La proportionnalité dans les moyens de défense du droit pénal canadien : un critère juridique à géométrie variable

Mémoire

Sébastien Lafrance

Maîtrise en droit - avec mémoire
Maître en droit (LL. M.)

Québec, Canada

© Sébastien Lafrance, 2022

La proportionnalité dans les moyens de défense du droit pénal canadien : un critère juridique à géométrie variable

Mémoire

Sébastien Lafrance

Sous la direction de :

Professeur Pierre Rainville, directeur de recherche

Résumé

Cet écrit propose une analyse du critère de proportionnalité en matière de responsabilité criminelle sous l'angle de certains moyens de défense qu'une personne peut opposer à une accusation criminelle, plus particulièrement la légitime défense, la défense des biens, la provocation, la nécessité et la contrainte. Ce critère joue un rôle central en droit pénal car il constitue un élément significatif de toutes les causes objectives d'exonération de la responsabilité pénale. S'il est considéré comme disproportionné par une cour de justice, un acte commis en riposte peut, dans beaucoup de cas, mener à la culpabilité d'une personne accusée. Toutefois, l'importance, l'acception et la portée accordées à la proportionnalité au sein de ces moyens de défense en droit pénal canadien ne seraient pas uniformes et identiques. Par exemple, même s'il aurait été légitime de s'attendre à une certaine similarité entre la légitime défense et la défense des biens quant au rôle donné à la proportionnalité, considérant le fait que ces deux moyens de défense ont fait l'objet de la même réforme législative, leur évolution a plutôt été asymétrique à cet égard. La proportionnalité ne constituerait pas un concept juridique stable, mais, vu son caractère malléable, elle servirait en fait d'outil conceptuel, parfois dispensable, ayant des balises qui, le cas échéant, pourraient elles-mêmes fluctuer, dans une certaine mesure et de manière inconstante. De plus, la proportionnalité jouerait un rôle surdimensionné pour ce qui est de la défense de nécessité comparativement à d'autres moyens de défense. À l'opposé, il y aurait eu aussi, pour ce même moyen de défense, un émoussement du rôle de la proportionnalité qui aurait conduit à l'élargissement de son champ d'application. Il en est de même d'ailleurs pour la légitime défense, laquelle prévoirait également deux concepts distincts de proportionnalité. L'accès à la défense de contrainte pour une personne accusée est, à l'inverse, restreinte par la mise à l'écart de certaines infractions criminelles de ce moyen de défense à l'article 17 du Code criminel du Canada. Cela pourrait s'expliquer par le fait que ces infractions aient pu être considérées par le législateur comme étant foncièrement disproportionnées. Par ailleurs, bien que la défense de provocation en droit pénal canadien ne prévoie pas expressément de proportionnalité parmi ses conditions d'ouverture, l'analyse menée indique que la proportionnalité pourrait tout de même y exister éventuellement. La jurisprudence canadienne, mais aussi la comparaison avec le droit, la jurisprudence et la

doctrine de plusieurs autres pays, majoritairement de common law, offrent un apport incontestable à l'étude de la façon dont la proportionnalité est appliquée et interprétée au Canada et dans d'autres juridictions. La jurisprudence et la doctrine françaises sont aussi utilisées en dépit du fait que la France ne soit pas un pays de common law.

Abstract

This paper proposes an analysis of the criterion of proportionality when criminal responsibility is involved. It is examined, more specifically, in light of certain defences, namely self-defence, defence of property, provocation, necessity and duress. This criterion plays a central role in criminal law because it constitutes a significant element that exonerates criminal liability. When an act committed in response is considered to be disproportionate by a court of law, the accused who committed it may, in many cases, be found guilty. However, the importance, meaning and scope given to proportionality in the context of these defenses in Canadian criminal law does not seem to be uniform and identical. For instance, even if it would have been fair to expect a certain similarity between self-defence and the defence of property with respect to the role given to proportionality, mostly because these two defences have been subject to the same legislative reform, their respective evolution in that regard has rather been asymmetrical. Proportionality would not be a stable legal concept. Because it is a malleable concept, its meaning and scope of application may be inclined, to a certain extent, to shift back and forth uncertainly and inconsistently. In addition, proportionality would play a more predominant role for the defense of necessity than it does for some other defences. On the other hand, there would also have been a reduction of the importance of the role of proportionality for the latter defence. This would have broadened its scope of application. The same holds true for self-defence, which would also include two different concepts of proportionality. Conversely, the availability of the defence of duress is restricted by the exclusion of certain criminal offences that are listed under section 17 of the Criminal Code of Canada. These exclusions prevent the availability of that defence. The existence of these exclusions may perhaps be explained by the fact that these criminal offences may have been deemed by the Parliament to be fundamentally disproportionate. Further, even if the defence of provocation in Canadian criminal law does not expressly provide for a criterion of proportionality as one of its requirements, our analysis led us to conclude that proportionality could still eventually exist in it. Canadian jurisprudence as well as the laws, the jurisprudence and the doctrine of several other countries, mostly common law jurisdictions, offered an undeniable contribution to the study of proportionality as it is applied and interpreted in

Canada and in other jurisdictions. Although France is not a common law country, the jurisprudence and the doctrine of France were also relied upon.

Table des matières

Résumé....ii

Abstract....iv

Table des matières vi

Remerciements....xi

Introduction 1

1. **La légitime défense : la rétrocession de la proportionnalité du rang de principe normatif à simple facteur** 16

1.1 Le champ d'application 17

1.1.1 Avant la Réforme de 2013.... 17

1.1.2 Après la Réforme de 2013.... 21

1.2 La proportionnalité et l'autonomie : choc *juridique* des civilisations.... 23

1.3 La proportionnalité *avant* la Réforme de 2013 26

1.3.1 Le caractère inadéquat de la proportionnalité 27

1.3.2 L'inexistence de la proportionnalité en droit pénal canadien : l'exemple erroné du droit espagnol 28

1.3.3 L'absence de distinction entre les concepts de « force nécessaire » et de proportionnalité.... 29

1.3.4 Le rôle central de la proportionnalité dans la comparaison des anciens paragraphes 34(1) et 34(2) C.cr.... 31

1.3.4.1 La *distinction* existant entre les anciens paragraphes 34(1) et 34(2) C.cr.... 31

1.3.4.2 La *similitude* existant entre les anciens paragraphes 34(1) et 34(2) C.cr.... 32

1.3.5 La proportionnalité comme facteur de convergence entre la légitime défense et la défense de contrainte 33

1.3.6 La proportionnalité comme élément de similitude entre les anciens paragraphes 34(1) et 37(2) C.cr. 33

1.3.7 Le caractère objectif de l'évaluation de la proportionnalité 34

1.3.8 La proportionnalité et la nécessité de se défendre : variations sur un même thème ?.... 36

1.3.8.1 L'exemple du droit français 37

1.3.8.2 L'exemple du droit indien 42

1.3.8.3 L'exemple du droit irlandais.... 42

1.3.8.4 Les vues de la doctrine 43

1.3.8.5 Considérations pratiques.... 45

1.4 L'inclusion de la proportionnalité au sein de certaines propositions de réformes législatives *avant* la Réforme de 2013 47

1.4.1 Le rapport de la Commission de réforme du droit du Canada de 1987 : l'atténuation de la proportionnalité 48

1.4.2 Le *Livre blanc* de 1993 : une triple exigence de nécessité, de raisonnabilité et de proportionnalité 50

1.4.3 L'*Examen de la légitime défense* de 1997 : la similitude avec le droit présentement en vigueur 53

1.5 La proportionnalité *après* la Réforme de 2013 57

1.5.1 La portée incertaine de la proportionnalité 58

1.5.1.1 L'*élargissement* de l'accès à la légitime défense à la lumière de la proportionnalité 58

1.5.1.2 La *restriction* de l'accès à la légitime défense : la proportionnalité comme facteur 59

1.5.1.3 L'incertitude concernant l'application de la proportionnalité 60

1.5.2 Le critère de vraisemblance et la proportionnalité 67

1.5.3 La souplesse de la proportionnalité 70

1.5.4 La proportionnalité et le caractère raisonnable : réconcilier l'irréconciliable (*première partie*) 72

2. **La défense des biens : d'une présence implicite à une absence d'exigence explicite de proportionnalité** 79

2.1 Le champ d'application 81

2.1.1 Avant la Réforme de 2013 82

2.1.2 Après la Réforme de 2013 82

2.2 La présence implicite de la proportionnalité *avant* la Réforme de 2013 84

2.2.1 L'*équivalence* des concepts de « force nécessaire » et de proportionnalité 84

2.2.2 La *proximité* des concepts de nécessité d'un acte, de raisonnabilité et de proportionnalité 85

2.2.3 La *confusion* existant entre les concepts de « force nécessaire » et de nécessité d'un acte : le rôle incertain de la proportionnalité 86

2.3 L'inclusion de la proportionnalité au sein de certaines propositions de réformes législatives *avant* la Réforme de 2013 89

2.3.1 La proportionnalité et le chevauchement de la défense des biens et de la légitime défense 89

2.3.2 L'interaction entre les exigences de raisonnabilité et la proportionnalité 90

2.3.2.1 L'*alternance* entre les exigences de raisonnabilité et de proportionnalité 92

2.3.2.2 Le *cumul* des exigences de raisonnabilité et de proportionnalité... 92

2.3.2.3 La *fusion* des exigences de raisonnabilité et de proportionnalité... 93

2.4 L'absence d'une exigence explicite de proportionnalité *après* la Réforme de 2013 95

2.4.1 Les différentes interprétations du critère du caractère raisonnable 96

2.4.1.1 La proportionnalité comme composante du critère du caractère raisonnable en droit pénal anglais 97

2.4.1.2 La proportionnalité comme composante du critère du caractère raisonnable en droit pénal canadien 99

2.4.1.3 La proportionnalité et le caractère raisonnable : réconcilier l'irréconciliable (*deuxième partie*) 102

2.4.2 *Permis de tuer* pour la défense d'un bien : la proportionnalité au cœur d'une controverse juridique 107

2.4.2.1 L'approche binaire du droit pénal canadien 109

2.4.2.2 La relativité de l'évaluation du degré de force utilisée..... 110

2.4.2.3 La proportionnalité comme forme d'injustice..... 110

2.4.2.4 L'opposition des concepts de proportionnalité et de raisonnabilité. 111

2.4.2.5 La possibilité d'utiliser la force létale pour défendre un bien dans certains États du Commonwealth : l'exemple de l'Afrique du Sud 112

3. **La défense de provocation : la possible existence d'une exigence de proportionnalité** 119

3.1 Le champ d'application 121

3.1.1 L'amendement législatif de 2015 et la possible création d'une certaine forme de proportionnalité 123

3.1.2 Les différentes manifestations de la proportionnalité 124

3.1.3 Des infractions foncièrement disproportionnées 125

3.1.4 Le caractère imparfait de la proportionnalité 127

3.1.5 La possible émergence d'une certaine proportionnalité : la comparaison nécessaire avec certains États australiens..... 128

3.1.6 La proportionnalité à l'origine de la violation de la *Charte*..... 131

3.1.7 Les interprétations stricte et élargie de la proportionnalité..... 132

3.2 Une proportionnalité subsumée au concept de « personne ordinaire » : lubie ou réalité ? 135

3.2.1 Le caractère hétérogène du test de la « personne ordinaire »..... 135

3.2.2 Les deux formes concurrentes du test de la « personne ordinaire » 137

3.2.2.1 L'*inclusion* de la proportionnalité dans le test de la « personne ordinaire » 137

3.2.2.1.1 La rétrocession de la proportionnalité au rang de facteur 139

3.2.2.1.2 La proportionnalité et le flottement entre la défense de provocation et la légitime défense 140

3.2.2.2 L'*exclusion* de la proportionnalité dans le test de la « personne ordinaire » 141

3.2.2.2.1 La similitude des approches indienne et canadienne..... 142

3.2.2.2.2 Une équation algébrique excluant la proportionnalité 143

3.2.3 L'incertitude concernant la place accordée à la proportionnalité .. 145

3.2.3.1 L'évolution en dents de scie de la proportionnalité en droit pénal anglais 145

3.2.3.2 Certains doutes planant sur l'existence de la proportionnalité en droit pénal canadien 146

3.2.3.2.1 Un premier doute : la personne ordinaire placée dans les mêmes circonstances que la personne accusée..... 147

3.2.3.2.2. Un second doute : la présence de différents degrés de perte de contrôle de soi 148

3.2.4 La difficile réconciliation entre les interprétations étroite et élargie de la proportionnalité dans le test de la « personne ordinaire » 150

4. **La défense de nécessité : le rôle surdimensionné de la proportionnalité** 151

4.1 Le champ d'application 151

4.1.1 Une différence *trompeuse* concernant la proportionnalité..... 152

4.1.2 Une différence *véritable* concernant la proportionnalité 153

4.1.3 L'assouplissement de la rigidité de l'exigence de proportionnalité 154

4.2 L'exigence de proportionnalité et l'homicide 157

5. **La défense de contrainte : les conséquences d'une possible constitutionnalisation de la proportionnalité**..... 162

5.1 Le champ d'application 163

5.1.1 L'insuffisance de l'équipollence entre le mal infligé et le mal redouté. 165

5.1.1.1 La proportionnalité : un facteur parmi d'autres..... 165

5.1.1.2 La proportionnalité : un rôle de garde-fou 169

5.1.1.3 Certains parallèles avec la défense de provocation..... 170

5.1.2 La possible constitutionnalisation de la proportionnalité 171

5.1.2.1 L'*exclusion* de la proportionnalité du principe du caractère involontaire au sens moral..... 171

5.1.2.2 L'*inclusion* de la proportionnalité dans le principe du caractère involontaire au sens moral 175

5.2 Le rôle de la proportionnalité dans la possible *inclusion* (jurisprudentielle) des exclusions (statutaires) 177

5.2.1 Le rôle de la proportionnalité dans la possible inconstitutionnalité des infractions exclues 178

5.2.1.1 La possible inconstitutionnalité de l'exclusion de certaines infractions 179

5.2.1.2 La possible inconstitutionnalité de l'exclusion de l'infraction de meurtre 187

Conclusion 194

Bibliographie 201

Mise en garde

Ce document a été préparé séparément des responsabilités professionnelles de l'auteur au Service des poursuites pénales du Canada. L'analyse, les opinions et les conclusions exprimées dans ce document sont personnelles à cet auteur et ne doivent pas être interprétées comme celles du Service des poursuites pénales du Canada ou de la Couronne fédérale canadienne.

Cette mise en garde s'applique également aux responsabilités académiques de l'auteur en tant que *Fellow* de la *Tashkent State University of Law* en Ouzbékistan; professeur associé (*Adjunct Professor*) à *Jindal Global Law School* en Inde (en 2023); en tant que professeur associé (*Adjunct Professor*) à la faculté de droit de l'*Universitas Airlangga* en Indonésie ainsi qu'en tant que chargé d'enseignement (*Adjunct Lecturer*) à l'Université de droit d'Hô Chi Minh-Ville au Vietnam.

Remerciements

J'aimerais remercier le professeur Pierre Rainville, pour tous ses conseils judicieux et avisés ainsi que pour sa grande disponibilité à répondre à toutes mes questions tout au long de la préparation de ce mémoire. Il a été à la fois un phare et une source d'inspiration. Sa connaissance encyclopédique et exégétique du droit criminel ainsi que son don pour la pédagogie donnent à l'enseignement du droit ses lettres de noblesse.

J'aimerais également remercier à titre posthume mon père adoptif, Françoys Larue-Langlois, sans qui rien de tout cela n'aurait été possible dès le départ. J'ose imaginer qu'il serait fier de moi. Je lui dédie ce mémoire avec toute mon affection.

Enfin, je souhaite remercier mon épouse, Carla Arosemena, pour son affection sans borne et son soutien de tous les instants. Elle est mon étoile dans le firmament.

Introduction

[1] La proportionnalité n'est pas une notion nouvelle. Elle « imprègne le droit depuis des siècles, voire des millénaires, quoique sous des appellations voilées et variées. [Elle] a [d'ailleurs] fait ses premières dents en matière pénale, notamment en matière de détermination des peines et de légitime défense »[1]. Aristote aurait été le premier à discuter de la proportionnalité[2]. Pour lui, « la justice consiste dans une sorte de proportion »[3].

[2] Puisque la proportionnalité a déjà fait amplement l'objet d'études tant en droit constitutionnel, avec le test de l'arrêt *Oakes*[4] de la Cour suprême du Canada (ci-après 'CSC') qui porte sur l'application de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés* (ci-après '*Charte*')[5], qu'en droit pénal, pour ce qui est de son application aux peines, nous nous intéresserons plutôt au critère de proportionnalité en matière de responsabilité criminelle sous l'angle de certains moyens de défense qu'une personne peut opposer à une accusation criminelle, plus particulièrement la légitime défense, la défense des biens, la provocation, la nécessité et la contrainte.

[3] Le choix de retenir spécifiquement ces moyens de défense pour les fins de notre analyse de la proportionnalité en droit pénal canadien repose sommairement sur les cinq raisons suivantes. Premièrement, « le critère de proportionnalité apparaît comme l'élément significatif de toutes les causes objectives d'exonération de la responsabilité pénale »[6]. Deuxièmement, la CSC dans l'arrêt *Hibbert* observe que « [l]es moyens de défense fondés sur la légitime défense, la contrainte et la nécessité sont essentiellement similaires »[7]. Ces

---

[1] Guilmain, Antoine. « Sur les traces du principe de proportionnalité: une esquisse généalogique » (2016) 61-1 *Revue de droit de McGill* 87, p. 105.
[2] *Ibid*, p. 99; voir également Engle, Eric. « The General Principle of Proportionality and Aristotle » dans Liesbeth Huppes-Cluysenaer et Nuno M.M.S. Coelho, dir., *Aristotle and The Philosophy of Law: Theory, Practice and Justice*, Dordrecht, Springer, 2013, p. 274.
[3] Coquin, Céline. *Le concept de proportionnalité en droit pénal*, thèse de doctorat, faculté de droit, Université de Poitiers, 2001, p. 237; Aristote. *Éthique à Nicomaque*, Librairie philosophique J. Vrin, 1990, p. 23.
[4] *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103.
[5] *Charte canadienne des droits et libertés*, partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) (ci-après « Charte »).
[6] Coquin, *supra* note 3, p. 99-100.
[7] *R. c. Hibbert*, [1995] 2 R.C.S. 973, par. 60; voir également en ce qui concerne la nécessité et de la contrainte, Côté-Harper, Gisèle, Pierre Rainville et Jean Turgeon. *Traité de droit pénal canadien*, 4e éd, Cowansville, Québec, Éditions Yvon Blais, 1998, p. 1285.

moyens de défense sont interreliés dans la mesure où la personne accusée devrait pouvoir, de façon hypothétique, avoir recours à l'un de ces moyens de défense, le cas échéant, lorsque l'acte posé en réponse à un mal initial était raisonnable et proportionné[8]. Troisièmement, même si la suggestion théorique de Clarkson de créer une défense unique, laquelle engloberait à la fois la défense de nécessité, la légitime défense et la défense de contrainte, a été fortement remise en question par certains auteurs[9], celle-ci demeure en soi, selon nous, intéressante pour justifier le choix de retenir ces moyens de défense, principalement parce que son fil conducteur repose sur un concept uniforme de proportionnalité[10], même si ses détracteurs affirment qu'un tel critère uniforme ne saurait être applicable à toutes les situations[11]. Ces moyens de défense prévoient, en droit anglais, différents types de proportionnalité[12]. Quatrièmement, bien que la défense des biens « se confond[e] souvent avec la défense de la personne »[13] et qu'elle ne prévoie pas expressément de critère de proportionnalité, il nous apparaît tout de même indubitable que la question de la

---

[8] Coughlan, Stephen G. « Duress, Necessity, Self-Defence and Provocation: Implications of Radical Change? » (2001) 7 *Rev. Can. D.P.* 147, p. 149-150 (ci-après « Coughlan (2008) »).

