIIIe siècle)*, Paris, L.G.D.J., 1970, 366 p.
- LAINGUI, A. et LEBIGRE, A., *Histoire du droit pénal*, t. 1, *Le droit pénal*, Paris, Cujas, 1979, xi, 223 p.
- LAW REFORM COMMISSION OF VICTORIA, *Homicide*, Discussion Paper No. 13, Melbourne, Law Reform Commission of Victoria, 1988, 72 p.
- LECLERCQ, J., *Leçons de droit naturel*, v. 1, *Le fondement du droit et de la société*, Namur, Ad. Wesmael-Charlier, 1933, 462 p. et v. 4, *Les droits et devoirs individuels*, Namur, Ad. Wesmael-Charlier, 1937, 434 p.
- LEIBELL, J.F., *Readings in Ethics*, Chicago, Loyola University Press, 1926, xv, 1098 p.
- Les Codes pénaux européens, Nouvelle Collection du Comité de législation étrangère et de droit international*, t. 4, Roumanie, République de Saint-Marin, Suède, Suisse, Tchécoslovaquie, Turquie, Union soviétique (R.S.F.S.R.), Yougoslavie, Paris, Centre français de droit comparé, 1971, 812 p.
- LEVASSEUR, G., *L'emploi de la force en matière de maintien de l'ordre et de fonctionnement de la justice répressive*, Cours de droit criminel approfondi, Enseignement de doctorat en droit criminel, Université d'Ottawa, 1967-68, 169 p.
- LOGOZ, P., *Commentaire du Code pénal Suisse, Partie Générale*, 2e éd. mise à jour avec la collaboration d'Y. Sandoz, Neuchâtel, Delachaux & Niestlé, 1976, 569 p.

- MACDOWELL, D.M., *Athenian Homicide Law in the age of the orators*, Manchester, The University Press, 1963, x, 161 p.
- MACLEOD, L., *Espoirs et déceptions dans le domaine des femmes battues : progrès, dilemmes et perspectives de prévention*, Ottawa, Centre national d'information sur la violence dans la famille, 1989, 60 p.
- MARTIN, J.C., *The Criminal Code of Canada*, Toronto, Cartwright, 1955, lxxxiii, 1206 p.
- MAYRAND, A., *Dictionnaire de maximes et locutions latines utilisées en droit*, Cowansville, Blais, 1985, ix, 312 p.
- MENON, C.U., éd., *Aiyar & Anand's Law of Private Defence*, 2e éd., Allahabad (Indes), Law Book Company, 1964, xl, 558 p.
- MERLE, R., et VITU, A., *Traité de Droit Criminel*, t. 1, *Problèmes généraux de la science criminelle - Droit pénal général*, 6e éd., Paris, Cujas, 1988, 1048 p.
- MEWETT, A. et MANNING, M., *Criminal Law*, 2e éd., Toronto, Butterworths, 1985, lxvii, 741 p.
- MOMMSEN, T., *Le droit pénal romain*, t. 2, trad. de J. Duquesne, Collection "Manuel des antiquités romaines", vol. XVIII, Paris, Fontemoing, 1907, 443 p.
- MOREL, A., *Code des droits et libertés*, Textes réunis par A. Morel, 3e éd., Montréal, Thémis, 1989, xiii, 343 p.
- MORELAND, R., *The Law of Homicide*, Indianapolis, Bobbs-Merrill, 1952, viii, 338 p.
- MORIAUD, P., *De la justification du délit par l'état de nécessité*, Genève, R. Burkhardt, 1889, 323 p.
- MORRIS, N.R. et HOWARD, C., *Studies in Criminal Law*, Oxford, Clarendon Press, 1964, xxxiv, 270 p.
- NAZ, R., *Traité de droit canonique*, t. 4, livres IV et V, *Des Procès, des délits, des peines*, 2e éd., Paris, Letouzey et Ané, 1954, 834, [xxxv] p.
- O'CONNOR, D. et FAIRALL, P.A., *Criminal Defences*, 2e éd., Sydney, Butterworths, 1988, xxviii, 277 p.
- O'REGAN, R.S., *New Essays on the Australian Criminal Codes*, Sydney, The Law Book, 1988, xxii, 125 p.
- O'SULLIVAN, R., *Christian Philosophy in the Common Law*, Westminster, The Newman Bookshop, 1947, 61 p.;

- The Spirit of the Common Law: A representative collection of the papers of Richard O'Sullivan*, Tenbury Wells (Angleterre), Fowler Wright Books, 1965, 161 p.
- PERKINS, R.M. et BOYCE, R.N., *Criminal Law*, 3e éd., Mineola, Foundation Press, 1982, xxxv, 1269 p.
- POLLOCK, F. et MAITLAND, F.W., *The History of English Law, Before the Time of Edward 1*, 2e éd., vol. II, Cambridge, Cambridge University Press, 1984, xv, 691 p. (vol. II).
- POST, G., *Studies in Medieval Legal Thought: Public Law and the State*, Princeton (N.J.), Princeton University Press, xv, 633 p.
- PRADEL, J., *Droit pénal*, t. 1, *Introduction générale - Droit pénal général*, 6e éd., Paris, Cujas, 1988, 881 p.
- PRINS, A., *Science pénale et droit positif*, Bruxelles, Bruylant, 1899, xxxvii, 589 p.
- Projet de nouveau Code pénal*, Paris, Dalloz, 1988, 171 p.
- PUFENDORF, S., *De Jure Naturae Et Gentium Libri Octo*, vol. 2, *The Translation of the Edition of 1688* par C.H. Oldfather et Q.A. Oldfather, Oxford, The Clarendon Press, 1934, 1465 p.
- Les Devoirs de l'homme et du citoyen: tels qu'ils lui sont prescrits par la loi naturelle*, t. 1, trad. par J. Barbeyrac, 6e éd., Caen, Centre de philosophie politique et juridique, Université de Caen, 1984 (réimpression de : Londres, Nourse, 1741), 403 p.
- RAMIREZ, J.B. et VALENZUELA BEJAS, M., *Le système pénal des pays d'Amérique latine (avec référence au Code pénal type latino-américain)*, Paris, Pedone, 1983, 159 p.
- RÉGNIER, J., *L'État est-il maître de la vie et de la mort?*, Paris, Centurion, 1983, 191 p.
- REVIEW COMMITTEE OF COMMONWEALTH CRIMINAL LAW, *Interim Report - Principles of Criminal Responsibility*, Canberra, Australian Government Publishing Service, 1990, viii, 491, [42] p.
- RICKABY, J., *Moral Philosophy or Ethics and Natural Law*, 3e éd., New York, Benziger, 1905, viii, 378 p.
- ROBERT, P., *Le Petit Robert 1*, Paris, Le Robert, 1988, xxxi, 2171 p.
- ROBINSON, P.H., *Criminal Law Defences*, vol. 1 et 2, St. Paul, West, 1984, xli, 585 p. (vol. 1) et xxvii, 783 p. (vol. 2).
- Fundamentals of Criminal Law*, Boston, Little, Brown, 1988,