[9] Chan, Winnie et Simester, A.P. « Duress, Necessity: How Many Defences? » (2005) 16 *King's Law Journal* 121, p. 123 : « It will not do, therefore, to specify a single defence with a *unifying proportionality criterion* that is expected to do all the work » (caractères italiques ajoutés).

[10] Clarkson, C. M. V. « Necessary Action: A New Defence » (2004) *Crim. L.R.* 81, p. 89-90. Cependant, il importe de noter que cet auteur n'émet pas cette hypothèse de défense unique sur les fondements du droit pénal canadien. Il faut aussi noter que cet auteur le fait sur la base du droit britannique. À ce sujet, Ian Howard Dennis écrit sommairement dans son article intitulé « On Necessity as a Defence to Crime : Possibilities, Problems and the Limits of Justification and Excuse » (2009) *Crim Law and Philos* 3, p. 38, que « [t]he first of the differences between the various defences concerns proportionality. […] there is no requirement in the law of private or public defence that the defendant's use of force should be the lesser of the evils. A potentially lethal attack may be met by the use of deadly force, and deadly force may even be permissible if it is the only reasonable means of effecting a lawful arrest in certain circumstances. In the law of duress, the avoiding act will in practice *usually* amount to a <u>*lesser evil*</u>, but in theory duress *could* be available where the defendant intentionally causes serious injury in response to a coercive threat to cause him or a third party [*sic*] serious injury. Cases of medical necessity are more complex *and the law is still developing*. If a medical intervention is claimed to be in the best interests of the patient, it may be an implicit requirement that what is done should be the lesser of two evils » (caractères italiques et soulignmement ajoutés); voir également Elkington, Amy. *A New Duress Defence and the Theory of Understandable Compliance*, thèse de doctorat, University of Surrey, 2018, p. 38. Notons toutefois que la théorie du moindre mal (*lesser evil theory*) se distinguerait de la proportionnalité en droit pénal : voir, par exemple, McAuley, Finbarr. « Necessity and Duress in Criminal Law: The Confluence of Two Great Tributaries » (1998) 33 *Irish Jurist* 120, p. 143 : « the most striking feature of the *Loughnan* formulation is its reliance on *proportionality* rather than *lesser evils* as the standard by which the defendant's actions should be judged » (caractères italiques ajoutés). Cela étant dit, il semble que « the natural inclination of the judges is to base themselves on the principle of *proportionality* when dealing with choice of evils problems » : McAuley, *ibid*, p. 176 (caractères italiques ajoutés).

[11] Chan et Simester, *supra* note 9, p. 123.

[12] Elkington, *supra* note 10, p. 38.

[13] Côté-Harper, Rainville et Turgeon, *supra* note 7, p. 1172, faisant référence à Stuart, Don. *Canadian Criminal Law: A Treatise*, 3e éd., Scarborough, Carswell, 1995, p. 452.

proportionnalité demeure pertinente à l'égard de cette défense[14]. Finalement, bien qu'il n'y ait pas d'exigence formelle de proportionnalité prévue à la défense de provocation au Canada, cela n'a pas toujours été le cas. Antérieurement, il devait y avoir, en vertu de la common law, une certaine proportionnalité entre la provocation et l'homicide pour donner la possibilité à une personne accusée de recourir à cette défense[15].

[4] La proportionnalité joue un rôle central en droit pénal lorsqu'il est question de certains moyens de défense. Pour prendre l'exemple de la légitime défense, le critère de proportionnalité entre la force utilisée et l'ampleur de la menace à laquelle est confrontée une personne est une pierre angulaire du droit dans les juridictions de common law[16]. La proportionnalité peut aussi être fondamentale dans la détermination de la culpabilité ou de l'innocence d'un individu. Par exemple, si un individu commet un acte en réponse à un préjudice qu'il souhaite éviter et que cet acte est considéré comme étant disproportionné par une cour de justice, cette disproportion pourrait éventuellement mener à la culpabilité de cet individu. En ce qui concerne la légitime défense, par exemple, la disproportion peut s'exprimer sous différentes formes, c'est-à-dire comme une « force excessive »[17], une force qui « n'est plus nécessaire »[18], une force « hors de proportion »[19], etc. Par conséquent, même si certains auteurs affirment de façon générale que « [l]e maintien d'un certain flou paraît [...] favoriser une utilisation optimale de la proportionnalité »[20], un tel flou ne nous apparaît pas souhaitable lorsqu'il est question de l'application de la proportionnalité dans le cadre de certains moyens de défense en droit pénal canadien. Les conséquences possibles engendrées par l'application de la proportionnalité sont sérieuses dans un tel contexte.

---

[14] Un député de la Chambre des communes, ancien ministre de la justice a affirmé, en 2011, que « la proportionnalité est un principe pertinent, voire un principe général, qui pourrait aussi s'appliquer aux cas de défense relativement aux biens tout comme à la légitime défense » : Canada. Chambre des Communes. *Débats de la Chambre des Communes*, 1re sess., 41e Lég., Numéro 58 (1er décembre 2011), Deuxième lecture de la *Loi modifiant le Code criminel (arrestation par des citoyens et moyens de défense relativement aux biens et aux personnes)*, 2012, c. 9 (Honorable Irwin Cotler).
[15] Quigley, Tim. « Battered Women and the Defence of Provocation » (1991) 55 *Saskatchewan Law Review* 223, p. 249 (ci-après « Quigley (1991) »).
[16] Leverick, Fiona. *Killing in Self-Defence*, Oxford University Press, 2006, p. 132.
[17] *R. c. Leroux*, 2018 BCSC 1429, par. 28.
[18] *R. c. Whiteley*, 2017 ONCA 804, par. 8.
[19] *R. c. McPhee*, 2018 ONCA 1016, par. 20 *in fine*.
[20] Coquin, *supra* note 3, p. 247.

[5] Force est de reconnaître que la proportionnalité semble être a priori un concept d'une simplicité confondante[21]. De plus, le caractère indissociable du droit pénal et de la proportionnalité pourrait pousser certains à penser, comme l'observe Coquin, que celle-ci pourrait se passer d'explications[22]. Tel est le cas lorsqu'elle est interprétée de façon stricte et qu'elle se limite à une notion mathématique s'appliquant entre deux termes[23]. Aussi, le législateur et le juge feraient souvent « appel à ce concept […] comme si celui-ci était explicitement défini et déterminé dans son contenu »[24]. En droit pénal, ces termes peuvent équivaloir à la comparaison entre un mal infligé et celui que l'on cherche à éviter[25].

[6] Or, cette apparente simplicité se dissipe rapidement lorsque l'on constate que la proportionnalité se réfère également, au-delà d'une simple équation mathématique, à l'idée de juste mesure[26]. La considération de la justesse d'une action entreprise par une personne accusée en réponse à un mal qu'elle souhaite éviter ajoute un élément moral à l'évaluation de la proportionnalité[27]. Par exemple, la proportionnalité comporte un jugement de valeur dans le contexte de la légitime défense, notamment, mais celle-ci ne peut s'appliquer indépendamment de son caractère moral dans le sens où il faudra également que le juge des faits décide si la riposte est juste dans les circonstances[28]. Des auteurs ont critiqué le fait que la proportionnalité serait une exigence qui aurait été *ajoutée*, comme si elle était

---

[21] Van Drooghenbroek, Sébastien et Xavier Delgrange, « Le principe de proportionnalité : retour sur quelques espoirs déçus », *Revue du droit des religions*, Presses universitaires de Strasbourg, 2019, par. 1; voir également O'Meara, Christopher. *Necessity and Proportionality and the Right of Self-Defence in International Law*, thèse de doctorat, faculté de droit, University College London, 2018, p. 118. Ces deux textes ne concernent pas le droit pénal canadien, mais il n'en demeure pas moins que cette remarque demeure pertinente et applicable à notre propos.
[22] Coquin, *supra* note 3, p. 224.
[23] *Ibid*, p. 49; Chavent, Anne-Sophie. *La proportionnalité et le droit pénal général*, thèse de doctorat, faculté de droit, Université Jean Moulin Lyon III, 2002, p. 29 et p. 189; Uniacke, Suzanne. « Proportionality and Self-Defense » (2011) 30 *Law and Philosophy* 253-272, p. 255.
[24] Coquin, *supra* note 3, p. 383.
[25] Côté-Harper, Rainville et Turgeon, *supra* note 7, p. 1281.
[26] Coquin, *supra* note 3, p. 50-51; voir également Piché, Catherine. « La proportionnalité procédurale: une perspective comparative » (2010) 40 *Revue de Droit de l'Université de Sherbrooke* 551, p. 554-555. « La proportionnalité utilisée en droit pénal se distingue donc de la notion mathématique en ce qu'elle est un instrument de comparaison entre valeurs humaines et non exclusivement chiffrables » : Chavent, *supra* note 23, p. 42. Cependant, son origine terminologique est mathématique: Chavent, *ibid*, p. 3.
[27] Coughlan (2008), *supra* note 8, p. 156. Pour la légitime défense, par exemple, voir Uniacke, *supra* note 23, p. 262-263
[28] Uniacke, *ibid*, p. 271-272.

en quelque sorte un « intrus » normatif[29], au principe du caractère involontaire au sens moral[30]. Toutefois, la CSC mit fin à ce débat doctrinal en décidant dans l'arrêt *Ryan* que la proportionnalité est *inhérente*[31] à ce principe, lequel se définit, pour prendre l'exemple de la défense de contrainte, comme étant une situation dans laquelle la personne accusée « contrôle toujours consciemment ses mouvements [et dont la] volonté est subjuguée [...] par les menaces d'une autre personne. Sa conduite ne résulte pas de façon réaliste d'un libre choix »[32]. Ce principe a une portée normative[33]. Cet aspect moral de l'analyse de la proportionnalité n'est toutefois pas sans soulever certaines questions fondamentales dont celle voulant qu'il n'existe pas, dans plusieurs cas, de réponse claire concernant ce que la société considère comme une conduite acceptable d'un point de vue moral de la part d'une personne accusée[34].

[7] Un auteur affirme que le critère de proportionnalité « doit être interprété *généreusement* »[35] et que « la disproportion doit être *manifeste* pour que [ce critère] ne soit pas respecté »[36]. À notre avis, une telle définition serait difficilement applicable à « la plupart des situations [qui] se trouvent dans une *zone grise* [et] qui requi[èrent alors] une

---

[29] Parce que, notamment, le caractère involontaire au sens moral « is a function of the reasonableness portion of defences, not of proportionality » : Coughlan (2008), *supra* note 8, p. 197-198; voir également Sinel, Zoe. « The Duress Dilemma: Potential Solutions in the Theory of Right » (2005) 10:1 *Appeal: Rev Current L. & L.* Reform 56, p. 64.

[30] Coughlan (2008), *ibid*. ***Contra*** : Yeo, Stanley. « Revisiting Necessity » (2010) 56:1 *Crim. L.Q.* 13, p. 14 (ci-après «Yeo (2010a) »).

[31] *R. c. Ryan*, [2013] 1 R.C.S. 14, par. 59 et 70; voir également Coughlan, Stephen « Doing the Right Thing: Duress as a Defence to Murder » (2017) 33 *C.R.* (7th) 317, p. 2 : « *Ryan* makes clear that proportionality is not a utilitarian balancing of harms: it is a deontological consideration, a moral judgment about how much harm society expects a person to suffer rather than pass that harm along to another »; Boisvert, Anne-Marie et Louis LeBel. « L'imputabilité et les limites à la faculté de blâmer » (2016) 94 *R. du B. can.* 579, p. 584 (caractères italiques ajoutés) : « [l]a proportionnalité constitue une composante fondamentale du moyen de défense fondé sur la contrainte parce [qu'elle] *découle directement* du principe du caractère involontaire au sens moral »; Coughlan, Steven. « R. v. Ryan: Welcome Clarity Around Duress » (2013) 98 *C.R.* (6e) 252.

[32] *R. c. Ruzic*, [2001] 1 R.C.S. 687, par. 44; voir également Sinel, *supra* note 29, p. 62.

[33] Coughlan, Stephen. « Reform of the Defence of Duress (and Necessity) » (2018) 66 *C.L.Q.* 230, p. 1 (ci-après « Coughlan (2018) »); Coughlan (2008), *supra* note 8, p. 156.

[34] Skolnik, Terry. « Three Problems with Duress and Moral Involuntariness » (2016) 63:1&2 *Crim. L.Q.* 124, p. 141.

[35] Lareau, François. *Légitime défense et théorie*, mémoire de maîtrise, faculté de droit, Université d'Ottawa, 1992, p. 109 (caractères italiques ajoutés).

[36] *Ibid* (caractères italiques ajoutés); voir également Maleki, Patricia. *La légitime défense des biens*, thèse de doctorat, faculté de droit, Université de Nice Sophie-Antipolis, 2001, p. 197.

difficile pondération des maux »[37]. De plus, il est envisageable de considérer que cette acception ferait aussi abstraction d'un « seuil minimal d'endurance [qui] s'impose à tous »[38] puisque ce critère tel qu'entendu par cet auteur suppose de mettre l'accent sur une disproportion qui se doit d'être « manifeste », donc de considérer un seuil plafond de tolérance sociale envers telle ou telle conduite en ne faisant pas mention d'un seuil plancher, ce que couvre ce seuil minimum d'endurance.

[8] Conservant à l'esprit le fait que « la proportionnalité […] est rebelle à tout effort de définition »[39] et qu'elle est « la condition qui soulève le plus de difficultés »[40], il faut tout de même retenir pour les fins de notre mémoire une définition de la proportionnalité, vu l'importance de la définition en droit[41]. La définition que nous suggérons de retenir contient deux volets[42], à savoir « la différence entre la nature et la gravité du préjudice dont on est menacé, d'une part, et la nature et la gravité de l'infraction commise puis, d'autre part, un jugement moral général sur le comportement de la personne accusée dans les circonstances »[43].

[9] La proportionnalité est un concept variable et protéiforme en droit[44]. En droit pénal, le concept de proportionnalité est aussi un concept « ambivalent »[45] et « malléable »[46], ce

---

[37] *R. c. Latimer*, [2001] 1 R.C.S. 3, par. 31 (caractères italiques ajoutés). Bien que cet arrêt de la CSC concerne la défense de nécessité, ce point précis nous apparaît pouvoir aussi s'appliquer à la légitime défense; voir également Flasaquier, Antoine. *L'état de nécessité en droit pénal – Contribution à la théorie générale des faits justificatifs*, thèse de doctorat, faculté de droit, Université Montpellier I, Montpellier, 2003, p. 239
[38] Côté-Harper, Rainville et Turgeon, *supra* note 7, p. 1277.
[39] Guilmain, *supra* note 1, p. 113.
[40] Grégory, Mantero. *La proportionnalité dans la légitime défense*, mémoire de maîtrise, faculté de droit, Université de Nice Sophia-Antipolis, 2014/2015, p. 10.
[41] Cumyn, Michelle. « Pourquoi définir les concepts juridiques? », Chaire de rédaction juridique Louis-Philippe-Pigeon, 15 janvier 2018 : « La définition aide à préciser les contours d'un concept et à s'assurer de son application uniforme », en ligne : https://www.redactionjuridique.chaire.ulaval.ca/pourquoi-definir-les-concepts-juridiques.
[42] *Ryan*, *supra* note 31, par. 71.
[43] *Ibid*, par. 72.
[44] Guilmain, *supra* note 1, p. 105; voir également Lettow Lerner, Renee. « The Worldwide Popular Revolt Against Proportionality in Self-Defense Law » (2006) 2 *J.L. Econ. & Pol'y* 331 p. 3.
[45] Coquin, *supra* note 3, p. 11.
[46] *Ibid*, p. 52.

qui en complexifie rapidement sa compréhension et son application[47]. Guilmain écrit d'ailleurs à propos de la définition de la proportionnalité[48]:

> *La proportionnalité appartient précisément à cette catégorie des notions variables en droit.* En jouant à peine sur les mots, elle s'apparente à la fois un concept *couvert* et *couvercle*. *Couvert*, car la proportionnalité se donne difficilement à voir et *est rebelle à tout effort de définition*. *Couvercle*, car toute disposition juridique contient par essence une dose de proportionnalité. À ce stade, il convient de préciser que même si la notion de proportionnalité ne recoupe pas nécessairement le « juste », elle est toujours conforme à l'idée de « juste milieu ». Face à un tel constat, *on ne peut que s'interroger sur l'utilité d'une telle notion protéiforme*, qui semble largement victime de son succès.

Cette ambivalence et cette malléabilité conceptuelles s'illustrent par le fait que l'acception et la place occupées par le critère de proportionnalité pourraient ne pas être identiques en droit pénal canadien lorsque l'on compare certains moyens de défense, à tout le moins pour ceux qui ont été choisis pour notre étude. Cette souplesse normative aurait-elle alors créé une asymétrie conceptuelle en ce qui a trait au concept de proportionnalité lorsqu'il est question de certains moyens de défense en droit pénal canadien ? La proportionnalité ne constituerait pas un concept juridique stable, mais, vu son caractère malléable, servirait en fait d'outil conceptuel, parfois dispensable, ayant des balises qui, le cas échéant, pourraient elles-mêmes fluctuer, dans une certaine mesure et de manière inconstante, au gré des besoins du juge décideur en autant que la marge de manœuvre dont il dispose soit conforme à la jurisprudence pertinente et applicable (lorsqu'il est question des cours inférieures).

[10] Les termes « norme », « critère », « facteur », « concept » et « notion » sont couramment employés, dans leur sens juridique, dans ce mémoire[49]. Par conséquent, il convient de les définir sommairement afin de circonscrire le sens qui leur sera donné dans

---

[47] Par exemple, « si la proportionnalité n'est pas une notion complexe, l'ensemble des raisonnements qu'elle suscite peut l'être. » : Guibal, M. *De la proportionnalité*, *A.J.D.A.*, 1978, p. 477, cité dans Chavent, *supra* note 23, p. 16.

[48] Guilmain, *supra* note 1, p. 113 (caractères italiques ajoutés).

[49] Dans un autre contexte, la professeure Cumyn aborde la question de certaines expressions juridiques qui sont couramment employées et qui sont tenues pour acquises par la plupart des juristes. Voir Cumyn, Michelle. « Les catégories, la classification et la qualification juridiques : réflexions sur la systématicité du droit » (2011) 52(3-4) *Les Cahiers de droit* 351, p. 352.

ce contexte, vu, comme nous l'écrivions précédemment en d'autres termes, « l'importance que cet exercice revêt dans la discipline du droit »[50].

[11] La *norme* se conçoit, de façon générale, comme une « représentation abstraite, [un] modèle de ce qui doit être »[51]. Plus précisément, elle se comprend d'un point de vue juridique, en dépit du fait qu'il existe peu de travaux « sur *la* norme elle-même » en droit[52], comme « l'*ensemble* des devoirs et des interdictions juridiques »[53]. Comme l'exprime Cornu, la norme est « employée [...] spécifiquement [comme] la valeur obligatoire attachée à une règle de conduite, et qui offre l'avantage de viser d'une manière générale *toutes* les règles présentant ce caractère, quels qu'en soient la source [...] ou l'objet »[54].

[12] Le *critère*, quant à lui, s'exprime sous forme de condition ou d'exigence. Le *Trésor de la langue française*[55] définit le terme « critère » comme suit : « [c]aractère, principe, élément auquel on se réfère pour juger, *apprécier*, définir quelque chose »[56]. Exprimé

---

[50] Cornu, Marie. *Réflexions autour de la définition juridique en droit d'auteur/copyright et en droit du patrimoine culturel* (2016) 46 *R.D.U.S.* 361, p. 362; voir également Cornu, Gérard (dir.), *Vocabulaire juridique*, sous l'égide de l'Association Henri Capitant, 11e éd., coll. « Quadrige », Paris, Presses Universitaires de France, 2016, cf. « définition ».

[51] Perrin, Jean-François. *Pour une théorie de la connaissance juridique*, Genève, Droz, 1979, p. 22; Millard, Eric, « Qu'est-ce qu'une norme juridique ? », dans *Cahiers du Conseil constitutionnel n° 21*, 2007, sur http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/nouveaux-cahiers-du-conseil/cahier-n- 21/qu-est-ce-qu-une-norme-juridique.50552.html : « Une norme est souvent définie en première approche comme une référence ou un modèle : une « description » de ce qui devrait être, selon un point de vue déterminé ; c'est-à-dire donc une certaine forme de prescription. Mais cette définition *a priori* séduisante, et qui est adaptée pour certains systèmes normatifs comme la morale, *pose problème en ce qui concerne le droit* » (caractères italiques ajoutés).

[52] Thibierge, Catherine. « Au cœur de la norme : le tracé et la mesure – Pour une distinction entre normes et règles de droit », *Archives de Philosophie du Droit*, Nº 51, 2008 (caractères italiques ajoutés).

[53] Shahrbabaki, Azadeh A. *La qualité des normes – Études des théories et de la pratique*, thèse de doctorat, faculté de droit et de science politique, Aix-Marseille Université, 2017, p. 35 (caractères italiques ajoutés).

[54] Cornu, Gérard, *supra* note 50, cf. « norme » (caractères italiques ajoutés); Bix, Brian H. *A Dictionary of Legal Theory*, Oxford University Press, New York, 2004, cf. « norms » : « Standards for how one ought to act. In discussion of laws and legal systems, the term 'norm' is sometimes used interchangeably with 'rule' ».

[55] Cornu, Marie, *supra* note 50, p. 361 : « la recherche et la restitution du sens des termes juridiques occupent une place importante au service de la compréhension des règles et des systèmes de droit. [...] C'est l'exercice auquel se livrent, par excellence, les dictionnaires, lexiques, glossaires ou autres outils de définition du vocabulaire juridique, instruments d'autant plus utiles que la loi ou la jurisprudence ne donnent pas toujours, d'une façon synthétique, l'ensemble des clés de compréhension des notions qu'elles manient ».

[56] *Trésor de la langue française*, Paris, Gallimard, 1985, cf. « critère » (caractères italiques ajoutés). La CSC dans l'arrêt *Housen c. Nikolaisen*, [2002] 2 R.C.S. 235, par. 5, s'appuie sur cet ouvrage, entre autres, pour définir un autre terme. Voir également pour l'utilisation spécifique de cette définition du terme « critère » : Louis-Caporal, Delphine. *La distinction du fait et du droit en droit judiciaire privé*, thèse de doctorat, faculté de droit et science politique, Université de Montpellier 1, 2014, p. 26.

autrement, le *critère* désigne un « principe, [un] *élément de référence* qui permet de juger, d'estimer, de définir quelque chose »[57]. Dans ce mémoire, il s'agira alors d'*apprécier* certaines questions juridiques et factuelles en droit pénal à la lumière du *critère* de proportionnalité, lequel servira en l'occurrence d'*élément de référence*.

[13] Un exemple parmi tant d'autres, tiré de la jurisprudence, nous permet de comprendre, dans une certaine mesure, l'interaction qui peut exister entre un critère et une norme, car il faut préciser qu'un critère n'a pas la même signification qu'une norme. Dans la décision *Laurier-Station (Municipalité de) c. Bouchard*, la cour municipale de Lotbinière exprime, dans un contexte autre que celui de ce mémoire, que « [le] *critère* doit être évalué selon une *norme* objective »[58]. Cela permet de mettre en exergue que le critère a une essence foncièrement *empirique*[59] puisqu'il vise à s'appliquer à une ou des situations données, alors que la norme est censée s'appliquer de façon *générique* dans tous les cas d'un certain type[60]. Dans cet exemple précis, la norme pourra servir d'outil[61] d'interprétation pour faciliter l'application du critère. Pour donner un exemple supplémentaire relatif à l'interaction entre un critère et une norme, nous pouvons faire état du fait qu'il existe « des *critères* explicites ou supposés quant aux types de *normes* [...] qui peuvent être légitimement considérés dans le processus de détermination juridique en général »[62]. À l'inverse de l'exemple qui précède, c'est le critère cette fois-ci qui déterminera la norme applicable. Cependant, cela ne change en rien leur champ d'application respectif.

---

[57] Définition de « critère ». *Dictionnaire Larousse*, en ligne : https://www.larousse.fr/dictionnaires/francais/crit%C3%A8re/20567 (caractères italiques ajoutés).
[58] 2015 QCCM 100, par. 27 (caractères italiques ajoutés); voir également par. 34 et 36.
[59] Reid, John R. « Definitions, Criteria, Standards and Norms » (1944) 53(3) *The Philosophical Review* 246, p. 253 : « a criterion is a sign which *empirically* indicates that some object is, or will lead to some object which is, as a matter of fact, good, better, or best » (caractères italiques ajoutés).
[60] Keuth, Herbert. « On Some Logical Characteristics of Legal Norms » (1975) 15(3) *Jurimetrics Journal* 160, p. 160.
[61] Thibierge, *supra* note 52 : « la norme est un outil, un objet qui « sert à ... ». Elle porte donc en elle-même sa fonction ».
[62] Surden, Harry. « The Variable Determinacy Thesis » (2011) 12 *Colum. Sci. & Tech. L. Rev.* 1, p. 39 (caractères italiques ajoutés; traduction de l'auteur).

[14] Puis, il est possible de comprendre la signification du terme « facteur » en le mettant en opposition avec le sens retenu, que nous venons d'aborder, du terme « critère ». Comme nous venons de le définir, le *critère* désigne un « principe, [un] *élément de référence* qui permet de juger, d'estimer, de définir quelque chose »[63], alors qu'un *facteur* se définit comme « toute circonstance, *fait* ou influence qui contribue à un résultat »[64]. Ce qui permet de distinguer le fondement de chacun de ces deux termes est que le premier constitue un principe, alors que le second se rapporte à un fait. Pour s'en convaincre, pensons, par exemple, aux « facteurs aggravants » et aux « facteurs atténuants » de la détermination des peines prévues au *Code criminel*. L'alinéa 718.2a) C.cr. prévoit en effet que « la peine devrait être adaptée aux *circonstances* aggravantes ou atténuantes liées à la perpétration de l'infraction ou à la *situation* du délinquant ». Le libellé de cet alinéa fait directement référence à la considération des faits en matière d'imposition de la peine. De plus, pour prendre l'exemple de la légitime défense, l'alinéa 34(2) C.cr. fait aussi, quant à lui, référence à des facteurs dont la nature est également factuelle.

[15] Par ailleurs, même si « on ne représente pas un *concept* en pensant à sa définition »[65], il est possible de définir les termes de « concept » et de « notion », mais aussi de les différencier par la même occasion, de la façon suivante : « la *notion* serait le résultat, le fruit, d'un processus d'induction, de décantation, de rationalisation du réel alors que le *concept* serait quelque chose de « tout fait », de déjà là, un objet *a priori* de la pensée, ayant sa cohérence hors du réel »[66]. En somme, « [n]otion et concept ne seraient pas deux catégories de la pensée aux contenus ou aux fonctions différentes mais deux méthodes, deux chemins, de progression vers la connaissance »[67].

[16] Notre hypothèse consiste à démontrer que la proportionnalité telle qu'elle est utilisée dans les moyens de défense en droit pénal canadien est un critère juridique à portée

---

[63] Définition de « critère ». *Dictionnaire Larousse*, en ligne : https://www.larousse.fr/dictionnaires/francais/crit%C3%A8re/20567 (caractères italiques ajoutés).
[64] Hayword, A. L. and Sparkes, J. J. *The Concise English Dictionary*, New Orchard, 1990, cf. « factor » (caractères italiques ajoutés; traduction de l'auteur).
[65] Cumyn, *supra* note 41.
[66] Bioy, Xavier. « Notions et concepts en droit : interrogations sur l'intérêt d'une distinction... » dans Guillaume Tusseau (dir.), *Les notions juridiques*, Economica, 2009, p. 23 (caractères italques ajoutés).
[67] *Ibid*.

variable. Par conséquent, l'importance et la portée accordées à la proportionnalité au sein de certains moyens de défense en droit pénal canadien ne seraient pas uniformes. Ce critère se distinguerait par sa nature (par exemple, à titre de critère objectif ou objectif modifié), par sa prépondérance (entre autres, à titre de critère ou de facteur) ou bien par son champ d'application qui varie, selon le cas, à la fois au sein de chacun des moyens de défense examinés et lorsqu'on les compare entre eux.

[17] Une auteure remarque que « le concept de proportionnalité est souvent évoqué avec d'autres concepts plus ou moins proches, plus ou moins synonymes »[68]. En effet, le terme de proportionnalité aurait « plusieurs produits dérivés, soit les qualificatifs "nécessaire", "raisonnable", "adéquat", "opportun" et "justifié" »[69]. Par conséquent, l'objectif visé par ce mémoire est de vérifier si différentes acceptions ont été données au concept de proportionnalité en droit pénal canadien, et ce, pour certains moyens de défense. Ces différentes acceptions ou utilisations seront identifiées, décrites puis comparées de façon critique soit entre elles pour ce qui est de différents moyens de défense ou bien au sein même d'un moyen de défense lorsque cette acception aura subi des modifications.

[18] Pour ce faire, nous retenons la question de recherche principale suivante :

- Existe-t-il des différences significatives (incluant de possibles incohérences[70]) dans l'acception et l'utilisation du concept de proportionnalité dans le cadre de certains moyens de défense en droit pénal canadien, nommément en ce qui concerne la légitime défense, la défense des biens, la défense de provocation, la défense de nécessité et la défense de contrainte ?

Cette question s'inscrit dans l'esprit de ce que soulève Sébastien van Drooghenbroek à propos de l'incertitude sémantique et juridique entourant le concept de proportionnalité.

---

[68] Coquin, *supra* note 3, p. 27.
[69] Piché, *supra* note 26, p. 556.
[70] Voir, par exemple, Coughlan (2018), *supra* note 33, p. 13-14; voir également Colvin, Eric. « Ordinary and Reasonable People: The Design of Objective Tests of Criminal Responsibility » (2001) 27 *Monash U. L. Rev.* 197, p. 211-212; Horder, Jeremy. « Autonomy, Provocation and Duress » (1992) *Crim. L.R.* 706, p. 709; Côté-Harper, Rainville et Turgeon, *supra* note 7, p. 1224.

Ses propos s'appliquent *mutatis mutandis* à notre question de recherche même si cet auteur s'exprime ici à propos des droits fondamentaux européens[71]:

> ... la proportionnalité se voit ... dotée d'une *homogénéité fonctionnelle* qui donne crédit au label de « principe général » que lui décerne la doctrine. [...] cette proposition doit encore subir l'épreuve d'une investigation portant sur le *contenu* même de la proportionnalité, aux fins que se vérifie, sur ce plan également, l'homogénéité d'un principe général digne de ce nom. Se risquerait-on, à ce stade, à anticiper le relatif désenchantement que générera l'investigation annoncée, tant il est vrai que l'ubiquité de la notion de proportionnalité fait davantage peser le soupçon de sa polysémie qu'elle ne présage de son unité sémantique ?

[19] Ce que nous proposons alors de faire consiste précisément à s'engager dans une telle investigation à propos de la proportionnalité, à savoir d'aborder de façon critique l'homogénéité de l'acception du concept de proportionnalité en droit pénal canadien, et ce, à travers le prisme de certains moyens de défense. Il s'agira de s'attarder aux caractéristiques de chaque moyen de défense choisi en se concentrant sur le concept de proportionnalité afin de dégager ce qui pourrait éventuellement distinguer un moyen de défense d'un autre ou bien ce qui pourrait distinguer la proportionnalité au sein même d'un moyen de défense, par exemple à la lumière de l'évolution de la place qui lui est accordée.

[20] À cette fin, il conviendra de répondre également aux cinq sous-questions de recherche suivantes, lesquelles sont cruciales pour notre démonstration et visent chacun des moyens de défenses retenus.

[21] Premièrement, quels sont les tenants et aboutissants concernant l'évolution de la place accordée à la proportionnalité dans le cadre de la légitime défense considérant, entre autres, la réforme législative mise en oeuvre par l'adoption de la *Loi sur l'arrestation par des citoyens et la légitime défense*[72], laquelle est entrée en vigueur en 2013 (ci-après 'La Réforme de 2013') ? Discuter de la place de la proportionnalité nous mènera aussi à discuter, à travers le concept d'autonomie par exemple, de la place qu'elle n'avait pas dans certaines juridictions. Puisque la légitime défense est « très représentative de 1'ensemble

---

[71] van Drooghenbroek, Sébastien. *La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 2002, p. 164 (caractères italiques dans l'original).
[72] L.C. 2012, c. 9.

des causes objectives d'irresponsabilité pénale » et qu'elle est « la cause d'irresponsabilité pénale la plus souvent invoquée »[73], il ne faudra pas s'étonner de voir qu'une partie importante de ce mémoire y sera consacrée.

[22] Deuxièmement, la Réforme de 2013 aurait-elle occasionné la disparition de la proportionnalité au sein de la défense des biens ou bien celle-ci y serait-elle toujours présente de façon fantomatique ? Contrairement à l'alinéa 34(2)(g) C.cr. qui prévoit explicitement la proportionnalité pour la légitime défense, l'article 35 C.cr. qui concerne la défense des biens n'en prévoit aucune. L'usage d'une force défensive pour la protection d'un bien déployée en réponse à une menace le concernant ne devrait-il pas être proportionnel afin d'être moralement justifiable[74] ?

[23] Troisièmement, la proportionnalité serait-elle subsumée dans la défense de provocation ? Il n'existe pas actuellement d'exigence formelle de proportionnalité en droit pénal canadien pour ce qui est de la défense de provocation, mais cela n'a pas toujours été le cas[75]. Ce faisant, il est permis de se demander dans quelle mesure la proportionnalité pourrait, peut-être, être demeurée une exigence, informelle certes, de la défense de provocation en droit pénal canadien[76]. La proportionnalité subsisterait peut-être implicitement dans l'antichambre de ce moyen de défense.

[24] Quatrièmement, pour ce qui est du caractère objectif du critère de proportionnalité applicable à la défense de nécessité[77], s'agit-il du même critère qui s'applique à d'autres moyens de défense, par exemple la défense de contrainte ? Un auteur affirme que la différence normative entre le critère de proportionnalité s'appliquant à l'un et à l'autre de ces moyens de défense serait plus accidentel qu'intentionnel[78].

---

[73] Chavent, *supra* note 23, p. 436-437.
[74] Green, Stuart P. « Castles and Carjackers: Proportionality and the Use of Deadly Force in Defense of Dwellings and Vehicles » (1999) *U. Ill. L. Rev.* 1, p. 5-6; Robert, Jacques-Henri. *Droit pénal général*, 5e édition, Paris, Presses Universitaires de France, 2001, p. 266.
[75] Quigley (1991), *supra* note 15, p. 249.
[76] Ashworth, A. J. « The Doctrine of Provocation » (1976) 35 *Cambridge Law J.* 292, p. 302.
[77] *Latimer*, *supra* note 37, par. 34.
[78] Coughlan (2018), *supra* note 33, p. 13; Coughlan (2008), *supra* note 8, p. 167.

[25] Cinquièmement, qu'en est-il du rôle de la proportionnalité dans l'exclusion de certaines infractions du champ d'application de la défense de contrainte ? Le législateur canadien, en prévoyant une liste de vingt-deux « infractions sérieuses »[79] à l'article 17 C.cr. ne donnant pas ouverture à la défense de contrainte, semble considérer, en faisant un jugement d'ordre moral, que celles-ci ne pourraient jamais être commises de manière proportionnelle à une menace[80], peu importe l'intensité et la nature de la menace proférée. La mise à l'écart de certaines infractions de ce moyen de défense pourrait peut-être s'expliquer par le fait que ces infractions aient pu être considérées par le législateur comme étant foncièrement disproportionnées dès le départ. Selon ce raisonnement, une personne accusée ayant commis l'une de ces infractions ne devrait jamais pouvoir invoquer ce moyen de défense. La proportionnalité pourrait ainsi jouer un rôle prépondérant dans l'exclusion de certaines infractions du champ d'application de la défense de contrainte.