- xlii, 1090 p.
- ROMERIO, F., *Plaidoyer pour la légitime défense*, Éditions du Dauphin, Paris, 1979, 165 p.
- RUSSELL, F.H., *The Just War in the Middle Ages*, Cambridge, Cambridge University Press, 1979 (réédition de 1975), xi, 319 p.
- SALMOND, J., *Jurisprudence*, 7e éd., Londres, Sweet & Maxwell, 1924, xviii, 580, [32] p.
- SARTRE, J.-P., *L'être et le néant, essai d'ontologie phénoménologique*, Paris, Gallimard, 1970, 692 p.
- SHEEHY, E.A. et BOYD, S.B., *Canadian Feminist Perspective on Law: An Annotated Bibliography of Interdisciplinary Writings*, A special publication of Resources for Feminist Research Ontario Institute for Studies in Education Toronto, 1989, 79 p.
- SHEENY, E.A., *Background Paper - Personal Autonomy and the Criminal Law*, Ottawa, Canadian Advisory Council on the Status of Women, 1987, 84 p.
- SIGMUND, P.E., *Natural Law in Political Thought*, Cambridge (Massachusetts), Winthrop, 1971, x, 214 p.
- SILVING, H., *Constituent Elements of Crime*, Springfield, Charles C. Thomas, 1967, xxiv, 458 p.
- Criminal Justice*, vol. 1 et 2, Buffalo, Hein, 1971, xxviii, 557 p. (vol. 1) et xii, 553 p. (vol. 2).
- SLOAN, I.J., *The Law of Self-Defense: Legal and Ethical Principles*, Legal Almanac Series No. 64, New York, Oceana, 1987, iv, 147 p.
- SMITH, J.C. et HOGAN, B., *Criminal Law*, 6e éd., Londres, Butterworths, 1988, ciii, 890 p.
- SMITH, J.C., *Justification and Excuse in the Criminal Law*, The Hamlyn Lectures, 40e sér., Londres, Stevens, 1989, ix, 183 p.
- SMITH, K.J.M., *A Modern Treatise on the Law of Criminal Complicity*, Oxford, Clarendon Press, 1991, xli, 227 p.
- SNYMAN, C.R., *Criminal Law*, 1re éd., Durban, Butterworths, 1984, 545 p.
- STEFANI, G., LEVASSEUR, G. et BOULOC, B., *Droit pénal général*, 12e éd., Paris, Dalloz, 1984, xx, 731 p.
- STEPHEN, J.F., *A Digest of the Criminal Law (Crimes and*

- Punishments*), 4e éd., Londres, Macmillan, 1887, xl, 441 p.
- A History of the Criminal Law of England*, vol. 2 et 3, Buffalo (New York), Hein, 1985 (réimpression: Londres, MacMillan, 1883), vi, 497 p. (vol. 2) et vi, 592 p. (vol. 3).
- STREET, H., *The Law of Torts*, 6e éd., Londres, Butterworths, 1976, liii, 528 p.
- STROUD, D.A., *Mens Rea Or Imputability Under The Law Of England*, Londres, Sweet & Maxwell, 1914, xxiv, 352 p.
- STUART, D., *Canadian Criminal Law: A Treatise*, 1ère éd., Toronto, Carswell, 1982, liii, 602 p.
- Canadian Criminal Law: A Treatise*, 2e éd., Toronto, Carswell, 1987, xlvii, 611 p.
- SULLIVAN, S.J., *Killing in Defense of Private Property: The Development of a Roman Catholic Moral Teaching, Thirteenth to Eighteenth Centuries*, Missoula (Montana), Scholars Press, 1976, 234 p.
- TASCHEREAU, H.E., *The Criminal Code of the Dominion of Canada As Amended in 1893 With Commentaries, Annotations, Precedents of Indictments, &c., &c.*, Toronto, Carswell, 1893, xcvi, 1080 p.
- THE AMERICAN LAW INSTITUTE, *Model Penal Code: Proposed Official Draft*, Philadelphia, The American Law Institute, 1962, xxii, 346 p.
- 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, xv, 319 p.
- The Encyclopedia of Philosophy*, P. Edwards, éd., vol. 5, New York, Macmillan, 1967, 553 p.
- The Encyclopedia of Religion*, M. Eliade, éd., vol. 10, New York, Macmillan, 1987, 552 p.
- THE LAW COMMISSION, *Criminal law: A Criminal Code for England and Wales*, vol. 1, *Report and Draft Criminal Code* et vol. 2, *Commentary on Draft Criminal Code*, Law Com. No. 177, Londres, H.M.S.O., 1989, vi, 174 p.
- Criminal Law - Codification of the Criminal Law: A Report to the Law Commission*, Law Com. No. 143, Londres, H.M.S.O., 1985, vi, 104 p.
- 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, 364 p.

The Norwegian Penal Code, vol. 3 dans la série *The American Series of Foreign Penal Codes*, South Hackensack (N.J.), Rothman, 1961, xi, 167 p.

The Penal Code of the Federal Republic of Germany, vol. 28 dans la série *The American Series of Foreign Penal Codes*, Littleton, Rothman, 1987, xxvi, 257 p.

THOMAS D'AQUIN (SAINT), *Somme théologique*, t. 3, Paris, Éditions du Cerf, 1985, 1158 p.

TURNER, J.W.C., *Kenny's Outlines of Criminal Law*, 19e éd., Bombay, Cambridge University Press, lxxiv, 680 p.

VIDAL, G. et MAGNOL, J., *Cours de droit criminel et de science pénitentiaire*, 9e éd., t. 1, *Droit pénal général - science pénitentiaire*, Paris, Rousseau, 1949, xi, 879 p. (t. 1).

VON LISZT, F., *Traité de droit pénal allemand*, t. 1, *Introduction - Partie générale*, trad. par R. Lobstein, Paris, Giard & Brière, 1911, xiv, 417 p.

WALKER, L.E., *Terrifying Love: Why Battered Women Kill and How Society Responds*, New York, Harper & Row, 1989, viii, 342 p.

The Battered Woman Syndrome, New York, Springer, 1984, xi, 256 p.

WATT, D. et FUERST, M.K., *The Annotated 1991 Tremear's Criminal Code*, Toronto, Carswell, 1990, lvii, 1394 p.

WATTS, T.J., *Justifiable Homicide or Manslaughter: The Battered Woman Defense in Murder Trials, A Bibliography*, Monticello, Vance Bibliographies, 1989, 14 p.

WEINREB, L.L., *Natural Law and Justice*, Cambridge, Harvard University Press, 1987, ix, 320 p.