[26] D'un point de vue méthodologique, la jurisprudence canadienne, mais aussi la comparaison avec le droit, la jurisprudence et la doctrine de plusieurs autres pays, majoritairement de common law, offriront un apport incontestable à l'étude de la façon dont la proportionnalité est appliquée par les juges[81], et aussi relativement à la manière dont la proportionnalité est interprétée dans ces droits nationaux. La jurisprudence et la doctrine françaises seront aussi utilisées en dépit du fait que la France ne soit pas un pays de common law. Cela se justifie par le fait que cette dernière a adopté le concept de proportionnalité pour certains moyens de défense et qu'elle se rapproche ainsi des pays de common law[82]. En l'occurrence, l'examen de la jurisprudence est non seulement souhaitable lors d'une étude de la proportionnalité en droit pénal, mais nécessaire car le

---

[79] Manirabona, A. M. et M.-F. Ouimet. « Pour la fin des incongruités et incohérences entourant la défense de contrainte morale au Canada » (2015) 45 *Revue générale de droit* 1, p. 261; Paciocco, David M. « No-One Wants to Be Eaten: The Logic and Experience of the Law of Necessity and Duress » (2010) 56 *Crim. L.Q.* 240, p. 285 (ci-après « Paciocco (2010) »); Coughlan (2008), *supra* note 8, p. 161-162.

[80] Manirabona et Ouimet, *ibid* (caractères italiques ajoutés); Paciocco (2010), *ibid*; Coughlan (2008), *ibid*; Coughlan, Steven. « The Rise and Fall of Duress: How Duress Changed Necessity Before Being Excluded by Self-Defence » (2013) 39 *Queen's L.J.* 83, p. 103-104 (ci-après « Coughlan (2013) »); Coughlan (2018), *supra* note 33, p. 8.

[81] Coquin, *supra* note 3, p. 98.

[82] Fletcher, George P. « Proportionality and the Psychotic Aggressor: A Vignette in Comparative Criminal Theory » (1973) 8 *Isr. L. Rev.* 367, p. 367.

caractère adéquat de la proportionnalité pour tel ou tel cas d'espèce est généralement déterminé par la jurisprudence et non pas la législation[83].

[27] Par ailleurs, les problèmes théoriques relatifs à la proportionnalité n'ont pas de frontières car les questions qui sont soulevées lors de l'évaluation de la responsabilité criminelle sont universelles[84]. Nous allons donc puiser dans le droit d'autres pays lorsque les solutions étrangères seront susceptibles d'éclairer les questions étudiées dans le contexte du droit pénal canadien dans le sens où l'un des intérêts pour le chercheur en droit criminel comparé est de permettre une meilleure connaissance de son propre système pénal[85]. La comparaison, d'une part, entre le droit pénal canadien et, d'autre part, le droit de différents pays de common law ainsi que les droits français et allemand ne peut que leur être respectivement bénéfique, chacun ayant le potentiel d'apporter des éléments de solutions aux problèmes de l'autre.

---

[83] Sangero, Boaz. *Self-Defence in Criminal Law*, Londres, Hart Publishing, 2006, p. 294.
[84] Fletcher, G.P. « Criminal Theory as an International Discipline: Reflections on the 1984 Freiburg Workshop » (1985) 4 *Criminal Justice Ethics* 60.
[85] Gautam, Khagesh et Sébastien Lafrance. « A Comparative Survey of the Law of Bail in India and Canada » dans Salman Khurshid, Sidharth Luthra, Lokendra Malik et Shruti Bedi, *Taking Bail Seriously – The State of Bail Jurisprudence in India*, Haryana, LexisNexis, 2020, p. 126.

1. La légitime défense : la rétrocession de la proportionnalité du rang de principe normatif à simple facteur

[28] Comme l'indiquent les professeurs Côté-Harper, Rainville et Turgeon, « [l]a légitime défense autorise une action défensive, c'est-à-dire le droit de repousser la violence par la violence ou une action préventive en vertu de laquelle une personne empêche une attaque ou une répétition de celle-ci »[86]. En revanche, le droit de se défendre n'est pas un « droit absolu et sans limites »[87]. Il n'est pas possible de recourir à une force excessive pour protéger ses intérêts[88]. Même si nous savons qui est responsable d'une infraction initiale dans les cas de légitime défense, il importe également de déterminer quel est le degré de préjudice causé en réponse à une attaque afin d'évaluer sa proportionnalité au sens de sa permissibilité morale[89]. Or, « [e]n matière de légitime défense, la principale difficulté consiste à déterminer les limites les plus appropriées »[90]. L'exigence de proportionnalité entre la force utilisée pour se défendre et l'ampleur de la menace pourrait faire office d'une telle limite. Toutefois, depuis la Réforme de 2013, « [l']une des conditions importantes qui *limite* la possibilité d'invoquer la légitime défense est que la personne accusée doit avoir agi de façon raisonnable dans les circonstances »[91]. Or, « l'analyse de la raisonnabilité de l'action en réponse à l'emploi de la force est *souple* et contextuelle »[92], ce qui contraste

---

[86] Côté-Harper, Rainville et Turgeon, *supra* note 7, p. 1171.

[87] Parent, Hugues. « La légitime défense en droit pénal canadien: anatomie d'un moyen de défense » (2004) 83(3) *R. du B. can.* 659, p. 675.

[88] Poucet, Antoine. *La légitime défense en droit anglais et belge : self-defence et légitime défense, variations sur un même thème*, mémoire de maîtrise, faculté de droit et de criminologie, Université catholique de Louvain, 2018, p. 50.

[89] Quong, Jonathan. « Proportionality, Liability and Defensive Harm », (2015) 43 *Philosophy and Public Affairs* 2. Par exemple, « [u]n seuil minimal d'endurance s'impose […] à tous » : Côté-Harper, Rainville et Turgeon, *supra* note 7, p. 1277. Mais au-delà de ce seuil minimal, comment le degré de préjudice causé en réponse à une infraction initiale est-il évalué dans la jurisprudence ? L'arrêt *Perka c. R.*, [1984] 2 R.C.S. 232, p. 1082, sera utile à cet égard dans le sens où la CSC « prévoit une norme objective destinée à vérifier s'il y avait « une solution raisonnable et légale autre que celle de contrevenir à la loi »; voir également Côté-Harper, Rainville et Turgeon, *supra* note 7, p. 1278; *R. c. Mann,* (2000) 47 W.C.B. (2d) 471 (Alta. Prov. Ct.), par. 21, cité dans Parent, *supra* note 87, p. 676.

[90] Commission de réforme du droit du Canada, *Partie générale – responsabilité et moyens de défense*, Document de travail 29, Ministère des Approvisionnements et Services Canada, 1982, p. 115 (ci-après « Commission de réforme du droit (1982) »).

[91] *R. c. Khill*, 2021 CSC 37, par. 2 (caractères italiques ajoutés); voir également *Robitaille Drouin c. R.*, 2022 QCCA 233, par. 21.

[92] *Robitaille Drouin*, *ibid*, par. 22 (caractères italiques ajoutés).

avec la rigidité des quatre catégories antérieures de la légitime défense[93]. Par exemple, cette approche interprétative plus libérale inclurait également la considération de la responsabilité criminelle de la personne accusée qui « ne doit pas être faite de manière *étroite* en ne considérant que l'acte précis reproché »[94].

1.1 Le champ d'application

[29] Demeurées sensiblement inchangées sur le fond entre leur mise en œuvre en 1892[95] et la réforme législative intervenue en raison de l'adoption de la *Loi sur l'arrestation par des citoyens et la légitime défense*[96], laquelle est entrée en vigueur en 2013, les dispositions relatives à la légitime défense d'avant la Réforme de 2013 ont fait l'objet de vives critiques tant par la doctrine, les qualifiant de complexes et d'incohérentes[97], que par la jurisprudence[98], y compris par la CSC dans l'arrêt *McIntosh*[99], et aussi, plus récemment, dans l'arrêt *Khill* dans lequel la CSC rappelle que ces dispositions se chevauchaient[100].

1.1.1 Avant la Réforme de 2013

[30] Avant la Réforme de 2013, il y avait quatre définitions statutaires différentes de la légitime défense dans le *Code criminel*, mais, en pratique, les articles 34(1) et 34(2) étaient le plus souvent invoqués[101]. Nous y porterons alors une attention particulière. Certains termes spécifiques contenus dans ces articles font partie de notre analyse sur la proportionnalité. Il est particulièrement utile de citer ces dispositions *in extenso* en mettant ces termes en exergue.

---

[93] *Khill*, *supra* note 91, par. 35
[94] *Robitaille Drouin*, *supra* note 91, par. 26 (caractères italiques ajoutés).
[95] *R. c. McKay (A.J.)*, 2006 MBCA 83, par. 14.
[96] *Supra* note 72.
[97] Voir, par exemple, Stuart, Don. *Canadian Criminal Law: A Treatise*, 8e éd., Toronto, Carswell, 2020, p. 522 (ci-après « Stuart (2020) »). Ces critiques ont même été rapportées à l'étranger : voir, notamment, Law Reform Commission, *Consultation Paper – Legitimate Defence*, LRC CP 41-20, Irlande, 2006, p. 241-242 (ci-après « Law Reform Commission, Irlande (2006) »).
[98] Voir, par exemple, *R. c. Pandurevic*, 2013 ONSC 2978, at para. 10.
[99] *R. c. McIntosh*, [1995] 1 R.C.S. 686, par. 16 : « les art. 34 et 35 du *Code criminel* sont fort techniques, et sont des dispositions excessivement détaillées qui méritent d'être fortement critiquées. Ces dispositions se chevauchent et sont en soi incompatibles à certains égards ».
[100] *Khill*, *supra* note 91, par. 35.
[101] Stuart, *supra* note 97, p. 522; voir également Roach, Kent. *Criminal Law*, 7e éd., Toronto, Irwin Law, 2018, p. 361 (ci-après « Roach (2018) »).; Paciocco, David M., *Getting Away with Murder: The Canadian Criminal Justice System,* Toronto, Irwin Law, 1999, p. 274 (ci-après « Paciocco (1999) »).

34. (1) Toute personne illégalement attaquée sans provocation de sa part est fondée à employer la force qui est nécessaire pour repousser l'attaque si, en ce faisant, elle n'a pas l'intention de causer la mort ni des lésions corporelles graves.

(2) 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.

35. Quiconque a, sans justification, attaqué un autre, mais n'a pas commencé l'attaque dans l'intention de causer la mort ou des lésions corporelles graves, ou a, sans justification, provoqué sur lui-même une attaque de la part d'un autre, peut justifier l'emploi de la force subséquemment à l'attaque si, à la fois :

a) il en fait usage :

i) d'une part, parce qu'il a des motifs raisonnables d'appréhender que la mort ou des lésions corporelles graves ne résultent de la violence de la personne qu'il a attaquée ou provoquée,

ii) d'autre part, parce qu'il croit, pour des motifs raisonnables, que la force est nécessaire en vue de se soustraire lui-même à la mort ou à des lésions corporelles graves;

b) il n'a, à aucun moment avant qu'ait surgi la nécessité de se soustraire à la mort ou à des lésions corporelles graves, tenté de causer la mort ou des lésions corporelles graves;

c) il a refusé de continuer le combat, l'a abandonné ou s'en est retiré autant qu'il lui était possible de le faire avant qu'ait surgi la nécessité de se soustraire à la mort ou à des lésions corporelles graves.

[…]

37. (1) 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) Le présent article n'a pas pour effet de 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.

[31] Pour reprendre la formulation de la CSC dans l'arrêt *Khill*[102], « la personne accusée pouvait avoir accès à [la légitime défense] par quatre portes différentes, en fonction des

[102] *Khill*, *supra* note 91, par. 29.

circonstances qui avaient donné lieu à l'emploi de la force par la personne accusée ». Les articles 34, 35 et 37 C.cr. visaient à définir les diverses circonstances dans lesquelles la personne accusée pouvait agir en légitime défense.

[32] La CSC rappelle aussi dans l'arrêt *Khill* que « [l]e paragraphe 34(1) exigeait [que la personne accusée] n'ait pas provoqué l'attaque et qu'elle n'ait employé que la force nécessaire pour se défendre, sans intention de causer la mort ou des lésions corporelles graves. En revanche, le par. [*sic*] 34(2) était applicable lorsque la personne accusée avait causé la mort ou des lésions corporelles graves, y compris lorsqu'elle avait voulu ce résultat, pourvu qu'elle ait eu une appréhension raisonnable qu'elle était menacée du même préjudice et ne pouvait pas autrement s'y soustraire »[103]. Le juge Lamer affirme à propos de l'article 34(2) C.cr. dans l'arrêt *McIntosh* de la CSC que cet article « donne lieu à une certaine absurdité »[104] lorsque mis en contexte avec les autres dispositions relatives à la légitime défense car « il n'est pas normal », selon lui, « qu'un accusé qui a commis l'infraction la plus grave puisse invoquer le moyen de défense le plus large »[105] (car il ne serait pas limité, par exemple, par une exigence de proportionnalité comme le paragraphe 34(1) C.cr.). Cependant, comme le soulignent Côté-Harper, Rainville et Turgeon, « [u]ne absurdité n'est pas synonyme d'ambiguïté »[106].

[33] L'article 35 C.cr. s'appliquait « aussi bien (1) à l'agent qui a agressé une autre personne sans avoir, à ce moment, l'intention de causer sa mort ou des lésions corporelles graves, qu'à (2) l'individu qui a provoqué sur lui-même une attaque de la part d'un autre »[107]. Les conditions d'ouverture de l'article 35 C.cr. étaient « relativement strictes »[108].

---

[103] *Ibid*, par. 30; voir également *Brisson c. R.*, [1982] 2 R.C.S. 227, p. 257-258.
[104] *McIntosh*, *supra* note 99, par. 40 *in limine*.
[105] *Ibid*, *in fine*.
[106] Côté-Harper, Rainville et Turgeon, *supra* note 7, p. 1179.
[107] Parent, *supra* note 87, p. 699; Côté-Harper, Rainville et Turgeon, *ibid*, p. 1179.
[108] Parent, *ibid*; Côté-Harper, Rainville et Turgeon, *ibid*, p. 1179.

[34] L'article 37 pouvait « servir à combler une lacune de façon à établir le fondement de la légitime défense dans les cas où les art. 34 et 35 [n'étaient] pas applicables »[109]. Cet article était traité comme une disposition subsidiaire à l'article 34 C.cr., ce qui ajouta à la confusion engendrée par la multiplicité d'articles applicables à la légitime défense dans cet ancien régime juridique[110]. Comme le note la Cour d'appel du Québec dans l'arrêt *Perron*, « [l]a légitime défense prévue à l'article 37 C.cr. compren[ait] une reconnaissance générale du principe de la légitime défense prévu à l'article 34 C.cr. Par contre, l'article 37 C.cr. permettait une défense plus élargie »[111] et n'imposait pas directement les limitations que l'on retrouve au paragraphe 34(2) C.cr. et à l'article 35 C.cr.[112] Cela n'était pas sans créer une autre « absurdité » si, ce faisant, quelqu'un pouvait échapper aux limites du paragraphe 34(2) C.cr. et de l'article 35 C.cr. tout en pouvant quand même invoquer la légitime défense de l'article 37 C.cr.[113]

[35] En ce qui concerne la proportionnalité, notons de façon sommaire, pour l'instant, que l'ancien paragraphe 34(2) et l'ancien article 35 C.cr. ne requéraient pas, selon un courant majoritaire de la doctrine[114] et de la jurisprudence[115], l'emploi d'une force qui soit proportionnée à l'attaque. En ce qui concerne l'ancien paragraphe 34(2) C.cr. plus spécifiquement, « [l']emploi d'un excès de force par l'accusé n'écarte […] pas la légitime défense si la croyance de l'accusé en l'absence d'un autre moyen de [se soustraire à la mort ou à des lésions corporelles graves] est raisonnable »[116]. Ce dernier paragraphe de l'ancien *Code criminel* se distingue du paragraphe 34(1) C.cr. dans la mesure où la question qu'il convient de se poser lors de son application n'est pas de décider, comme tel est le cas pour le paragraphe 34(1) C.cr., si la force utilisée en réponse a été nécessaire pour permettre à

---

[109] *McIntosh*, *supra* note 99, par. 45.
[110] Voir, par exemple, *R. c. Gosselin*, 2015 QCCS 1612, par. 25.
[111] *Perron c. R.*, 2018 QCCA 1871, par. 16; voir également *Candappa c. R.*, 2019 QCCA 1538.
[112] Wilson, L.C. « The Defence of Others – Criminal Law and the Good Samaritan » (2008) 33 *McGill L.J.* 4, p. 794.
[113] *Ibid*.
[114] Côté-Harper, Rainville et Turgeon, *supra* note 7, p. 1193; voir également Ministère de la Justice du Canada, *Réforme des moyens de défense visés par le Code criminel – Provocation, légitime défense et défense des biens*, Document de consultation, 1998, p. 35 (ci-après « Ministère de la Justice du Canada (1998) »).
[115] *R. c. Williams*, 2013 BCSC 1774, par. 85; *R. c. Mulder*, 1978 CanLII 2496 (ON CA); *R. c. Ward* (1978), 4 C.R. (3d) 190 (Ont. C.A.); *R. c. Bogue*, 1976 CanLII 871 (ON CA), p. 406-407.
[116] Parent, *supra* note 87, p. 696.

la personne accusée de se défendre, mais de se demander plutôt si celle-ci croyait, pour des motifs raisonnables, qu'il ne pouvait autrement se soustraire à la mort ou à des lésions corporelles graves[117]. En résumé, le paragraphe 34(2) C.cr. et l'article 35 « sont rédigés en termes de perception de l'accusé, liées à des considérations de caractère raisonnable, c.-à-d. un amalgame de normes objectives et subjectives »[118]. Plus précisément, les alinéas 34(2)a) et 34(2)b) C.cr. ainsi que l'alinéa 35a)ii) C.cr. justifient l'infliction de mort ou de lésions corporelles si le mal appréhendé est *comparable*. Ces dispositions ne sauraient alors être comprises comme une permission donnée par le législateur de pouvoir utiliser, en toutes circonstances, une force démesurée en riposte. Or, pour ce qui est des articles 34(1) et 37 C.cr., ceux-ci exigeaient que la personne accusée n'emploie que la force nécessaire, laquelle suppose une obligation de réserve[119] quant au mode et au moyen choisi pour mettre en œuvre la riposte. Pour reprendre l'exemple donné par le juge Cory de la Cour d'appel de l'Ontario dans l'arrêt *Desveaux*, un coup de couteau donné au cœur ne serait pas une réponse appropriée, donc proportionnée, à une gifle sur un poignet[120]. Nous reviendrons plus en détail sur la distinction à faire ou non entre les concepts de « proportionnalité » et de « force nécessaire » ainsi que sur la question de la possible existence ou non d'une certaine proportionnalité au sein du paragraphe 34(2) C.cr.

1.1.2 Après la Réforme de 2013

[36] L'entrée en vigueur en 2013 de la *Loi sur l'arrestation par des citoyens et la légitime défense*[121] vint remplacer les anciennes dispositions relatives à la légitime défense par une disposition unique[122], le « nouvel » article 34 C.cr. L'objectif d'avoir une disposition unique était d'en simplifier l'application, de l'aveu même du législateur[123]. Par

---

[117] *R. c. Pintar*, 1996 CanLII 712 (ON CA), p. 421.
[118] Quigley, Tim. « Propositions de modification du Code criminel (Principes généraux). Défense de la personne – Article 37 » dans Ministère de la Justice du Canada, *Documents rédigés pour le ministère de la Justice en réponse au Livre blanc*, « *Propositions de modification du Code criminel (Principes généraux)*, Ottawa, Mars 1994, reproduit avec la permission du ministre des Travaux publics et Services gouvernementaux du Canada, 2008, p. 13 (ci-après « Quigley (1994) »).
[119] Parent, *supra* note 87, p. 675.
[120] *R. c. Desveaux*, 1986 CanLII 153 (ON CA).
[121] *Supra* note 72.
[122] MacDonnell, Vanessa A., « The New Self-Defence Law: Progressive Development or Status Quo » (2013) 92 *R. du B. can.* 301, p. 303.
[123] Ministère de la Justice du Canada, *Projet de loi C-26* (2012 L.C. ch. 9) *Réforme de la légitime défense et défense des biens : Guide technique à l'intention des praticiens*, Mars 2013 (ci-après « *Guide technique* »).

exemple, « les tribunaux [n'auraient] plus à savoir qui est l'agresseur initial, si l'attaque est illégale, si l'accusé a lui-même provoqué l'attaque et toutes les autres qui amènent beaucoup d'interrogations et de difficultés juridiques afin de résoudre les litiges dans lesquels est invoquée la légitime défense »[124]. Cependant, nous verrons que cette prétendue simplification pourrait avoir eu l'effet de créer de nouvelles problématiques juridiques[125], tant pratiques que théoriques, particulièrement en ce qui a trait à l'application de la proportionnalité prévue au « nouvel » alinéa 34(2)g) C.cr.

[37] La « nouvelle » disposition portant sur la légitime défense se lit ainsi (de façon brève, afin de mettre l'accent sur la proportionnalité) :

> *Défense – emploi ou menace d'emploi de la force*
>
> 34. (1) N'est pas coupable d'une infraction la personne qui, à la fois :
>
> a) croit, pour des motifs raisonnables, que la force est employée contre elle ou une autre personne ou qu'on menace de l'employer contre elle ou une autre personne;
>
> b) commet l'acte constituant l'infraction dans le but de se défendre ou de se protéger - ou de défendre ou de protéger une autre personne - contre l'emploi ou la menace d'emploi de la force;
>
> c) agit de façon <u>raisonnable</u> dans les circonstances.
>
> *Facteurs*
>
> (2) Pour décider si la personne a agi de façon <u>raisonnable</u> dans les circonstances, le tribunal tient compte des faits pertinents dans la situation personnelle de la personne et celle des autres parties, de même que des faits pertinents de l'acte, ce qui comprend notamment les facteurs suivants :
>
> [...]
>
> g) la nature et la <u>proportionnalité</u> de la réaction de la personne à l'emploi ou à la menace d'emploi de la force.

[38] Le « nouvel » article 34 C.cr. énumère à son premier paragraphe trois conditions d'application, qui doivent toutes être remplies pour que ce moyen de défense puisse intervenir. La troisième de ces conditions, à savoir le caractère raisonnable de la réaction

---

[124] *Gosselin*, *supra* note 110, par. 18.

[125] Roach (2018), *supra* note 101, p. 388: « the increased simplicity of these defences will come at a price of less certainty ».

(ou riposte) de la personne accusée doit être évaluée de façon objective[126]. Elle serait le « cœur »[127] du nouveau régime juridique de légitime défense. Cette condition serait « la question cruciale et sans doute la plus difficile à trancher dans la plupart des instances »[128].

1.2 La proportionnalité et l'autonomie : choc *juridique* des civilisations

[39] Avant d'entamer l'analyse de la place accordée à la proportionnalité dans le cadre de la légitime défense avant et après la Réforme de 2013, il importe, afin de conserver une vue d'ensemble sur le sujet, de mentionner que la proportionnalité « n'a pas toujours existé afin de légitimer l'acte défensif »[129] dans certaines juridictions. Dans le passé, celles-ci n'avaient pas d'exigence formelle de proportionnalité pour la légitime défense[130]. Tel était d'ailleurs le cas au Canada pour certaines formes de légitime défense avant la Réforme de 2013. Encore aujourd'hui, l'Allemagne considère qu'un acte de légitime défense « en apparence *disproportionné*, peut être employé par une personne pour se défendre en fonction de la gravité du cas d'espèce »[131]. Il y aurait alors un choc *juridique* des civilisations, pour reprendre le titre (sans le contenu) du célèbre livre de Huntington[132], entre la compréhension classique de la proportionnalité qui a cours dans les juridictions de common law et celle de l'Allemagne.

[40] Le droit pénal allemand offre un contraste intéressant au droit pénal canadien dans la mesure où il a été longtemps hostile aux restrictions concernant l'utilisation de la force défensive[133]. L'Allemagne a rejeté dans le passé le concept de proportionnalité comme

---

[126] Voir, par exemple, *R. c. Bengy*, 2015 ONCA 397, par. 28.
[127] Weisbord, Noah. « Licence to *Khill*: What Appellate Decisions Reveal about Canada's New Self-Defense Law » (2020) 46 *Queen's L.J.* 97, p. 159 (ci-après « Weisbord (2020) »).
[128] Roach, Kent. « A Preliminary Assessment of the New Self-Defence and Defence of Property Provisions » (2012) 16 *Rev. Can. D.P.* 275-279 (ci-après « Roach (2012) »); voir traduction française dans l'arrêt *Cormier c. R.*, 2017 NBCA 10, par. 43.
[129] Grégory, *supra* note 40, p. 13; voir également p. 10.
[130] Steinhoff, Uwe. « Proportionality in Self-Defence » (2017) *J. Ethics* 21:263-289, p. 266; voir également Finn, Jeremy. « Emergency Situations and the Defence of Necessity » (2016) 34 *Law Context: A Socio-Legal J.* 100, p. 109; Lareau, *supra* note 35, p. 75.
[131] Drapier, Marjory. *Réforme de la légitime défense et de l'excès de légitime défense : un coup d'épée dans l'eau?* mémoire de maîtrise en droit à finalité spécialisée en droit pénal (aspects belges, européens et internationaux), faculté de droit, de science politique et de criminologie, Université de Liège, Belgique, 2019-2020, p. 23.
[132] Huntington, Samuel. *Le choc des civilisations*, Éditions Odile Jacob, 1997 (traduit de l'anglais).
[133] Law Reform Commission, Irlande (2006), *supra* note 97, p. 206.

condition venant limiter la légitime défense[134]. Toutefois, contrairement à la légitime défense, un concept de proportionnalité est formellement prévu pour la défense de nécessité en droit allemand[135]. Pour ce qui est de la légitime défense, l'Allemagne a longtemps préféré le concept kantien d'autonomie à la proportionnalité[136]. Kant ne reconnaît pas, en effet, qu'il doit y avoir une exigence de proportionnalité pour ce moyen de défense[137]. Ce concept d'autonomie concerne la sphère privée d'une personne dans laquelle elle est libre d'agir à sa guise à condition que ses actions ne mettent pas en péril la sphère d'autrui[138]. Ce concept fait de tout être rationnel un législateur moral qui déciderait lui-même du bien-fondé de ses actions[139]. Par exemple, il serait acceptable, sur la base des fondements de ce concept, que le propriétaire d'un verger tire un coup de feu sur un voleur de pommes en fuite car le choix de la mesure adéquate à prendre dans une telle situation appartiendrait, en principe, à la personne dont le droit aurait subi une violation[140]. Il s'agit de la position que la Cour suprême allemande a retenu en 1920[141] en décidant qu'un fermier avait agi en légitime défense en pareilles circonstances. Cette cour avait alors rejeté la possibilité que la riposte de ce fermier contre le voleur de pommes doive être juridiquement limitée par le principe de proportionnalité[142]. Le titulaire du droit serait autorisé en droit allemand à répondre avec toute la force nécessaire pour défendre son autonomie et ses droits, sans égards pour la proportionnalité[143]. La légitime défense existerait même lorsque le rapport entre le mal infligé et le mal subi est disproportionné[144]. Une telle trame factuelle entraînerait plutôt, en droit canadien, l'application de la défense des biens (puisqu'il n'y a pas dans le scénario susmentionné de menace contre la personne). Il y aurait aussi, plus

---

[134] Kremnitzer, Mordechai et Khalid Ghanayim. « Proportionality and the Aggressor's Culpability in Self-Defence » (2004) 39 Tulsa L. Rev. 875, p. 895.
[135] Article 34 *in fine* qui prévoit que la *nécessité en tant que justification* « ne s'applique que dans la mesure où l'acte commis est un moyen *adéquat* pour écarter le danger » (caractères italiques ajoutés; traduction de l'allemand faite par l'auteur de ce mémoire). Version originale en langue allemande: « nur, soweit die Tat ein *angemessenes Mittel* ist, die Gefahr abzuwenden » (caractères italiques ajoutés).
[136] Lettow Lerner, *supra* note 44, p. 3 et p. 6.
[137] Kremnitzer et Ghanayim, *supra* note 134, p. 896.
[138] *Ibid*, p. 892.
[139] Wood, Allen W. *Kantian Ethics*, Cambridge University Press, 2007, p. 106-122.
[140] Fletcher, George P. *Rethinking Criminal Law*, Oxford University Press, New York, 2000, p. 872 (ci-après « Fletcher (2000) »).
[141] RG, Urt v. 20.9.1920 – I 384/20, RGSt 55, 82.
[142] Law Reform Commission, Irlande (2006), *supra* note 97, p. 206, p. 243.
[143] Getzler, Joshua. « Use of Force in Protection of Property » (2006) *Theoretical Inquiries in Law* 7.1, p. 159.
[144] Kremnitzer et Ghanayim, *supra* note 134, p. 895.

que probablement, une réponse bien différente de la part des cours de justice à l'égard de tels faits[145], notamment en ce qui a trait à la proportionnalité. Par exemple, si un propriétaire de magasin d'alcools n'avait aucun moyen d'empêcher un voleur de s'échapper avec quelques bouteilles, sauf de lui tirer dessus, il vaudrait mieux, d'un point de vue social (où l'aspect moral du concept de proportionnalité prévaudrait), subir le vol de quelques bouteilles d'alcool plutôt que d'infliger de graves blessures physiques à un autre être humain[146].

[41] Le droit pénal allemand a toutefois évolué, comme on pouvait s'y attendre, depuis cette décision de 1920[147] mentionnée ci-haut, particulièrement en ce qui concerne la proportionnalité. Il a intégré dans les années 2000 une règle de proportionnalité dans son code criminel[148]. Cependant, le code criminel allemand ne prévoit toujours pas expressément[149] la proportionnalité[150] au sein de la légitime défense, mais il fait plutôt appel à des concepts apparentés, à savoir que l'acte de défense doit être *nécessaire*[151] et *adéquat*[152]. La proportionnalité semble être cependant maintenant bien ancrée dans la

---

[145] « Quand nous étions enfants, nous avons entendu des histoires sur les vols de pommettes. Nous avons peut-être entendu parler de propriétaires qui possédaient des fusils à sel. […] Si une personne se faisait attraper en train de voler des pommettes elle pouvait se faire tirer dessus avec un fusil à sel. […] *L'utilisation d'un fusil à sel dans de telles circonstances serait probablement illégale*; en tout cas, je l'espère. Si une personne entre sur ma propriété et je lui demande de s'en aller, je ne peux pas la cribler de balles si elle refuse. Ce serait faire usage d'une force excessive, ce qui est interdit par le Code criminel » : Canada. Chambre des Communes. *Débats de la Chambre des Communes*, 1re sess., 41e Lég., Numéro 58 (1er décembre 2011), Deuxième lecture de la *Loi modifiant le Code criminel (arrestation par des citoyens et moyens de défense relativement aux biens et aux personnes)*, 2012, c. 9 (M. Jack Harris, St. John's-Est, NPD) (caractères italiques ajoutés).

[146] Kremnitzer et Ghanayim, *supra* note 134, p. 893.

[147] Getzler, *supra* note 143, p. 159.

[148] Lettow Lerner, *supra* note 44, p. 3, note de bas de page 6.

[149] Law Reform Commission, Irlande (2006), *supra* note 97, p. 244.

[150] Celle-ci est prévue par les articles 32 et 33 du code criminel allemand (*Strafgesetzbuch – StGB*), en ligne (en langue anglaise): https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_stgb/englisch_stgb.html; Lareau, *supra* note 35, p. 75, note de bas de page 272 : « la proportionnalité en droit allemand n'est pas une condition formelle de la légitime défense ».

[151] Giraux, Alix. *Concepts, intérêts et valeurs dans l'interprétation du droit positif*, thème nº 4 : Droit pénal, Rapport national : Allemagne. Journées internationales 2017 (Italie), p. 11; voir l'article 32 alinéa 2 du code criminel allemand.

[152] *Ibid*; voir l'article 32 alinéa 1 du code criminel allemand; Hermann, Jenny. « Chronique Droit Pénal - Mars 2016 » (18 juillet 2016), Revue de droit allemand, par. 2, en ligne : https://www.droit-allemand.org/revue/p9/ : « Le caractère nécessaire de la riposte implique de choisir, entre plusieurs moyens adéquats à disposition, le moyen le plus doux possible. S'il n'est pas exclu que la riposte puisse dans certaines circonstances consister en un homicide de l'agresseur, cette hypothèse devrait toutefois être réservée à des cas de figure exceptionnels. [...] *il ne doit pas y avoir de disproportion manifeste* entre les moyens de défense employés et la gravité de l'atteinte » (caractères italiques ajoutés).

jurisprudence allemande portant sur la légitime défense[153], même si un auteur ne semble pas partager cet avis lorsqu'il exprime que la proportionnalité n'y a reçu qu'un soutien juridique minoritaire de la part des cours de justice allemandes qui appliquent toujours plus volontiers, selon lui, le concept d'autonomie[154]. Même si cela était vrai, la jurisprudence allemande a tout de même inclus la notion de limites socio-éthiques (« *sozialethische Notwehrschranken* ») à la riposte. Ces limites impliquent en droit allemand que la force létale utilisée ne doit pas être « grossièrement disproportionnée »[155]. Ces limites socio-éthiques semblent faire écho, jusqu'à un certain point, à ce que constitue l'aspect *moral* de l'analyse de la proportionnalité au Canada, lequel va au-delà d'une approche purement utilitariste qui fait une comparaison mathématique entre deux maux.

1.3 La proportionnalité *avant* la Réforme de 2013

[42] Toute discussion portant sur le caractère proportionnel de la conduite d'un individu dans le contexte de la légitime défense implique de se pencher sur le rapport existant entre le mal infligé par la riposte de la personne accusée et le mal évité souhaité par l'agresseur initial que ce soit par l'emploi ou par la menace de l'emploi de la force[156]. Le concept de proportionnalité est central à toute discussion portant sur la légitime défense[157].

[43] Le rôle que la proportionnalité joue dans la justification de l'utilisation de la force reçoit rarement, selon Uniacke, une attention critique ciblée[158]. C'est précisément ce sur

---

[153] Voir, par exemple, la décision de 2018 (uniquement en langue allemande) BGH 3 StR 391/18 - Beschluß vom 19 Dezember 2018 (LG Duisburg), en ligne : https://www.hrr-strafrecht.de/hrr/3/18/3-391-18.php. Cette décision qui repose, en partie, sur l'article 32 du code criminel allemand indique, à son paragraphe 7 : « Il doit plutôt avoir donné à la victime une cause suffisante; son comportement doit avoir été une réaction compréhensible aux actions antérieures du délinquant. L'intelligibilité doit également être vérifiée *du point de vue de la proportionnalité* » (caractères italiques ajoutés; traduction de l'allemand par l'auteur de ce mémoire); voir également, par exemple, Giraux, *supra* note 151, p. 11 : « La jurisprudence interprète cette notion sur la base de critères dits « socio-éthiques » pour apposer des limites à la riposte (*sozialethische Notwehrschranken*). Plusieurs cas sont traditionnellement reconnus. L'un d'entre eux est l'absence de disproportion manifeste (*krasses Mißverhältnis*) entre le bien juridique du défenseur et le bien juridique de l'agresseur ».
[154] Getzler, *supra* note 143, p. 159.
[155] Law Reform Commission, Irlande (2006), *supra* note 97, p. 244.
[156] McMahan, Jeff. « Proportionate Defense » (2013-2014) 23 *J. Transnational L. & Policy* 1-36, p. 2-3.
[157] Voir, par exemple, Law Reform Commission, *Defences in Criminal Law*, Report, LRC 95-2009, Irlande, 2009, p. 66 (ci-après « Law Reform Commission, Irlande (2009) »).
[158] Uniacke, *supra* note 23, p. 269.

quoi nous allons porter notre attention, tant pour la période qui précède que celle qui suit la Réforme de 2013. L'analyse de l'évolution de la place occupée ainsi que du rôle joué par la proportionnalité dans la légitime défense pendant ces deux périodes semble être primordiale afin de mieux en saisir les tenants et aboutissants.

1.3.1 Le caractère inadéquat de la proportionnalité

[44] Au-delà des multiples critiques exprimées par la doctrine concernant la complexité d'application de l'ancien droit relatif à la légitime défense au Canada[159], une des critiques doctrinales formulées par l'une des figures de proue du droit pénal en Angleterre à l'égard de la proportionnalité telle qu'elle était comprise à l'époque au Canada veut que si l'on peut, dans certaines circonstances, utiliser la « force » en légitime défense, alors assurément un acte équivalant à autre chose que la force devrait aussi être justifiable dans des circonstances similaires[160]. La Réforme de 2013 aura certainement trouvé une solution à cet écueil de l'ancien régime juridique canadien car « la réaction de la personne accusée suivant le nouveau droit ne se limite plus à un emploi défensif de la force »[161].