WHARTON, F., *Philosophy of Criminal Law*, Holmes Beach (Floride), Gaunt, 1989 (réimpression : Philadelphie, Kay, 1880), iv, 326 p.

WILLIAMS, G., *Criminal Law: The General Part*, 2e éd., Londres, Stevens, 1961, liv, 929 p.

Textbook of Criminal Law, 2e éd., Londres, Stevens, 1983, xlvii, 1007 p.

YEO, S.M.H., *Compulsion in the Criminal Law*, Sydney, The Law Book, 1990, xxiv, 300 p.

YOTOPOULOS-MARANGOPOULOS, A., *Les mobiles du délit: Étude de*

criminologie et de droit pénal suisse et comparé, Paris, L.G.D.J., 1974, xvi, 350 p.

ZUBER, T.G., *Introduction to Canadian Criminal Law*, Toronto, McGraw-Hill Ryerson, 1974, 130 p.

Ouvrages collectifs

- BERNARDINI, R., "Légitime défense" refonte du 1er janvier 1986 dans *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale*, 2e éd., t. IV, *Insolvabilité frauduleuse à Prêt sur gages*, Paris, Dalloz, pp. 1- 8 de la rubrique "Légitime défense".
- BINAVINCE, E., "The Doctrine of Mens Rea in Germany", dans *Travaux du quatrième colloque international de droit comparé*, Ottawa, Éditions de l'Université d'Ottawa, 1967, pp. 143-163.
- BROOKBANKS, W., "Compulsion and self-defence", dans N. Cameron et S. France (dir.), *Essays on Criminal Law in New Zealand - Towards Reform?*, Wellington, Victoria University Press, pp. 95-116.
- BUTLER, W.E., "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, pp. 99-130.
- CROSS, R., "The Reports of the Criminal Law Commissioners (1833-1849) and the Abortive Bills of 1853", dans P.R. GLAZEBROOK (dir.), *Reshaping the Criminal Law: Essays in honour of Glanville Williams*, Londres, Stevens, 1978, pp. 5-20.
- DAMASKA, M., "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, pp. 1477-1505.
- DIX, G.E., "Self-defense", dans S.H. Kadish, (dir.), *Encyclopedia of Crime and Justice*, vol. 3, New York, Free Press, 1983, pp. 946-953.
- FLETCHER, G.P., "Excuse: Theory", dans S.H. KADISH (dir.), *Encyclopedia of Crime and Justice*, vol. 2, New York, Free Press, 1983, pp. 724-728.
- "Justification: Theory", dans S.H. KADISH (dir.), *Encyclopedia of Crime and Justice*, vol. 3, New York, Free Press, 1983, pp. 941-946.

- GAUDEMET, J., "Le problème de la responsabilité pénale dans l'antiquité", dans *La responsabilité pénale, Travaux du Colloque de philosophie pénale (12 au 21 janvier 1959)*, Paris, Dalloz, 1961, pp. 51-80.
- GLAZEBROOK, P.R., "Criminal Law Reform: England", dans S.H. KADISH (dir.), *Encyclopedia of Crime and Justice*, vol. 2, New York, Free Press, 1983, pp. 490-501.
- JESCHECK, H.-H., "Droit pénal - Procédure pénale", traduction et adaptation par A. Rieg, dans M. FROMONT et A. RIEG (dir.), *Introduction au droit allemand*, t. 2, *Droit public - Droit pénal*, Paris, Cujas, 1984, pp. 253-337.
- JODOUIN, A., "L'incidence de l'article 7 de la Charte canadienne des droits et libertés sur la mens rea", dans *Formation permanente du Barreau du Québec, Nouveaux Développements en droit criminel découlant de la Charte canadienne des droits et libertés*, Cowansville, Blais, 1988, pp. 15-24.
- "Systèmes, interprétation et culpabilité", dans *Mélanges Louis-Philippe Pigeon, Collection Bleue, Ouvrages Collectifs*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1989, pp. 235-261.
- METZ, R., "La responsabilité pénale dans le droit canonique médiéval", dans *La responsabilité pénale, Travaux du Colloque de philosophie pénale (12 au 21 janvier 1959)*, Paris, Dalloz, 1961, pp. 83-116.
- VON HIRSCH, A. et JAREBORG, N., "Provocation and culpability", dans F. SCHOEMAN (dir.), *Responsibility, Character, and the Emotions: New Essays in Moral Psychology*, Cambridge, Cambridge University Press, 1987, pp. 241-255.

Articles de revues, de journaux et articles non publiés

- ALEXANDER, L.A., "Justification and Innocent Aggressors", (1987) 33 *Wayne L.Rev.* 1177-1189.
- ALLDRIDGE, P., "The Coherence of Defences", [1983] *Crim.L.R.* 665-672.
- AMES, J.B., "Law and Morals", (1908-1909) *Harv.L.Rev.* 97-113.
- ARCHIBALD, B.P., "Crime and Punishment: The Constitutional Requirements for Sentencing Reform in Canada", (1988) 22 *R.J.T.* 307-342.
- "The Constitutionalization of the General Part", (1988) 67 *R. du B. can.* 403-454.

- ARCHIBALD, T., "The Interrelationship Between Provocation and Mens Rea: A Defence of Loss of Self-control", (1986) 28 *Crim.L.Q.* 454-475.
- ARZT, G., "Ignorance or Mistake of Law", (1976) 24 *Am.J.Comp.Law* 646-679.
- "The Problem of Mistake of Law", [1986] *B.Y.U.L.Rev.* 711-732.
- ASHWORTH, A.J., "Excusable Mistake of Law", [1974] *Crim.L.R.* 652-662.
- "Self-Defence and the Right to Life", (1975) 34 *Camb.L.J.* 282-307.
- "The Doctrine of Provocation", [1976] *Camb.L.J.* 292-320.
- BAILEY, M.J., "The Fall of the Half-Way House: The Supreme Court of Canada in *Gee, Brisson and Faid*", (1984) 22 *Alta. L.R.* 473-490.
- BEALE, J.H., "Homicide in Self-Defence", (1903) 3 *Colum.L.Rev.* 526-545.
- "Retreat from a Murderous Assault", (1902-03) 16 *Harv.L.Rev.* 567-582.
- BEDAU, H., "The Right to Life", (1968) 52 *The Monist* 550-572.
- BENNETT, S.M., "Ending the Continuous Reign of Terror: Sleeping Husbands, Battered Wives, and the Right of Self-Defense", (1989) 24 *Wake For.L.Rev.* 959-993.
- BODENSTEIN, H.D.J., "Phases in the Development of Criminal Law Mens Rea", (1919) 36 *So.Afr.L.J.* 323-349 (première partie de cet article).
- BOISVERT, A.-M., "Légitime défense et le 'syndrome de la femme battue' : R. c. *Lavallée*", (1991) 36 *McGill L.J.* 191-215.
- "Psychanalyse d'une défense: réflexions sur l'aliénation mentale", (1990) 69 *R. du B. can.* 46-77.
- BOYLE, C., "The Battered Wife Syndrome and Self-Defence: *Lavallee v. R.*", (1990) 9 *Can.J.Fam.L.* 171-179.
- BRISSET, J., "Le stoïcisme et la vengeance", (1980) 48 *R.H.D.* 57-68.
- BRODSKY, D.J., "Educating Juries: The Battered Women Defence in Canada", (1987) 25 *Alta. L.R.* 461-476.
- BRODSKY, G., "Battered Spouse Syndrome A Defence Counsel's

- Perspective", (1987) 5 *Crown Counsel's Review* 1-3.
- BROOKBANKS, W.J., "Self-defence in New Zealand", [1989] *N.Z.L.J.* 258-262.
- BROWN, B.J., "Self-Defence in Homicide From Strict Liability to Complete Exculpation", [1958] *Crim.L.R.* 583-590.
- "The Demise of Chance Medley and the Recognition of Provocation as a Defence to Murder in English Law", (1967) 7 *Am.J. Legal Hist.* 310-318.
- BRUDNER, A., "A Theory of Necessity", (1987) 7 *Oxford J. Legal Stud.* 339-368.
- BYRD, B.S., "Kant's Theory of Punishment: Deterrence in its Threat, Retribution in its Execution", (1989) 8 *Law and Philosophy* 151-200.
- "Wrongdoing and Attribution: Implications Beyond the Justification-Excuse Distinction", (1987) 33 *Wayne L.Rev.* 1289-1342.
- BYRNE, P., "Self-defence as an answer to criminal charges", (1988) 62 *Aust.L.J.* 75-77.
- CADOPPI, A., "Recent Developments in Italian Constitutional Criminal Law", (1990) 27 *Alta. L.Rev.* 427-442.
- CASTEL, J.R., "Discerning Justice for Battered Women who Kill", (1989-90), 48 *U.T.Fac.L.Rev.* 229-258.
- CHAPMAN, B., "A Theory of Criminal Law Excuses", (1988) 1 *Canadian Journal of Law and Jurisprudence* 75-86.
- CIPPARONE, R.C., "The Defense of Battered Women who Kill", (1987) 135 *U. of P.L.Rev.* 427-452.
- COLDIRON, W.H., "Historical Development of Manslaughter", (1950) 38 *Ky.L.J.* 527-550.
- COLVIN, E., "Exculpatory Defences in Criminal Law", (1990) 10 *Oxford J. Legal Stud.* 381-407.
- COMACK, E., "Justice for Battered Women?", (1988) 22 *Canadian Dimension* 8-11.
- "Women Defendants and the 'Battered Wife Syndrome': A Plea for the Sociological Imagination", (1987) 12 *Crown's Counsel's Review* 6-10.
- COUVRAT, P., "La notion de légitime défense dans le nouveau droit français", (1984) 37 *R.I.C.P.T.* 497-503.

- CREACH, D.L., "Partially Determined Imperfect Self-Defense: The Battered Wife Kills and Tells Why", (1982) 34 *Stanford L.Rev.* 615-638.
- CROCKER, P.L., "The Meaning of Equality for Battered Women Who Kill Men in Self-Defense", (1985) 8 *Harv. Women L.J.* 121-153.
- CROSS, R., "The Making of English Criminal Law: (6) Sir James Fitzjames Stephen", [1978] *Crim.L.R.* 652-661.
- DAHL, H., "The Influence and Application of the Standard Penal Code for Latin America", (1990) 17 *Am.J.Crim.Law* 235-262.
- DELISLE, R.J., "Lavalley: Expert Opinion Based on 'Some Admissible Evidence' - Abbey Revisited", (1991) 76 *C.R.* (3d) 366-371.
- DELMAS SAINT-HILAIRE, J.-P., "La crise de la légitime défense dans la doctrine contemporaine", (1975) 28 *R.I.C.P.T.* 5-19.
- DIAMOND, S., "Criminal Law: The Justification of Self-Defense", [1987] *Ann.Sur.Am.L.* 673-700.
- DIXON, O. (The Honourable Mr. Justice), "The Development of the Law of Homicide", (1935) 9 (Supplement) *Aust.L.J.* 64-69.
- DONAVAN, D.A. et WILDMAN, S.M., "Is the Reasonable Man Obsolete? A Critical Perspective on Self-Defense and Provocation", (1981) 14 *Loy.L.A.L.Rev.* 435-468.
- DORAN, S., "The Doctrine of Excessive Defence: Developments Past, Present and Potential", (1985) 36 *N.Ir. Legal Q.* 314-341.
- DRESSLER, J., "Foreword - Justifications and Excuses: A Brief Review of the Concepts and the Literature", (1987) 33 *Wayne L.Rev.* 1155-1167.
- "New Thoughts About The Concept Of Justification In The Criminal Law: A Critique of Fletcher's Thinking and Rethinking", (1984) 32 *U.C.L.A. Law Rev.* 61-99.
- "Provocation: Partial Justification or Partial Excuse?", (1988) 51 *M.L.R.* 467-480.
- "Rethinking Heat of Passion", (1982) 73 *J.C.L.* 421-470.
- DURHAM, W.C., *Compte rendu : Rethinking Criminal Law*, [1979] *Utah L.Rev.* 628-643.
- EBER, L.P., "The Battered Wife's Dilemma: To Kill or to Be Killed", (1980-81) 32 *Hastings L.J.* 895-931.
- ECHAPPE, O., "L'imputabilité de l'acte délictueux : du droit

- romain au droit canonique", (1987) 30 *L'année canonique* 115-132.
- ELLIOTT, I.D., "Excessive Self-Defence in Commonwealth Law: A Comment", (1973) 22 *Int.Comp.L.Q.* 727-740.
- "The Use of Deadly Force in Arrest: Proposals for Reform", (1979) 3 *Crim.L.J.* 50-88.
- ESER, A., "Justification and Excuse", (1976) 24 *Am.J.Comp.Law* 621-637.
- "Reform of the Defences: A German View", article présenté à conférence de The Society for the Reform of the Criminal Law: "Reform of the Criminal Law", Londres, 26-29 juillet 1987, 17 p. [non publié].
- "The Principle of 'Harm' in the Concept of Crime: A Comparative Analysis of the Criminally Protected Interests", [1965-66] *Duquesne U.L.Rev.* 345.
- FABRICANT, J., "Homicide in Response to a Threat of Rape: A Theoretical Examination of the Rule of Justification", (1981) 11 *Golden Gate U.L.Rev.* 945-980.
- FAIGMAN, D.L., "The Battered Woman Syndrome and Self-Defense: A Legal and Empirical Dissent", (1986) 72 *Virg.L.Rev.* 619-647.
- FAIRALL, P.A., "The Demise of Excessive Self-Defence Manslaughter in Australia: A Final Orbituary?", (1988) 12 *Crim.L.J.* 28-48.
- FINGARETTE, H., "Victimization: A Legalist Analysis of Coercion, Deception, Undue Influence, and Excusable Prison Escape", (1985) 42 *Washington and Lee L.Rev.* 65-118.
- FLETCHER, G.P., "Criminal Theory as an International Discipline: Reflections on the 1984 Freiburg Workshop", (1985) 4 *Criminal Justice Ethics* 60-77.
- "Defensive Force As An Act Of Rescue", (1990) 7 *Social Philosophy & Policy* 170-179.
- "Fairness and Utility in Tort Law", (1972) 85 *Harv.L.Rev.* 537-573.
- "Mistake in the Model Penal Code: A False False Problem", (1988) 19 *Rutgers L.J.* 649-670.
- "Proportionality and the Psychotic Aggressor: A Vignette in Comparative Criminal Theory" (1973) 8 *Israel L. Rev.* 367-390.