[45] Toujours selon cette même figure de proue du droit pénal anglais, il peut être nécessaire d'utiliser une sorte particulière de force, sans que celle-ci soit proportionnée[162]. Par exemple, la situation hypothétique où une personne devrait en pousser une autre sur la route, devant un véhicule automobile en mouvement, afin d'éviter que cette dernière ne lui marche sur les pieds serait peut-être nécessaire, mais difficilement proportionnée[163]. Or, pour pouvoir repousser de façon légitime une attaque ou la menace de celle-ci dans l'ancien régime juridique de légitime défense, la riposte devait, selon la jurisprudence ayant appliqué le paragraphe 34(1) C.cr. ou l'article 37 C.cr., être à la fois nécessaire et proportionnée[164]. Par conséquent, ce scénario permet de suggérer, de façon spéculative,

---

[159] Voir, par exemple, Côté-Harper, Rainville et Turgeon, *supra* note 7, p. 1216.
[160] Horder, Jeremy. « Self-Defence, Necessity and Duress: Understanding the Relationship » (1998) 11 *Can J. L. and Jurisprudence* 143, p. 144.
[161] *Khill*, *supra* note 91, par. 40.
[162] Horder, *supra* note 160.
[163] *Ibid* (caractères italiques ajoutés).
[164] *Ibid*, p. 146, l'auteur fait référence à Uniacke, Suzanne. *Permissible Killing: The Self-Defence Justification of Homicide*, Cambridge University Press, 1994, p. 74-81.

que la légitime défense en serait probablement exclue sous l'ancien régime juridique, alors qu'elle serait peut-être disponible sous le nouveau régime, considérant la transformation du rôle attribué à la proportionnalité, à savoir de condition essentielle (sous l'ancien régime) à simple facteur (sous le nouveau régime). Cette évolution a d'ailleurs été reconnue, mais en termes généraux, par la CSC dans l'arrêt *Khill*[165], mais sans qu'elle se prononce précisément, toutefois, sur la portée de la proportionnalité dans ce contexte.

1.3.2 L'inexistence de la proportionnalité en droit pénal canadien : l'exemple erroné du droit espagnol

[46] Les auteurs Prieto et Remke observent que les dispositions canadiennes précédant la Réforme de 2013 employaient, pour les dispositions relatives à la légitime défense autres que le paragraphe 37(2) C.cr., le terme de « nécessité » *de la même manière*, selon ces auteurs, que le paragraphe 20(4) du code criminel espagnol[166], lequel prévoit que les mesures employées doivent avoir été 'rationnellement *nécessaires*'[167] à la riposte. Selon ces auteurs, ce paragraphe du code criminel espagnol ne prévoit pas, cependant, de critère de proportionnalité[168]. Par conséquent, si nous devions faire abstraction de l'interprétation jurisprudentielle de la légitime défense au Canada concernant les articles autres que le paragraphe 37(2) C.cr., il serait possible, sur la base de cette prémisse proposée par ces auteurs, de prétendre que la proportionnalité n'a, en fait, jamais existé en droit pénal canadien – à l'exception du paragraphe 37(2) C.cr. –, et que des pans entiers de décisions judiciaires, y compris celles de la CSC, auraient erré depuis des décennies en ayant fait un rapprochement entre la force qui est *nécessaire* à la riposte et la proportionnalité[169]. Cette interprétation restrictive pourrait se justifier, par exemple, par le fait que le paragraphe 34(1) C.cr. prévoit l'utilisation d'une « force nécessaire » pour repousser l'attaque, laquelle

---

[165] *Khill*, *supra* note 91, par. 42 : « Le pouvoir discrétionnaire conféré aux juges des faits signifie que le moyen de défense peut maintenant être accueilli en l'absence de ce qui était antérieurement une condition de son succès ».

[166] Prieto, Javier Vall et Wayne N. Renke, « A Comparison of the Spanish and Canadian Law of Self-Defence » (2010) 47 *Alberta Law Review* 47, p. 871-872.

[167] *Code criminel*. Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal : « *Necesidad racional* del medio empleado para impedirla o repelerla » (traduction de l'auteur : *Nécessité rationnelle* du moyen employé pour prévenir ou repousser [l'attaque]) (caractères italiques ajoutés).

[168] Prieto et Renke, *supra* note 166, p. 871-872.

[169] Voir, par exemple, *R. c. Kong*, 2005 ABCA 255, pourvoi devant la Cour suprême du Canada accueilli, mais pour d'autres motifs, [2006] 2 R.C.S. 347.

serait similaire mais différente de la proportionnalité[170], tandis que l'article 37 C.cr. prévoit, d'une part, à son premier paragraphe, la *même* force nécessaire alors qu'à son deuxième paragraphe, d'autre part, il prévoit une exigence explicite de proportionnalité. Par conséquent, l'absence d'une proportionnalité exprimée explicitement au paragraphe 34(1) C.cr., alors qu'elle l'est au paragraphe 37(2) C.cr., pourrait faire en sorte que la proportionnalité ne saurait y être prévue. Cependant, cette séparation conceptuelle entre les deux paragraphes de l'article 37 C.cr. ne semble pas avoir été retenue tant par la doctrine[171] que par la jurisprudence[172] canadiennes qui semblent plutôt avoir interprété cet article comme un tout indissociable et indivisible. Ainsi, il serait possible de répondre à l'interprétation restrictive susmentionnée de l'article 37 C.cr. en soutenant l'argument que le paragraphe 37(2) C.cr. pourrait n'être qu'une *précision*[173] au sujet du paragraphe 37(1) C.cr., auquel cas il y aurait une certaine analogie entre les article 34(1) et 37(1) C.cr.

1.3.3 L'absence de distinction entre les concepts de « force nécessaire » et de proportionnalité

[47] La jurisprudence canadienne ne fait pas de distinction entre les concepts de « force nécessaire » et de proportionnalité. Par exemple, la CSC dans l'arrêt *Hebert*[174] a identifié la « force nécessaire » comme étant le quatrième élément constitutif du paragraphe 34(1) C.cr. Or, depuis que cet arrêt a été rendu, la Cour d'appel de l'Alberta dans l'arrêt *Kong* ne fit pas référence aux termes « force nécessaire » lorsqu'elle discuta de ce quatrième

---

[170] Law Reform Commission, Irlande (2009), *supra* note 157, p. 66, par. 2.175: « If no more than necessary force may be used, it adds nothing to say that defensive force must also be proportionate ».

[171] Quigley (1994), *supra* note 118, p. 12 : « Under the present Criminal Code provisions, a requirement that the defensive force be proportional to the threat to the accused is contained in sections 34(1) and **37** but not in sections 34(2) and 35 which are framed in terms of the perceptions of the accused bounded by considerations of reasonableness » (caractères gras et soulignement ajoutés); voir également Ratushny, Lynn. *Examen de la légitime défense : Rapport final*, 11 juillet 1997, présenté à la ministre de la Justice du Canada et au solliciteur général du Canada, p. 135 : « [L']article 37 énonce la règle générale qui permet d'employer la force nécessaire **et** proportionnée pour se défendre contre l'emploi illégal de la force […] ».

[172] Voir, par exemple, *McIntosh*, *supra* note 99, par. 43 : « *Cette disposition*, en soi une justification distincte, *renferme un énoncé général* du principe de la légitime défense » (caractères italiques ajoutés).

[173] Ministère de la Justice du Canada (1998), *supra* note 114, p. 35 : « en vertu […] de l'article 37, on ne doit pas employer plus de force que nécessairement, *autrement dit*, la force doit être *proportionnelle* à la menace qui pèse contre l'accusé » (caractères italiques ajoutés).

[174] *R. c. Hebert*, [1996] 2 R.C.S. 272, par. 23.

élément constitutif, mais elle employa plutôt le terme de « proportionnalité »[175]. Selon cette approche, les termes de « force nécessaire » et « proportionnalité » pourraient être considérés soit comme des équivalents sur le plan normatif dans ce contexte ou bien la proportionnalité pourrait peut-être être considérée comme étant subsumée dans les termes de « force nécessaire »[176]. Il y aurait ainsi un amalgame conceptuel existant dans la jurisprudence canadienne entre le concept de « proportionnalité » et celui de « force nécessaire ». Certaines décisions jurisprudentielles ont fait cet amalgame de manière ostentatoire dans leurs motifs. Par exemple, dans la décision *Williams* rendue en 2013, la Cour suprême de Colombie-Britannique écrivait à propos de la force excessive et de la légitime défense[177]:

> In *R. v. Ward* (1978), 4 C.R. (3d) 190 (Ont. C.A.), it was properly found that it is not a requirement of s. 34(2) that the force used must be proportionate to the assault against which the accused is defending him-or herself. As well in *R. v. Mulder* (1978), 1978 CanLII 2496 (ON CA), 40 C.C.C. (2d) 1 (Ont. C.A.), it was correctly held that there is no requirement that the force be no more than is necessary to prevent death or grievous bodily harm.

Par conséquent, même si la proportionnalité n'apparaissait pas explicitement au paragraphe 34(1) C.cr.[178], cela ne signifie pas pour autant que la proportionnalité ne faisait pas bonne figure dans la jurisprudence canadienne.

[48] Pour revenir brièvement au droit pénal espagnol, tout en n'imposant pas d'exigence de proportionnalité, selon Prieto et Remke, il faut, pour ce qui est de la légitime défense, que la personne accusée limite au maximum (« *to the greatest degree possible* ») le préjudice causé à l'agresseur initial dans les circonstances[179]. En droit pénal canadien, « l'évaluation de l'acte de défense nécessaire [comporte] deux aspects [dont le second] consisterait à déterminer si le minimum de force a été utilisé contre l'agresseur; il s'agit

---

[175] *Kong*, *supra* note 169; voir également, plus récemment, *R. c. Hunter*, 2013 NWTSC 79, par. 16 : « the force exerted to repel the attack was no more than necessary (proportionality) ».
[176] *R. c. Gilley*, 2013 CanLII 1 (NL PC), par. 77; Fletcher (2000), *supra* note 140, p. 870.
[177] *Williams*, *supra* note 115, par. 85 (caractères soulignés ajoutés).
[178] Lareau, *supra* note 35, p. 112 : « La condition de proportionnalité au par. 34(1) n'est pas explicite mais implicite ».
[179] Prieto et Renke, *supra* note 166, p. 871-872.

alors d'une question de *degré ou de mesure* »[180]. Or, comme nous l'avons vu précédemment, « la proportionnalité exprime [une] idée de juste mesure »[181]. Il s'agit aussi d'une question de degré. Par conséquent, la proportionnalité pourrait aussi exister en droit pénal espagnol, contrairement à ce qu'affirment ces deux derniers auteurs.

1.3.4 Le rôle central de la proportionnalité dans la comparaison des anciens paragraphes 34(1) et 34(2) C.cr.

[49] Une autre manière qui s'avère être utile pour comprendre le rôle joué par la proportionnalité dans l'ancien régime juridique de légitime défense est de comparer les paragraphes 34(1) et 34(2) C.cr., d'autant plus que, rappelons-le, les articles 34(1) et 34(2) sont ceux qui étaient le plus souvent invoqués[182].

1.3.4.1 La *distinction* existant entre les anciens paragraphes 34(1) et 34(2) C.cr.

[50] De façon générale, contrairement à l'article 34(1) C.cr., « [l]'emploi d'un excès de force par l'accusé n'écarte […] pas la légitime défense [prévue à l'article 34(2) C.cr.] si la croyance de l'accusé en l'absence d'un autre moyen de s'en sortir est raisonnable »[183]. Comme le rappelle Lareau, « [l]orsque le texte du par. 34(2) s'applique, les tribunaux ont décidé maintes fois qu'il n'était pas nécessaire que la force utilisée soit objectivement proportionnelle à l'attaque »[184]. De plus, le fait pour le paragraphe 34(2) C.cr. d'autoriser l'infliction de la mort pour échapper à des lésions corporelles atteste du choix explicite du législateur de ne pas s'en tenir à un pur parallélisme entre le mal subi et le mal causé. En

---

[180] Lareau, *supra* note 35, p. 100-101 (caractères italiques ajoutés).
[181] Coquin, *supra* note 3, p. 50-51.
[182] Stuart (2020), *supra* note 97, p. 522; voir également Roach (2018), *supra* note 101, p. 361; Paciocco (1999), *supra* note 101, p. 274.
[183] Parent, *supra* note 87, p. 696.
[184] Lareau, *supra* note 35, p. 113-114. À ce sujet, un auteur affirmait, en 2011, que la jurisprudence et la doctrine étaient divisées à propos de l'application de la proportionnalité à la légitime défense (Stewart, Hamish. « The Constitution and The Right of Self-Defence » (2011) *U.T.L.J.* 61(4), p. 911). Il est aussi utile d'examiner la note de bas de page 34 du même article où l'auteur suggère de comparer les différentes approches en ce qui concerne la proportionnalité pour ce moyen de défense. Il renvoie le lecteur, notamment aux arrêts *Hebert*, *supra* note 174 et *Brisson*, *supra* note 103. La CSC exprimait dans ce premier arrêt (au paragraphe 16) que « l'emploi d'un excès de force par l'accusé n'écarte pas la légitime défense » et que « le par. 34(2) n'exige pas que la force employée soit proportionnée à l'attaque contre laquelle l'accusé se défend », alors que la majorité de la CSC avait affirmé dans le second que l'usage excessif de la force en réponse à une menace injustifiée prive l'accusé du droit à la légitime défense.

ce qui concerne le paragraphe 34(1) et l'article 37, « on ne doit pas employer plus de force que nécessairement, autrement dit, la force doit être *proportionnelle* à la menace qui pèse contre l'accusé. Par contre, en vertu du paragraphe 34(2) et de l'article 35, l'emploi de la force est justifié si l'accusé a des motifs raisonnables de croire qu'il n'a aucun autre moyen de se soustraire à la mort ou à des lésions corporelles graves, autrement dit, il a un moyen de défense fondé sur la *nécessité* »[185].

1.3.4.2 La *similitude* existant entre les anciens paragraphes 34(1) et 34(2) C.cr.

[51] Sortant des sentiers battus et se situant à l'extérieur de la quasi-unanimité de la doxa juridique à cet égard, Coughlan soutient l'hypothèse voulant que tant le paragraphe 34(1) C.cr. que le paragraphe 34(2) C.cr. contiendraient une exigence de proportionnalité[186]. Il observe que l'exigence de proportionnalité qui apparaît au paragraphe 34(1) C.cr. concerne une force utilisée en riposte qui ne vise pas à causer la mort tandis que pour le paragraphe 34(2) C.cr. l'exigence de proportionnalité se reposerait sur le fait que la personne accusée cause la mort par crainte de subir le même traitement par l'agresseur initial. Cet auteur dégage l'esprit qui, selon lui, correspondrait à l'article 34, lequel prévoierait *dans son ensemble* que l'on peut se défendre lorsqu'il est raisonnable et *proportionné* de le faire, mais il n'est jamais proportionné de commettre un homicide, à moins d'être menacé de mort. Cependant, cette approche consistant à interdire le recours à la force défensive meurtrière dans tous les cas où la menace de l'agresseur ne met pas sa vie en danger a été décrite comme une approche « trop simpliste » par certains[187]. Par conséquent, même si cette approche novatrice (ou marginale) avait supplanté l'approche dominante qui a eu cours au Canada en ce qui a trait au rôle joué par la proportionnalité dans la légitime défense, rien ne laisse présager que celle-ci aurait empêché l'avènement de la Réforme de 2013.

---

[185] Ministère de la Justice du Canada (1998), *supra* note 114, p. 35 (caractères italiques et soulignement ajoutés).
[186] Coughlan (2008), *supra* note 8, p. 170-171.
[187] Law Reform Commission, Irlande (2009), *supra* note 157, p. 67, par. 2.182.

1.3.5 La proportionnalité comme facteur de convergence entre la légitime défense et la défense de contrainte

[52] Coughlan affirme que la division de l'article 34 en deux paragraphes jouerait essentiellement le même rôle que les exclusions prévues à l'article 17 C.cr. qui concernent la défense de contrainte. Il appuie cette comparaison, ce qui rend la chose encore plus pertinente pour notre sujet d'étude, sur le fait que de causer la mort, par exemple, ne pourrait être un acte éventuellement proportionné, au sens de l'article 17 C.cr., que lorsqu'il est commis en riposte à une menace de mort. Or, la proportion reflète l'opinion de la société sur la gravité d'un crime donné[188]. Il sera intéressant d'en discuter plus en détail lors de notre discussion de la défense de contrainte. Limitons-nous, pour l'instant, à faire mention de l'existence d'une controverse jurisprudentielle sur ce sujet précis[189].

1.3.6 La proportionnalité comme élément de similitude entre les anciens paragraphes 34(1) et 37(2) C.cr.

[53] Le seul paragraphe du *Code criminel* qui faisait, avant la Réforme de 2013, explicitement référence à une exigence de proportionnalité pour ce qui est de la légitime défense était le paragraphe 37(2) C.cr., lequel prévoyait que cette exigence « n'a pas pour effet de justifier le fait d'infliger volontairement un dommage qui est excessif, eu égard à la nature de l'attaque que la force employée avait pour but de prévenir ». Un auteur rappelle à propos de la proportionnalité dans le contexte du paragraphe 37(2) C.cr. qu'il « impose, du moins par son libellé, une évaluation *objective* de la proportionnalité. 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 »[190]. Quoique le libellé du paragraphe 37(2) C.cr. pourrait suggérer une évaluation « purement objective » de la

---

[188] Hay, Michael A. *The Criminal Law of Private Defence in England, Scotland and France*, thèse de doctorat, faculté de droit, Université d'Édimbourg, 1987, p. 183.
[189] *R. c. Aravena*, 2015 ONCA 250, demande d'autorisation de pourvoi à la Cour suprême du Canada rejetée versus *R. c. Willis (TAW)*, 2016 MBCA 113, demande d'autorisation de pourvoi à la Cour suprême du Canada rejetée. Voir également *R. c. Sandham*, 2009 CanLII 58605 (ON SC); Tanha, Robert H. « The Availability of the Common Law Defence of Duress to Principals Charged With Murder: An Analysis of the Conflicting Appellate Decisions in *R v Willis (TAW)* and *R v Aravena* » (2021) 44 *Manitoba Law Journal* 4.
[190] Lareau, *supra* note 35, p. 116.

proportionnalité, dans le sens où celui-ci ne prévoirait que la comparaison entre deux maux, la jurisprudence a indiqué que la proportionnalité du paragraphe 37(2) et celle prévue par le paragraphe 34(1) C.cr. seraient *identiques*. Elles seraient identiques dans la mesure où « le fait d'infliger volontairement un mal ou dommage qui est excessif » prévu par le paragraphe 37(2) C.cr. ne serait, en fait, qu'une autre manière d'exprimer le concept de proportionnalité qui limite l'usage de la force à ce qui est nécessaire pour repousser l'attaque selon ce que prévoit le paragraphe 34(1) C.cr.[191] Le juge Lamer dira d'ailleurs dans l'arrêt *McIntosh* que « [l']article 37 vient ajouter à la confusion […] puisqu'il paraît permettre à un accusé d'invoquer la légitime défense dans tous les cas où la force employée par l'accusé était (i) nécessaire et (ii) proportionnée »[192].