- "Punishment and Self-Defense", (1989) 8 *Law and Philosophy* 201-215.
- "Rights and Excuses", (1984) 3 *Criminal Justice Ethics* 17-27.
- "Should Intolerable Prison Conditions Generate a Justification or an Excuse for Escape", (1979) 26 *U.C.L.A. Law Rev.* 1355-1369.
- "The Individualization of Excusing Conditions", (1974) 47 *So.Cal.L.Rev.* 1269-1309.
- "The Right and Reasonable", (1985) 98 *Harv.L.Rev.* 949-982.
- "The Right Deed For The Wrong Reason: A Reply to Mr. Robinson", (1975) 23 *U.C.L.A. Law Rev.* 293-321.
- "The Right to Life", (1979) 13 *Georgia L.Rev.* 1371-1394.
- "Two Modes of Legal Thought", (1981) 90 *Yale L.J.* 970-1003.
- FORBES, B.N., "Mistake of Fact with Regard to Defences in Tort Law", (1970) 4 *Ottawa L.Rev.* 306-311.
- GAGARIN, M., "Self-defense in Athenian Homicide Law", (1978) 19 *Greek, Roman and Byzantine Studies* 111-120.
- GALLANT, K.S., "Is Tragedy Possible?: A Comment on George Fletcher's 'The Right and the Reasonable'", (1989) 37 *Am. J.Comp.Law* 595-602.
- GARNEAU, G.S., "The Law Reform Commission of Canada and the Defence of Justification", (1983) 26 *Crim.L.Q.* 121-142.
- GILES, M., "Self-Defence and Mistake: A Way Forward", (1990) 53 *M.L.R.* 187-200.
- GIVANOVITCH, T., "La légitime défense et les droits de l'homme", [1956] *R.I.D.P.* 37-43.
- GOLD, A.D., "Manslaughter and Excessive Self-Defence", (1975) 28 *C.R.N.S.* 265-268.
- "Self-Defence - Excessive Force" (1980-81) 23 *Crim.L.Q.* 329-334.
- GRAFF, S., "Battered Women, Dead Husbands: A Comparative Study of Justifications and Excuse in American and West German Law", (1988) 10 *Loy.L.A.Int'l & Comp.L.J.* 1-55.
- GREEN, T.A., "The Jury and the English Law of Homicide", (1976) 74 *Mich.L.Rev.* 414-499.

- "Societal Concepts of Criminal Liability for Homicide in Medieval England", (1972) 47 *Speculum* 669-694.
- GREENAWALT, K., "Distinguishing Justifications from Excuses", (1986) 49 *Law & Contemp.Prob.* 89-108.
- "The Perplexing Borders of Justification and Excuse", (1984) 84 *Colum.L.Rev.* 1897-1927.
- GREENE, J., "A Provocation Defence for Battered Women Who Kill", (1989) 12 *Adel. L.R.* 145-163.
- GUR-ARYE, M., "Should a Criminal Code Distinguish Between Justification and Excuse", article présenté à la conférence de The Society for the Reform of the Criminal Law: "Criminal Code Reform", Washington, 21-25 janvier 1990, 36 p. [non publié].
- "Should the Criminal Law Distinguish Between Necessity as A Justification and Necessity as an Excuse", (1986) 102 *L.Q.R.* 71-89.
- HARLOW, C., "Self-Defence: Public Right or Private Privilege", [1974] *Crim.L.R.* 528-538.
- HASSEMER, W., "Justification and Excuse in Criminal Law: Theses and Comments", [1986] *B.Y.U.L.Rev.* 573-609.
- HERRMANN, J., "Causing the Conditions of One's Own Defense: The Multifaceted Approach of German Law", [1986] *B.Y.U.L.Rev.* 747-767.
- HOWARD, C., "Two Problems in Excessive Defence", (1968) 84 *L.Q.R.* 343-361.
- HUSAK, D.N., "Justification and the Criminal Liability of Accessories", (1989) 80 *J.Crim.L. & Crim.* 491-520.
- JAMES, C., "The Queensbury Rules of Self Defence", (1972) 21 *Int.Comp.L.Q.* 357-361.
- JESCHECK, H.-H., "The Doctrine of *mens rea* in German criminal law - its historical background and present state" (1975) 8 *C.I.L.S.A.* 112-120.
- JIMENEZ DE ASUA, L., "L'antijuridicité", [1951] *R.I.D.P.* 273-318.
- KADISH, S.H., "Respect for Life and Regard for Rights in Criminal Law", (1976) 64 *Calif.L.Rev.* 871-901.
- KAYE, J.M., "Early History of Murder and Manslaughter", (1967) 83 *L.Q.R.* 366-395 et 569-601.

- KELSEN, H., "The Concept of the Legal Order", (1982) 27 *Am.J.Juris.* 64-83.
- KINPORTS, K., "Defending Battered Women's Self-Defense Claims", (1988) 67 *Oreg.L.Rev.* 393-465.
- KOVACS, D., "Excessive Self Defence in Homicide Cases: Some Fundamental Problems in Australian Law", (1977) 4 *Monash U.L.Rev.* 50-70.
- KREMNITZER, M., "Proportionality and the Psychotic Aggressor: Another view", (1983) 18 *Israel L.Rev.* 178-214.
- LANHAM, D., "Death of a Qualified Defence?", (1988) 104 *L.Q.R.* 239-249.
- "Defence of Property in the Criminal Law", [1966] *Crim.L.R.* 368-435.
- "Self-Defence, Prevention of Crime and the Duty to Retreat", (1979) 3 *Crim.L.J.* 188-210.
- LAREAU, F., "Les mobiles dans un concept d'infraction pénale", travail écrit pour le cours DCL 7399, Cours de recherche dirigé, programme LL.M., Université d'Ottawa, session de l'hiver 1990, 120 p. [non publié].
- LEGEAIS, R., "Légitime défense et protection des biens: Aperçus de droit comparé", [1980] *R.S.C.* 325-335.
- LENCKNER, T., "The Principle of Interest Balancing as a Basis of Justification", [1986] *B.Y.U.L.Rev.* 645-668.
- LOGAN, J.C., "Imperfect Self-Defense" (1935) 20 *St.Louis U.L.J.* 131-140.
- MACQUEEN, K., "Justifiable Homicide. A battered wife who killed her husband finds compassion in the British Columbia courts", *The Ottawa Citizen* (3 mars 1991), pp. A-1 et A-2.
- MANGAN, J.T., "An Historical Analysis of the Principle of Double Effect", (1949) 10 *Theological Studies* 41-61.
- MANSON, A., "Excessive Force in the Supreme Court of Canada: A Comment on *Brisson and Gee*", (1982) 29 *C.R.* (3d) 364-373.
- MARCHAL, A., "De l'état de légitime défense en droit pénal belge", (1966-67) 47 *R.D.P.C.* 943-991.
- "Légitime défense et droits de l'homme", (1975-76) 56 *R.D.P.C.* 1029-1037.
- MARCUS, M.L., "Conjugal Violence: The Law of Force and the Force of Law", (1981) 69 *Calif.L.Rev.* 1657-1733.

- MARTINSON, D., "Lavallee v. R. - The Supreme Court of Canada Addresses Gender Bias in the Courts", (1990) 24 *U.B.C. L.Rev.* 381-396.
- MARTINSON, D., MACCRIMMON, M., GRANT, I. et BOYLE, C., "A Forum on Lavallee v. R: Women and Self-Defence", (1991) 25 *U.B.C. L.Rev.* 23-68.
- MCCAULEY, F., "Beckford and the Criminal Law Defences", (1990) 41 *N.Ir. Legal Q.* 158-166.
- MCEACHERN, A., "On Self-Defence", (1985) 43 *The Advocate* 305-318.
- MEWETT, A., "Murder and Intent: Self-defence and Provocation", (1984-85) 27 *Crim.L.Q.* 433-449.
- MIHAJLOVICH, M., "Does Plight Make Right: The Battered Woman Syndrome, Expert Testimony and the Law of Self-Defense", (1987) 62 *Ind.L.J.* 1253.
- MITCHELL, M.H., "Does Wife Abuse Justify Homicide", (1978) 14 *Wayne L.Rev.* 1705-1731.
- MORRIS, N., "A New Qualified Defence to Murder", (1960-62) 1 *Adel.L.Rev.* 23-52.
- MORSE, S.J., "Criminal Law: Undiminished Confusion in Diminished Capacity", (1984) 75 *J.Crim.L. & Crim.* 1-55.
- NAUCKE, W., "An Insider's Perspective on the Significance of the German Criminal Theory's General System for Analyzing Criminal Acts", [1984] *B.Y.U.L.Rev.* 305-321.
- O'BRIEN, N.C., "Excessive Self-Defence: A Need for Legislation", (1982-83) 25 *Crim.L.Q.* 441-457.
- OMICHIANSKI, N.M., "Applying the Theories of Justifiable Homicide to Conflicts in the Doctrine of Self-Defense", (1987) 33 *Wayne L.Rev.* 1447-1469.
- ONTARIO LEGAL AID PLAN - THE RESEARCH FACILITY, "Research Memorandum - Self-Defence - General", Memorandum D3-1, current as of December 3, 1990, 33 p. [non publié].
- ORCHARD, G.F., "Aspects of Intoxication and Self Defence in Crime" [1978] *N.Z.L.J.* 478.
- ORLAND, L., "Soviet Justice in the Gorbachev Era: The 1988 Draft Fundamental Principles of Criminal Legislation", (1989) 4 *Conn.J.Int.L.* 513.
- O'SULLIVAN, R., "The Natural Law and the Common Law", (1950)

3 *University of Notre Dame Natural Law Institute Proceedings* 9-44.

PARKER, G., "A Plea of Self-Defence Resulting in Manslaughter", (1964) 3 *Alta. L.R.* 16-49.

"Developments in Criminal law: The 1982-1983 Term", (1984) 6 *Supreme Court L.R.* 139-163.

"Developments in Criminal Law: The 1983-84 Term", (1986) 8 *Supreme Court L.R.* 165-193.

PERKINS, R.M., "Self-Defense Re-Examined", (1954) 1 *U.C.L.A. Law Rev.* 133-161.

POLLOCK, F., "The History of the Law of Nature: A Preliminary Study", (1900) 2 *Jour.Comp.Leg.* (new series) 418.

PRICE, T.W., "Defence, Necessity and Acts of Authority", (1954) 1 *Butterworth's S.Afr.L.Rev.* 1-35.

QUIGLEY, J., "The Common Law's Theory of Criminal Liability: A Challenge From Across The Atlantic", (1989) 11 *Whittier L.Rev.* 479-509.

QUIGLEY, T., "Deciphering the Defence of Provocation", (1989) 38 *U.N.B.L.J.* 11-30.

REVILLE, N.J., "Self-Defence: Courting Sober but Unreasonable Mistakes of Fact", (1988) 52 *J.C.L.* 84-95.

RITTENMEYER, S.D., "Of Battered Wives, Self-Defense and Double Standards of Justice", (1981) 9 *J.Crim.Just.* 389-395.

ROBINSON, P.H., "A Theory of Justification: Societal Harm as a Prerequisite for Criminal Liability", (1975) 23 *U.C.L.A. Law Rev.* 266-292.

"Causing the Conditions of One's Own Defense: A Study in the Limits of Theory in Criminal Doctrine" (1985) 71 *Virg.L.Rev.* 1-63.

"Criminal Law Defences: A Systematic Analysis", (1982) 82 *Colum.L.Rev.* 199-291.

ROBINSON, P.H. et GRALL, J.A., "Element Analysis in Defining Criminal Liability: The Model Penal Code and Beyond", (1983) 35 *Stanford L.Rev.* 681-762.

ROSEN, C.J., "The Excuse of Self-Defense: Correcting A Historical Accident On Behalf Of Battered Women Who Kill", (1976) *Am.Univ.L.R.* 11-56.