1.3.7 Le caractère objectif de l'évaluation de la proportionnalité

[54] Certains soutiennent qu'une évaluation dite objective de la proportionnalité est préférable, de façon générale, à une évaluation « purement objective » ou, exprimée autrement, une exigence de proportionnalité stricte[193]. La jurisprudence[194] « ne contredit [...] pas la plupart des auteurs qui estiment que la condition légale de proportionnalité entre l'attaque et la défense ne doit pas être comprise comme imposant "une stricte équivalence" ni même "un rapport mathématique ou chiffré [...] entre l'intérêt menacé par l'attaque et celui que lèse la défense" »[195], mais doit aussi considérer « l'opinion générale de la société sur le degré de force acceptable dans une situation donnée »[196].

[55] L'arrêt *Kong* de la Cour d'appel de l'Alberta indique que le juge appelé à appliquer le test *objectif* pour mesurer l'exigence de proportionnalité pour la légitime défense

---

[191] *R. c. Grandin*, [2001] B.C.J. No. 973 (B.C.C.A.), par. 39; Parent, *supra* note 87, p. 706.
[192] *McIntosh*, *supra* note 99, par. 44.
[193] Wilson, *supra* note 112, p. 794.
[194] *R. c. Lavallee*, [1990] 1 R.C.S. 852; *R. c. Baxter*, 1975 CanLII (ON CA), [1975] O.J. No. 1053; voir, par exemple, Roach (2012), *supra* note 128, p. 299 : « With respect to self-defence, courts will continue to maintain the flexibility of the contextual objective standard embraced in *Lavallee* and clearly endorsed in the new section 34(2) »; Steinhoff, *supra* note 130, p. 286.
[195] Chavent, *supra* note 23, p. 456, citant Robert, *supra* note 74, p. 263; voir également Kathol, Todd. « Defence of Property in the Criminal Code » (1993) 35 *Crim L.Q.* 453, p. 469.
[196] Commission de réforme du droit (1982), *supra* note 90, p. 120.

(comme il l'applique *objectivement* pour la défense de nécessité[197]), doit examiner si, du point de vue d'une personne raisonnable placée dans les mêmes circonstances qu'une personne accusée, il était vraisemblable (« *air of reality* ») que l'utilisation de la force par cette dernière soit objectivement nécessaire considérant la nature et l'intensité tant de la menace que de la riposte[198]. Elle se pencha aussi plus particulièrement sur les raisons soutenant la nature objective de ce test[199]. Examinons-en quelques-unes. Le libellé du paragraphe 34(1) C.cr. n'inclut pas d'élément subjectif à l'exigence de proportionnalité comme celui voulant que la personne accusée aurait « cru pour des motifs raisonnables », élément qui apparaît au paragraphe 34(2) C.cr.[200] De plus, des raisons d'ordre public soutiendraient aussi le fait que le test soit de nature objective car ce paragraphe est conçu pour s'appliquer à des situations où une personne accusée est confrontée à une force qui n'est pas létale[201]. Cette raison ne tiendrait plus à l'heure actuelle où il n'y a qu'un seul article portant sur la légitime défense et que celui-ci a vocation à s'appliquer à toutes situations, létales ou non. Par ailleurs, selon la Cour d'appel de l'Alberta, si les tribunaux devaient assouplir l'exigence de proportionnalité en y ajoutant un élément subjectif, cela pourrait avoir pour effet de transformer le paragraphe 34(1) C.cr. en un refuge pour tout personne faisant de l'intimidation qui aurait recours à la violence[202]. Qui plus est, le simple fait que ne puisse exister à tout coup une symétrie parfaite entre la force ou la menace de l'emploi de la force et la riposte dans le feu de l'action ne serait pas une raison pour torpiller l'exigence de proportionnalité[203]. Puis, le fait qu'il ne soit pas nécessaire de mesurer la riposte avec exactitude confère un certain degré de *raisonnabilité* au sein de l'exigence de proportionnalité. La question qui se pose alors est de savoir si la force utilisée était objectivement proportionnée, c'est-à-dire tout au plus nécessaire, dans les circonstances

---

[197] *R. c. Johnson*, 2016 ABQB 633, par. 258 : « Note that the Chief Justice in [*R. c. Kong*, *supra* note 169] stated that proportionality is to be assessed objectively, *as is the proportionality element of the necessity defence* » (caractères italiques ajoutés).
[198] *Kong*, *supra* note 169, par. 100. Notons que ce test a été cité avec approbation par des décisions ayant été rendues *après* la Réforme : voir, par exemple, *R. c. Homeniuk*, 2015 BCSC 1827, par. 75.
[199] *Kong*, *ibid*, par. 101-117.
[200] *Ibid*, par. 102; voir également Garneau, G. « Law Reform Commission of Canada and the Defence of Justification » (1983) 26 *Crim. L.Q.* 1, 126-127.
[201] *Kong*, *ibid*, par. 169.
[202] *Ibid*.
[203] *Ibid*, par. 113.

que la personne accusée percevait de façon *raisonnable*[204]. Nous ne pouvons pas passer sous silence la similitude de cette dernière justification énoncée, rappelons-le, dans une décision rendue avant la Réforme de 2013, avec l'esprit qui se dégage du critère de raisonnabilité apparaissant à l'alinéa 34(1)c) C.cr. de la « nouvelle » disposition relative à la légitime défense. La *raisonnabilité* de la riposte continuera d'être évaluée selon un critère *objectif* à la suite de la Réforme de 2013[205].

[56] Parallèlement à l'évaluation *objective* de la proportionnalité, « le test [juridique] applicable pour savoir si la force employée était *nécessaire* repose sur un critère *à la fois subjectif et objectif*. Subjectif, tout d'abord, car la croyance de l'accusé doit être subjectivement honnête. Objectif, enfin, car cette croyance doit être fondée sur des motifs raisonnables »[206]. Ce qui ressort de ce qui précède est que la proportionnalité ne s'évalue pas de la même façon que le caractère nécessaire d'un acte commis en riposte. La première s'évaluant selon un standard objectif tandis que le second utilise un standard subjectif et objectif à la fois. Par conséquent, il convient de se demander si la proportionnalité et le caractère nécessaire de l'acte pourraient être légitimement, sur le plan des principes, confondus dans la jurisprudence, en dépit du fait qu'ils aient deux façons distinctes d'être évaluées, ou si ces deux principes devraient plutôt être distingués.

1.3.8 La proportionnalité et la nécessité de se défendre : variations sur un même thème ?

[57] Les interrogations concernant les possibles chevauchements entre la proportionnalité et le caractère nécessaire d'un acte commis en riposte, tant sur le plan théorique que pratique, puisent leur source non seulement de notre hypothèse générale voulant que la proportionnalité telle qu'elle est utilisée dans les moyens de défense en droit pénal canadien serait un critère à portée variable, mais aussi, de manière plus particulière, de l'interrogation suivante qui a été soulevée par la doctrine : « y a-t-il deux conditions distinctes, l'une de proportionnalité et l'autre de nécessité ou une seule et même condition,

---

[204] *Ibid*, par. 116.
[205] *Cormier*, *supra* note 128, par. 47; *R. c. Watkins*, 2020 CanLII 68747 (NL PC), par. 130.
[206] Parent, *supra* note 87, p. 678; voir également *R. c. Gaudreault*, [2003] J.Q. no 4177 (C.Q.), par. 4.

l'un des termes n'étant qu'une précision de l'autre »[207]? Exprimé autrement, est-ce que la proportionnalité et la nécessité de l'acte en défense seraient simplement des variations sur un même thème ? Par surcroît, il semblerait y avoir dans ce champ du droit pénal un certain manque de cohésion entre les différentes juridictions à cet égard, car on pourrait y observer tout et son contraire, notamment en ce qui concerne la place accordée à l'une ou à l'autre de ces conditions.

[58] Depuis longtemps, la légitime défense requiert de la personne accusée, dans les juridictions de common law, de remplir deux conditions, celle de nécessité et de proportionnalité[208]. La condition de nécessité et celle de proportionnalité constituent des limites morales à la légitime défense[209]. La proportionnalité a déjà été définie dans notre introduction[210], mais pour ce qui est de l'acte de défense nécessaire, Jescheck explique : « [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 »[211]. Selon un auteur, « la grande majorité des systèmes juridiques reconnaissant la légitime défense *confondent* nécessité et proportionnalité »[212], y compris au Canada, à tout le moins avant la Réforme de 2013[213]. Un tribunal qui conclura à l'utilisation d'une force qui ne soit pas *nécessaire* la décrira souvent comme étant *disproportionnée*[214].

1.3.8.1 L'exemple du droit français

[59] En France, les principes de nécessité et de proportionnalité équivaudraient l'un à l'autre; ils ne seraient « qu'une seule et même condition »[215]. Cette approche serait la

---

[207] Maleki, *supra* note 36, p. 196.
[208] Weisbord (2020), *supra* note 127, p. 121; voir également Young Kim, Janine. « The Rhetoric of Self-Defense », (2008) 13 *Berkeley J. Crim. L.* 261, p. 295.
[209] Uniacke, *supra* note 23, p. 229.
[210] Voir le paragraphe [8] de ce mémoire.
[211] Jescheck, H. « 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, p. 270.
[212] Grégory, *supra* note 40, p. 24 (caractères italiques ajoutés); voir également Hay, *supra* note 188, p. 178; McMahan, *supra* note 156, p. 2; Lareau, *supra* note 35, p. 116, cet auteur s'appuie sur la décision *R. c. T.J.H.* (Y.O.A.), (18 janvier 1991), Vancouver, CA 011800 (C.A. C.-B.).
[213] *R. c. Vidovic*, 2013 ABPC 310, par. 84 : « [t]he *previous* sections used other phraseology blending necessity and proportionality » (caractères italiques ajoutés). Voir, par exemple, l'ancien article 35 C.cr.
[214] Hay, *supra* note 188, p. 174-175.
[215] Grégory, *supra* note 40, p. 21.

conséquence de ce qui a été décidé dans l'arrêt *Devaud*[216], arrêt de principe de la Cour de cassation rendu en 1961 : « à la motivation de la cour d'appel de Limoges, jugeant l'acte non *nécessaire*, la Cour de cassation répond que l'acte était *disproportionné* »[217]. Plus récemment et plus près de nous, il semble qu'il en serait de même au Canada où la proportionnalité et la nécessité seraient aussi considérées comme une seule et même condition en droit pénal, de façon générale, selon ce que prétend un auteur[218].

[60] Le seul article portant sur la légitime défense en droit pénal français a aussi connu une transformation à travers le temps. Contrairement au droit pénal canadien cependant, la nécessité (de se défendre) y a été conservée de façon explicite. L'ancien article 328 de l'ancien *Code pénal* français, abrogé depuis le 1er mars 1994, prévoyait qu'« [i]l n'y a[vait] 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'autrui »[219]. Cet article ne faisait aucune mention d'une quelconque proportionnalité et n'incluait d'ailleurs que la nécessité comme seule condition applicable à la riposte[220]. La proportionnalité n'était alors en droit pénal français qu'une création jurisprudentielle[221]. La jurisprudence française déduisit[222] la proportionnalité dans le contexte de l'application de l'article 328 à partir de la nécessité[223].

[61] Le droit pénal français a aussi connu une évolution *inverse* au droit pénal canadien pour ce qui est de la proportionnalité lors de l'adoption de l'article remplaçant l'ancien article 328 de son code pénal tant pour ce qui est de la nécessité que de la proportionnalité.

---

[216] Cass. Crim. 21 nov. 1961.
[217] Grégory, *supra* note 40, p. 21 (caractères italiques ajoutés).
[218] Weisbord (2020), *supra* note 127, p. 125. Pour tirer cette conclusion, cet auteur s'appuie, entre autres, sur les décisions suivantes dans lesquelles, selon lui, les actes défensifs qui étaient proportionnés au départ seraient devenus disproportionnés lorsque la force utilisée devint inutile pour se défendre : *R. c. Paul*, 2020 ONCA 259; *Takri c. R.*, 2019 NBCA 20, par. 7 : « M. Takri avait d'abord agi en état de légitime défense; une fois la menace écartée, cependant, les nouvelles [*sic*] voies de fait auxquelles il s'était livré contre M. LeBlanc avaient été des actes à la fois disproportionnés et déraisonnables »; *Whiteley*, *supra* note 18.
[219] *Code pénal de 1810* (caractères italiques ajoutés).
[220] Grégory, *supra* note 40, p. 17.
[221] *Ibid*, p. 35.
[222] Ce type de déduction juridique semble apparenté *mutatis mutandis* avec ce qui est communément appelé *reading in* (interprétation extensive) en droit canadien. Voir, par exemple, *Syndicat de la fonction publique du Québec c. Québec (Procureur général)*, [2010] 2 R.C.S. 61, par. 98 *in fine*; par. 115.
[223] Hay, *supra* note 188, p. 174.

Plutôt que de faire comme le droit pénal canadien qui a éliminé la nécessité du libellé du « nouvel » article 34 C.cr. et a diminué, selon une des interprétations possibles[224], la prépondérance du rôle joué par la proportionnalité, le droit pénal français a choisi en 1994 de *conserver* la nécessité et d'*ajouter* la proportionnalité à sa « nouvelle » disposition, l'article 122-5 du *Code pénal*[225]. Ce « nouvel » article distingue aussi la nécessité de la proportionnalité[226].

[62] De plus, un auteur français commente : « le législateur [français], par oubli ou par défaut, n'a pas posé les règles à appliquer lorsque l'acte n'est pas proportionné. Il n'a pas suivi l'exemple de ces voisins européens qui, eux, établissent les règles à appliquer lorsque l'infraction défensive est disproportionnée »[227]. Au Canada, la règle, en ce qui concerne les formes de légitime défense pour lesquelles la proportionnalité s'appliquait avant la Réforme de 2013[228], était plus simple, mais aussi plus tranchée : si l'acte de la personne

---

[224] Weisbord (2020), *supra* note 127, p. 123. Cet auteur fait référence à la décision *Chen et al.*, *supra* note 249, communément appelée *Lucky Moose*, qui précède la réforme législative de 2013 et qui portait sur des accusations de voies de fait et de séquestration. Voir également Law Reform Commission, Irlande (2006), *supra* note 97, p. 245; Elkington, *supra* note 10, p. 213. ***Contra*** : *R. c. Rocchetta*, 2014 ONSC 3058, par. 27.
[225] *Code pénal français*, Dalloz, annotations de jurisprudence et bibliographies par Yves Mayaud, 2017.
[226] Grégory, *supra* note 40, p. 26.
[227] *Ibid*, p. 35. C'est le cas entre autres de l'Allemagne, son *Code pénal* prévoit à l'article 33 : « N'est pas pénalement responsable la personne qui excède les limites de la légitime défense en raison de la peur, de la terreur ou de la confusion de celle-ci »; voir également l'article 48 paragraphe 4 du *Code général civil et pénal* norvégien : « Toute personne qui excède les limites de la légitime défense ne pourra être sanctionnée si cet excès est dû à un trouble émotionnel causé par l'attaque »; l'article 37 alinéa 2.1 du *Code criminel* russe : « Les actions du défenseur ne seront pas considérés comme dépassant les limites d'une défense justifiée lorsque le défenseur ne peut pas suffisamment apprécier le degré et la nature de la menace engendrée par l'attaque »; l'article 21 du *Code pénal* espagnol : « sont des circonstances atténuantes les causes exprimées dans le chapitre précédent, lorsque toutes les conditions nécessaires à l'exemption de responsabilité ne sont pas remplies dans leurs cas respectifs »; l'article 16 du *Code pénal* suisse : « Si l'auteur, en repoussant une attaque, a excédé les limites de la légitime défense au sens de l'art. 15, le juge atténue la peine. Si cet excès provient d'un état excusable d'excitation ou de saisissement »; l'article 26 alinéa 1 du *Code criminel* roumain : « Un acte interdit par la loi pénale n'est pas punissable s'il est commis par une personne qui, à cause d'un trouble psychologique ou de peur, excède les limites d'une défense proportionnée avec le caractère sérieux de l'attaque »; l'article 27 du *Code criminel* turc : « Lorsque l'excès non intentionnel est dû à une circonstance excusable, la peine encourue sera celle prévue pour la même infraction commise par négligence, dans la mesure où cette infraction involontaire est prévue par la loi. Aucune peine ne sera prononcée contre l'actant si l'excès est le résultat d'une excitation excusable, de la peur ou de l'anxiété »; l'article 55 du *Code pénal* italien : « Dans le cadre des articles 51, 52, 53 et 54, lorsque la défense excède involontairement les limites imposées par la nécessité, seront applicables les peines encourues pour les délits involontaires, si l'infraction commise est prévue par la loi comme infraction involontaire » (traductions incluses dans Grégory, *ibid*, p. 35-36, note de bas de page 2).
[228] Par exemple, par. 34(1) C.cr.

accusée en riposte était disproportionné, excessif ou abusif[229], la possibilité pour celui-ci d'invoquer la légitime défense était tout simplement exclue, sans exception, puisque « sa riposte devient [alors] strictement offensive »[230]; la riposte perd ainsi son caractère défensif. La CSC exprimait d'ailleurs à ce sujet, notamment dans l'arrêt *Faid*, que « [l]orsqu'un homicide résulte de l'emploi de force excessive en légitime défense, l'accusé perd la justification par l'art. 34 »[231]. La CSC précise à cet égard dans l'arrêt *Reilly*, comme nous l'exprimions précédemment, que « [l]e moyen de défense que constitue la légitime défense est irrecevable lorsqu'on conclut à l'emploi de force excessive »[232]. Voilà peut-être l'une des différences majeures d'avec le « nouvel » article 34 C.cr. au Canada, où la proportionnalité n'apparaît plus désormais que comme un facteur parmi d'autres qu'il faut considérer dans le cadre de l'évaluation de la *raisonnabilité* de l'acte commis en riposte par la personne accusée[233]. La binarité de l'ancien régime juridique, où la seule disproportion empêchait l'invocation d'un moyen de défense dans certains cas, se transmuta, dans le nouveau régime juridique en vigueur, en une plus grande souplesse pour ce qui est de l'évaluation à faire par le juge des faits du caractère raisonnable de la riposte[234]. Cette souplesse concernant l'application du droit aux faits d'un acte accompli en riposte n'était-elle pas latente, ou déjà enfouie, peut-être, dans l'ancien régime juridique de légitime de défense dans le fait que « l'utilisation de la légitime défense commande une analyse plutôt *souple* de la force employée pour se défendre » sur la base du précepte qu'« une personne agressée ne peut mesurer avec exactitude le degré de *force nécessaire* afin de repousser l'attaque »[235]? L'analyse des faits de chaque affaire ne devait-elle pas