ROSENBERG, M., "Self Defence and Defence of Property" dans

- Federation of Law Societies of Canada, *National Criminal Law Program Substantive Criminal Law*, vol. 3, St. John, 1986, pp. 1-26.
- ROUJOU DE BOUBÉE, G., "Essai d'une théorie générale de la justification", (1982) *Annales de l'Université des sciences sociales de Toulouse* 11-25.
- RYU, P. et SILVING, H., "Error Juris: A Comparative Study", (1957) 24 *U.Chi.L.Rev.* 421-471.
- "Toward A Rational System of Criminal Law", (1963) 32 *Revista Juridica de la Universidad de Puerto Rico* 119-147.
- SCHNEIDER, E.M., "Equal Rights to Trial for Women: Sex Bias in the Law of Self-Defense", (1980) 15 *Harv. C.R.-C.L. L.Rev.* 623-647.
- SCHULHOFER, S.J., "The Gender Question In Criminal Law", (1990) 7 *Social Philosophy & Policy* 105-137.
- SCHREIBER, H.-L., "Problems of Justification and Excuse in the Setting of Accessorial Conduct", [1986] *B.Y.U.L.Rev.* 611-643.
- SCHULZ, F., "Bracton and Raymond de Penafort", (1945) 61 *L.Q.R.* 286-292.
- SINGER, R., "The Mens Rea: 1- Provocation, Emotional Disturbance, and the Model Penal Code", (1986) 27 *Boston College L.Rev.* 243-322.
- "The Resurgence of Mens Rea: II- Honest but Unreasonable Mistake of Fact in Self-Defense", (1987) 28 *Boston College L.Rev.* 459-519.
- SMITH, P., "Excessive Defence - a Rejection of Australian Initiative?", [1972] *Crim.L.R.* 525-534.
- SNELLING, H.A., "Killing in Self-Defence", (1960) 34 *Aust.L.J.* 134-138.
- SORNARAJH, M., "Excessive Self-Defence in Commonwealth Law", (1972) 21 *Int.Comp.L.Q.* 758-770.
- "Excessive Self Defence Under the Australian Criminal Codes", (1981-83) 7 *U.Tasm.L.R.* 156-173.
- "Statutory Appendix", [1986] *B.Y.U.L.Rev.* 793-807.
- STEPHEN, J.F., "The Criminal Code (1879)", (1880) 7 *The Nineteenth Century* 136-160.
- STRACHAN, B., "The Art of Self Defence", (1975) 5 *Sol.Jo.(Eng.)*

91-93.

- STRATENWERTH, G., "The Problem of Mistake in Self-Defense", [1986] *B.Y.U.L.Rev.* 733-767.
- STUART, D., "Annotation", (1983) 37 *C.R.* (3d) 198.
- STUESSER, L., "The 'Defence' of 'Battered Woman Syndrome' in Canada", (1990) 19 *Man.L.J.* 195-210.
- TALBOT, J.S., "Is 'Psychological Self-Defense' A Solution to the Problem of Defending Battered Women Who Kill", (1988) 45 *Washington and Lee L.Rev.* 1527-1547.
- TAYLOR, L.J., "Provoked Reason and Women: Heat-Of-Passion Manslaughter and Imperfect Self-Defense", (1986) 33 *U.C.L.A. Law Rev.* 1679-1735.
- VANDENBRAAK, S.B., "Limits on the Use of Defensive Force to prevent Intramarital Assaults", (1979) 10 *Rutgers-Camden L.J.* 643-660.
- VERHAEGEN, J., "Sollicitations et altérations de la notion de légitime défense", (1975-76) 56 *R.D.P.C.* 1039-1065.
- VIAU, L., "Droit criminel - Procès par jury et témoignage d'expert : une combinaison gagnante pour la femme battue: *Lavallée c. R.*", (1990) 69 *R. du B. can.* 775-783.
- WASIK, M., "Partial Excuses in the Criminal Law", (1982) 45 *M.L.R.* 516-533.
- WASSERMAN, D., "Justifying Self-Defence", (1987) 16 *Philosophy & Public Affairs* 356-378.
- WILLIAMS, G., "Offences and Defences", (1982) 2 *Legal Studies* 233-256.
- "The Theory of Excuse", [1982] *Crim.L.R.* 732-742.
- WILLOUGHBY, M.J., "Rendering Each Woman Her Due: Can a Battered Woman Claim Self-Defense When She Kills Her Sleeping Batterer?", (1989) 38 *Kan.L.Rev.* 169-192.
- WILSON, L.C., "The Defence of Others - Criminal Law and the Good Samaritan", (1988) 33 *McGill L.J.* 756-814.
- YEO, S.M.H., "Commentary", (1990) 14 *Crim.L.J.* 358-359
- "Proportionality in Criminal Defences", (1988) 12 *Crim.L.J.* 211-227.
- "Self-Defence from Viro to Zedevic", (1988) 4 *Australian Bar Review* 251-267.

"The Demise of Excessive Self-Defence in Australia", (1988) 37 *Int.Comp.L.Q.* 348-367.

"The Element of Belief in Self-Defence", (1988) 12 *Sydney L.Rev.* 132-158.

ZIFF, B., Annotations to R. c. Faid, (1983) 25 *Alta. L.R.* (2d) 2.

Documentation gouvernementale

Australie-Méridionale, Attorney-General's Department of South Australia, *Discussion Paper on Self Defence, Defence of Property and Related Issues*, Adelaide, circa 1988, 21 p. [non publié].

Canada, Chambre des communes, Comité permanent de la Santé et du Bien-être social, des Affaires sociales, du Troisième âge et de la Condition féminine, *Premier rapport du sous-comité sur la condition féminine, La Guerre contre les femmes*, Ottawa, Imprimeur de la Reine, juin 1991, (Présidence : B. Greene),

Procès-verbaux et témoignages du Sous-Comité sur La Condition féminine, Ottawa, Imprimeur de la Reine, Ottawa, 13 février 1991 (Présidence : B. Greene).

Canada, Criminal Law Review, The Police Powers Project, Department of Justice Canada, *An Analysis of Legislative Options with respect to Defence of the Person, Defence of Property, Protection of Persons in Authority, Protection of Persons Administering and Enforcing Law* par N. Vanasse, Ottawa, 15 décembre 1983, iv, 91 p. [non publié].

Canada, *Debates of the House of Commons*, 2e sess., 7e législature, 55-56 Vict., 1892, vol. 34.

Canada, Ministère de la Justice, Évaluation & Statistiques, Ministère de la Justice, *Description de l'évolution de la partie positive du Code criminel canadien 1892-1955*, Document de travail par Y. Dandurand, Ottawa, 1982, 967 p.

Canada, Gouvernement du Canada, *Le droit pénal dans la société canadienne*, Ottawa, 1982, 136 p.

Violence familiale, Document sur la situation, Ottawa, Santé et Bien-être social Canada, 1991, 7 p.

Canada, *Rapport de la Commission canadienne sur la détermination de la peine, Réformer la sentence: une approche canadienne*, Ottawa, Ministère des Approvisionnements et Services Canada, 1987, xlii, 651 p. (Président : O. Archambault).

- R.-U., H.-C., CRIMINAL CODE BILL COMMISSION, Report of the Royal Commission Appointed to Consider the Law Relating to Indictable Offences: With an Appendix Containing a Draft Code Embodying the Suggestions of the Commissioners, C. 2345 dans *Sessional Papers* (1878-79), vol. 20, pp. 169-378 (Président : C.B. Blackburn); aussi publié dans *Irish University Press Series of British Parliamentary Papers: Royal Commission Select Committee and Other Reports on the Criminal Law with Proceedings Minutes of Evidence Appendix and Index 1847-79*, vol. 6, *Legal Administration Criminal Law*, Dublin, Shannon University Press, 1971, pp. 369-579.
- R.-U., H.C., *Fourth Report from Her Majesty's Commissioners for Revising and Consolidating the Criminal Law*, c. 940 dans *Sessional Papers* (1847-48), vol. 27, pp. 1-214; aussi publié dans *Irish University Press Series of British Parliamentary Papers: Reports From The Royal Commission On Revising and Consolidating The Criminal Law With Appendices and Index 1845-49*, vol. 5, *Legal Administration Criminal Law*, Dublin, Shannon University Press, 1971, pp. 345-558.
- R.-U., H.C., "Memorandum 'Showing the ALTERATIONS proposed to be made in the existing Law by the CRIMINAL CODE (INDICTABLE OFFENCES) Bill, if Amended, as proposed by the Attorney General'" no 276 dans *Sessional Papers* (1878), vol. 63, pp. 159-175.
- R.-U., H.C., *Parliamentary Debates*, 3e sér., vol. 245.
- R.-U., H.C., *Second Report of Her Majesty's Commissioners for Revising and Consolidating the Criminal Law*, c. 709 dans *Sessional Papers* (1846), vol. 24, pp. 107-182; aussi publié dans *Irish University Press Series of British Parliamentary Papers: Reports From The Royal Commission On Revising and Consolidating The Criminal Law With Appendices and Index 1845-49*, vol. 5, *Legal Administration Criminal Law*, Dublin, Shannon University Press, 1971, pp. 169-244.
- R.-U., H.C., *Special Report from the Select Committee on Homicide Law Amendment Bill; Together with the Proceedings of the Committee, Minutes of Evidence, and Appendix*, no 315 dans *Sessional Papers* (1874), vol. 9, pp. 471-556 et 771-786 (index) (Président : R. Lowe); aussi publié dans *Irish University Press Series of British Parliamentary Papers: Royal Commission Select Committee and Other Reports on the Criminal Law with Proceedings Minutes of Evidence Appendix and Index 1847-79*, vol. 6, *Legal Administration Criminal Law*, Dublin, Shannon University Press, 1971, pp. 97-194.
- 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, 126 p. (Président : L. Nathan); aussi publié dans no 78-I *Sessional Papers* (1988-89).

RÉSUMÉ ACCOMPAGNANT LA THÈSE

Cette thèse constitue une étude et une réflexion sur la légitime défense et les principales questions théoriques qu'elle soulève. L'étude des dispositions du *Code criminel* se limitent aux art. 34 et 37. La thèse commente certaines recommandations du Rapport 31 de la Commission de réforme du droit du Canada (C.R.D.), *Pour une nouvelle codification du droit pénal* (le projet de Code pénal). Une place importante est accordée au droit comparé.

Discuter de la légitime défense en dehors d'un cadre théorique de l'infraction, c'est naviguer sans boussole. Nous avons choisi comme cadre théorique la notion tripartite de l'infraction. Dans notre introduction, nous avons donc exposé cette théorie introduite en Amérique du Nord par les écrits de George P. Fletcher et dans laquelle la distinction entre la justification et l'excuse joue un rôle primordial. Cette théorie, selon nous, est en voie d'être progressivement adoptée par le droit canadien. Comme deuxième point d'introduction, une brève étude historique de la légitime défense en droit anglais pour l'homicide et de nos propres dispositions législatives, nous a semblé essentielle à notre travail.

La première partie de la thèse, "Légitime défense et justification" comporte trois questions se rapportant à la

légitime défense comme justification.

La première question concerne les fondements philosophiques de la légitime défense. Nous en avons choisi trois: le droit naturel, la théorie de justice absolue : "le droit n'a pas à reculer devant l'injustice" et la comparaison des intérêts juridiques en conflit. Le deuxième fondement, la théorie de justice absolue, nous a semblé être celui le moins acceptable.

Dans le chapitre suivant, nous avons exposé les conditions théoriques pour l'exercice de la légitime défense. En bref, il doit y avoir une attaque illicite ou au moins une menace d'attaque illicite et imminente contre la vie, l'intégrité physique ou la liberté de la personne. L'acte de défense doit être nécessaire et proportionnel à l'attaque. Enfin, on doit avoir agi pour se défendre et pour repousser l'attaque. Nous avons vu dans quelle mesure le *Code criminel* et le *Projet de Code pénal* respectaient ces conditions.

Dans le troisième chapitre, nous avons abordé la légitime défense putative. Nous l'avons défini. Nous avons examiné le traitement de l'attaque imaginaire en droit canadien. Nous avons démontré que la légitime défense putative ne pouvait être une justification.

Dans la deuxième partie de notre travail, nous avons analysé trois questions gravitant autour de la notion de l'excuse.

Le premier chapitre porte sur l'erreur. Si notre première partie démontrait que la légitime défense putative n'était pas une justification, il nous restait à trouver la meilleure solution théorique. Nous avons fait une brève étude de diverses législations et propositions de réforme. De cette étude, nous avons retenu deux approches : celle qui nie l'intention et celle qui excuse. Nous avons examiné ces deux solutions, de même que celle de la C.R.D. L'approche de l'excuse nous a semblé être celle qui présentait le moins de difficultés. Nous avons jeté un coup d'oeil sur l'évolution possible de la jurisprudence canadienne en matière de croyance déraisonnable reliée à une accusation de meurtre. Enfin, nous avons dit quelques mots sur l'erreur de droit.

Le deuxième chapitre traite de l'emploi de la force excessive en légitime défense, lorsque cet excès est dû à la perte de la maîtrise de soi occasionnée par la peur ou le désarroi. Notre droit reflète une vision masculine de l'homme du XIXe siècle : l'homme n'est pas supposé avoir peur. Notre droit devrait reconnaître une nouvelle excuse, soit que cette peur ou ce désarroi puisse exclure ou diminuer le blâme de l'infraction.

Notre dernier chapitre, "Syndrome de la femme battue et situations de non-confrontation" débute par une critique du jugement rendu par le juge Wilson dans l'arrêt *Lavallée*. Nous avons ensuite tenté de démontrer, en prenant le cas paradigmatique du mari tué pendant son sommeil, pourquoi l'homicide intentionnel par une femme battue dans une situation

de non-confrontation ne pouvait être justifié. Pour les cas de non-confrontation, nous avons proposé comme solution l'état de nécessité qui excuse.