---

[229] Parent, *supra* note 87, p. 676; pour le droit belge, voir Kuty, F. *Principes généraux de droit pénal belge*, II, Larcier, Bruxelles, 2010, p. 451 : « Si la violence utilisée [en légitime défense] n'est pas proportionnelle au danger encouru, il n'y a pas de légitime défense ».
[230] Parent, *ibid*, p. 676; voir également Vandermeersch, D. *Eléments de droit pénal et de procédure pénale*, La Charte, Bruxelles, 2015, p. 100 : « la réaction défensive ne peut pas devenir l'alibi d'une action agressive ».
[231] *R. c. Faid*, [1983] 1 R.C.S. 265, p. 271; voir également *R. c. Gee*, [1982] 2 R.C.S. 286, p. 302; *Brisson*, *supra* note 103, p. 258.
[232] *R. c. Reilly*, [1984] 2 R.C.S. 396, p. 396.
[233] Par. 34(2)c) C.cr.
[234] *Khill*, *supra* note 91, par. 69 : « il appartient aux juges des faits d'apprécier et de soupeser les facteurs et d'établir si l'acte était raisonnable ou non ».
[235] Parent, *supra* note 87, p. 676 (caractères italiques ajoutés); *Hebert*, *supra* note 174, par. 18; *Baxter*, *supra* note 194, par. 45; voir, au sujet du même principe, l'arrêt de la Cour d'appel anglaise *Rivolta*, [1994] Crim LR 694, ou l'arrêt classique du Conseil privé britannique *Palmer c. R.*, (1971) A.C. 815. Voir également, toujours au sujet du même principe, l'arrêt de la Cour suprême des États-Unis dans *Brown c. United States*, 256 U.S. 335 (1921), p. 343 : « Detached reflection cannot be demanded in the presence of an uplifted knife » (juge Holmes).

déjà, avant la Réforme de 2013, « s'adapter […] au degré d'intensité de la crise »[236] ? Ceci dans le contexte où il faut reconnaître la grande difficulté dans de nombreuses situations de jauger, pour celui qui agit en riposte, une attaque de façon précise[237]. Or, le droit pénal canadien prévoit une approche souple et tolérante quant à la question de savoir si la force utilisée en riposte est *proportionnée*[238].

[63] Cependant, cette souplesse est peut-être devenue si grande désormais que certains y verraient un manque de précision, laquelle irait au détriment de la sécurité juridique qui, dans « une société moderne, rationalisée [,] garantit aux justiciables la prévisibilité et la calculabilité de l'action du droit »[239]. Il est impératif de noter que cette souplesse du droit pénal canadien a pris un chemin bien différent de celle prévalant dans plusieurs droits pénaux en Europe. Ces derniers ont adopté certaines exceptions, propres à chaque État, pour lesquelles la disproportion de l'acte d'une personne accusée ne viendrait pas annihiler, dans certains cas, tout accès à la légitime de défense ou bien, dans d'autres cas, n'empêcherait pas, ce faisant, toute atténuation de la sévérité de la peine[240].

[64] Tenant pour acquis que les changements apportés à la légitime défense en France ne visaient pas à complexifier ce moyen de défense, il est permis de suggérer que l'exercice de simplification voulu par le législateur canadien par la mise en vigueur en 2013 d'une disposition unique concernant la légitime défense aurait tout aussi pu imiter l'exemple du droit pénal français, par exemple, en y conservant la nécessité au sein de la « nouvelle » disposition de légitime défense et en y conservant également le rôle essentiel initialement attribué à la proportionnalité pour certaines formes de légitime défense de l'ancien régime juridique au Canada[241]. Loin d'être dénuée de tout fondement, nous verrons que cette suggestion de conserver à la fois la nécessité et la proportionnalité au sein des conditions

---

[236] Côté-Harper, Rainville et Turgeon, *supra* note 7, p. 1279.
[237] Hay, *supra* note 188, p. 176.
[238] *R. c. Power*, 2016 SKCA 29, pourvoi devant la Cour suprême du Canada refusé, 2016 CanLII 53912 (R.C.S.), par. 32; voir également Lareau, *supra* note 35, p. 106-107.
[239] Kirat, T. « La qualité des décisions de justice au prisme de la science économique » dans *La qualité des décisions de justice*, P. Mbongo (dir.), *Les études de la CEPEJ*, n° 4, 2007, p. 84.
[240] Grégory, *supra* note 40, p. 26.
[241] Anciens par. 34(1) et art. 37 C.cr.

impératives pour l'application de la légitime défense trouve écho dans certaines propositions de réformes législatives qui ont été faites avant la Réforme de 2013.

1.3.8.2 L'exemple du droit indien

[65] En Inde, pays de common law, le code pénal prévoit au quatrième paragraphe de son article 99 que « [l]e droit de défense privée [*légitime défense*] ne s'étend en aucun cas au fait d'infliger *plus de tort* qu'il n'est *nécessaire* d'infliger aux fins de la défense »[242]. Le droit à la légitime défense, tel qu'il y est prévu, doit être exercé en considérant de façon proportionnelle l'étendue de l'agression[243]. À la différence de l'approche préconisée dans l'arrêt *Devaud*, la proportionnalité y serait *englobée* par la nécessité[244]. La nécessité aurait alors une application plus large que la proportionnalité[245], mais ces deux concepts seraient imbriqués l'un dans l'autre.

1.3.8.3 L'exemple du droit irlandais

[66] Différente des exemples qui précèdent, la jurisprudence irlandaise nous permet aussi de mettre en lumière une autre façon d'aborder la complémentarité (ou son absence) des concepts de proportionnalité et de nécessité dans le contexte de la légitime défense. La Commission de la réforme du droit de l'Irlande remarquait que même si la proportionnalité était bien établie dans le vocabulaire de la légitime défense en droit pénal irlandais jusque dans les années cinquantes du siècle dernier,[246] sa place et son rôle devinrent de plus en plus obscurs ensuite, faisant ainsi une place plus importante, voire exclusive, à la nécessité[247]. Par exemple, dans l'arrêt *People (A.G.) c. Keatley*[248], la Cour d'appel criminelle de l'Irlande définissait en 1954 le test juridique applicable à la légitime défense uniquement en termes de « nécessité ». Toutefois, la Cour suprême d'Irlande dans l'arrêt

---

[242] *Code pénal*. Act No. 45 of 1860. En version originale: « The right of private defence in no case extends to the inflicting of more harm than it is necessary to inflict for the purpose of defence ». *Sanjay Subba c. State of Sikkim*, High Court of Sikkim, Gangtok, 27 novembre 2017, par. 91 : « Since defence is not limited to self defence only, the words "private defence" has been aptly used » (caractères italiques ajoutés).
[243] *Krishna Pal Singh and Others c. State of U.P*, High Court of Judicature, Allahabad, 4 mars 2021, par. 40.
[244] Grégory, *supra* note 40, p. 24.
[245] *Ibid*, p. 28.
[246] Law Reform Commission, Irlande (2009), *supra* note 157, p. 68, par. 2.183.
[247] Law Reform Commission, Irlande (2006), *supra* note 97, p. 235-236.
[248] [1954] IR 12 (Court of Criminal Appeal).

People (A.G.) c. Dwyer[249] instaura en 1972 un test juridique de « nécessité raisonnable »[250] (« *reasonable necessity* ») pour la légitime défense, qui ne faisait pas mention de la proportionnalité[251] et qui aglutinait, au surplus, la notion de raisonnabilité à celle de nécessité : une personne accusée qui utilisait plus que la force qui est nécessaire, mais pas une force supérieure à ce qu'elle croyait honnêtement être nécessaire dans les circonstances a été déclarée coupable de meurtre[252]. Cependant, des arrêts plus récents semblent donner un rôle plus prépondérant à la proportionnalité en Irlande [253], mais la Commission de la réforme du droit de l'Irlande soulignait en 2006 que ce rôle y demeurait alors encore flou[254]. La Cour suprême de l'Irlande ne pouvait toutefois être plus claire qu'elle ne l'a été en 2019 quant à la coexistence, l'importance et la distinction à faire entre la proportionnalité et la nécessité dans le cadre de la légitime défense lorsqu'elle affirma dans l'arrêt *Mahon* qu'« une personne ne peut être tuée de façon licite, en situations de légitime défense, que par des actes utilisant une force qui soit *nécessaire* et *proportionnée* à une attaque mortelle »[255].

1.3.8.4 Les vues de la doctrine

[67] En plus de ce qui a été décidé par la jurisprudence de certains États, certains auteurs ne distingueraient pas non plus, à leur tour, les principes de proportionnalité et de nécessité [256]. À leur décharge, cependant, il peut être malaisé de différencier ces

---

[249] [1972] IR 416 (Supreme Court).
[250] Law Reform Commission, Irlande (2006), *supra* note 97, p. 235-236.
[251] Law Reform Commission, Irlande (2009), *supra* note 157, p. 68, par. 2.183.
[252] Sornarajah, M. « Excessive Self-Defence: Further Developments » (1975) 24 *International and Comparative Law Quarterly* 1, p. 155: « whether a person uses "more force than is necessary but no more than he honestly believes to be necessary in the circumstances … is guilty of murder" ».
[253] Law Reform Commission, Irlande (2009), *supra* note 157, p. 68, par. 2.184; *People (D.P.P.) c. Clarke* [1994] 3 IR 289 (Court of Criminal Appeal).
[254] Law Reform Commission, Irlande (2006), *supra* note 97, p. 235-236. Voir, notamment, *D.P.P. c. Cremin* [2000] WJSC-CCA 2367 (Court of Criminal Appeal); Law Reform Commission, Irlande (2009), *ibid*, p. 68, par. 2.185 et 2.186 : « it could […] be said that proportionality was now elevated from being a mere factor to be taken into account to a stand-alone test because of *Cremin* … this conclusion might involve reading too much into the wording of the judgment and the fundamental question of what is actually meant by the "reasonable proportionality" of the *Cremin* test remains ».
[255] *D.P.P. c. Mahon* [2019] IESC 0000 (Supreme Court), par. 24 (« […] a person can only only lawfully be killed through actions using force in necessary and proportionate self-defence to a deadly attack ») (caractères italiques ajoutés; traduction de l'auteur).
[256] Grégory, *supra* note 40, p. 10.

principes[257]. Selon Letanneux, « [c]ette difficulté vient du fait », du moins en droit français, « que la nécessité est de plus en plus souvent comprise de manière restrictive, ce qui conduit à une confusion des deux notions »[258]. Toutes choses étant égales par ailleurs, certaines situations factuelles nous permettent toutefois de suggérer qu'une distinction s'impose entre la proportionnalité et la nécessité d'un acte commis en riposte, notamment dans les cas, comme l'exemple suivant, où la condition de nécessité peut être remplie sans que ne le soit celle de proportionnalité et vice versa. Par exemple, « X attaque Y avec un couteau pour le tuer; Y tue X en lui tirant une balle au cœur alors qu'il lui aurait suffi de viser une jambe pour mettre X hors de combat »[259]. La même conclusion s'appliquerait en légitime défense dans une situation opposant, par exemple, deux personnes ayant une force physique différente où la personne la plus vulnérable, n'appréhendant pas une lésion corporelle grave ou la mort, infligerait la mort à l'autre personne si la commission de ce crime avait été, dans les circonstances de l'affaire, le seul moyen de se défendre. La personne ayant commis le meurtre pourrait alors tenter de justifier son acte en invoquant sa nécessité au vu des circonstances, mais cet acte serait plus que probablement considéré comme étant disproportionné lorsque comparé au mal que la personne repoussait[260].

[68] Les exemples qui précèdent se transposent aussi à un niveau théorique. Letanneux explique qu'« en situation de légitime défense, l'infraction de violences volontaires peut avoir un caractère nécessaire mais, selon les circonstances de l'agression, être excessive quant à ses conséquences »[261]. Dans le même esprit, Drapier clarifie la distinction qu'il convient de faire entre la proportionnalité et la nécessité de se défendre en exprimant que « la réaction doit être nécessaire pour échapper à l'agression mais pour répondre au principe de proportionnalité, cette même réaction ne doit pas dépasser "ce qui est strictement nécessaire pour combattre l'agression" »[262].

---

[257] *Ibid*, p. 14.
[258] Letanneux, Morgane. *L'évolution de l'état de nécessité en droit pénal*, mémoire de maîtrise en droit pénal, faculté de droit, Université de Lille 2, 2005, p. 48.
[259] Lareau, *supra* note 35, p. 116, note de bas de page 416.
[260] *Ibid*, p. 115.
[261] Letanneux, *supra* note 258, p. 48.
[262] Drapier, *supra* note 131, p. 22. L'extrait cité par cette auteure provient de Bosly, H.-D. et C. De Valkeneer (dir), *Les infractions*, vol. 2 : *Les infractions contre les personnes*, Bruxelles, Larcier, 2010, p. 389.

1.3.8.5 Considérations pratiques

[69] D'un point de vue pratique, « la simple distinction de [la proportionnalité et de la nécessité] permet[trait] au juge de ne pas avoir [un] raisonnement binaire : soit la défense était proportionnée, donc nécessaire, soit elle ne l'était pas »[263]. Cette distinction pourrait aussi avoir pour effet d'éviter au juge des faits de faire une analyse manichéenne de faits en litige dans telle ou telle affaire, en englobant, de façon confuse, les deux principes de proportionnalité et de nécessité. Ne pas avoir ce raisonnement binaire entraînerait également un bénéfice non négligeable pour le justiciable qui consisterait à pouvoir mieux saisir les conséquences possibles, de nature différente, qui peuvent être engendrées par le fait de ne pas satisfaire soit, d'une part, à l'exigence de proportionnalité ou bien, d'autre part, à celle de nécessité. En effet, le fait de ne pas satisfaire à l'exigence de proportionnalité peut avoir des conséquences beaucoup plus sérieuses, selon ce qu'exprime McMahan[264], que de ne pas satisfaire à l'exigence de nécessité. Par exemple, si un acte commis en riposte satisfaisait à l'exigence de proportionnalité, mais pas à celle de nécessité, il pourrait éventuellement y avoir un moyen différent d'éviter le préjudice envisagé, lequel pourrait satisfaire cette dernière exigence. Si un acte spécifique était toutefois le seul moyen d'éviter une agression, même relativement inoffensive, la défense d'une personne, fondée *uniquement* sur une exigence de nécessité, pourrait permettre d'infliger en riposte des blessures graves ou même de tuer[265]. Cependant, dans la situation inverse, soit celle où l'acte en riposte satisferait l'exigence de nécessité, mais pas celle de proportionnalité, la victime potentielle n'aurait alors pas d'autre choix, moralement acceptable, que de subir le préjudice envisagé[266]. Par ailleurs, « [u]ne distinction claire de ces deux notions permettrait enfin d'admettre qu'une défense démesurée puisse néanmoins avoir été nécessaire »[267], comme tel serait le cas dans le « nouveau » régime juridique de légitime défense entré en vigueur en 2013 et contrairement à l'« ancien » régime. Un exemple pratique tirant sa source (juridique) de la défense des biens, moyen de défense proche de la légitime défense[268], permet aisément de distinguer factuellement la nécessité

[263] Grégory, *supra* note 40, p. 32.
[264] McMahan, *supra* note 156, p. 2-3.
[265] Hay, *supra* note 188, p. 173.
[266] McMahan, *supra* note 156, p. 2-3.
[267] Grégory, *supra* note 40, p. 32.
[268] Voir, par exemple, *R. c. Marchand*, 2013 QCCQ 9976, par. 42.

de la proportionnalité. Lorsqu'un voleur de pommes s'enfuit au loin avec des fruits appartenant au propriétaire d'un verger, il ne fait guère de doute que l'utilisation d'une arme à feu contre le voleur pourrait satisfaire à l'exigence de nécessité. Or, comme l'indique un auteur[269], la question de savoir si l'utilisation d'une telle force était justifiée ou non dépendra alors uniquement de sa proportionnalité.

[70] Dans l'arrêt *Robertson*[270], la Cour d'appel de la Saskatchewan s'est penchée sur la portée à la fois de la proportionnalité et de la nécessité en vertu de la « nouvelle » disposition sur la légitime défense. Elle rappelle que l'« ancienne » disposition pertinente exigeait qu'une personne accusée n'utilise « pas plus de force qu'il était nécessaire » (« *no more force than is necessary* ») pour se défendre, mais que la « nouvelle » disposition n'inclut pas une telle formulation. La CSC note aussi que la « nouvelle » disposition n'oblige pas une personne accusée à s'engager dans un exercice de pondération avant de décider quel niveau ou type de force est nécessaire pour répondre à une attaque. Le « nouvel » article 34 C.cr. ne limite pas la force défensive au strict minimum *nécessaire* pour être licite. Désormais, la détermination du caractère raisonnable à l'aide de la liste non exhaustive de facteurs prévus au paragraphe 34(2) C.cr. serait *dynamique* et *moins rigide*.

[71] Un auteur affirme que la nécessité et la proportionnalité ont été déplacées vers la liste de facteurs du paragraphe 34(2) C.cr.[271] Or, le même auteur écrira, deux ans plus tard, que la nécessité a été *éliminée* des facteurs à considérer pour la légitime défense dans le « nouveau » régime juridique[272], lesquels sont listés au paragraphe 34(2) C.cr., tandis que

---

[269] Hay, *supra* note 188, p. 178.
[270] 2020 SKCA 8, par. 44-45.
[271] Weisbord, Noah. « Who's Afraid of the Lucky Moose? Canada's Dangerous Self-Defence Innovation » (2018) 64 *R.D. McGill* 349, p. 374 (ci-après « Weisbord (2018) »). Voir également, par exemple, *R. c. Harris*, 2014 ONCJ 401, par. 58 : « necessity is longer a rigid prerequisite … It is, instead, effectively incorporated into the "factors" to be considered in assessing reasonableness and thus subject to some discretion in gauging its impact with the larger factual matrix ».
[272] Weisbord (2020), *supra* note 127, p. 123. Cet auteur fait référence à la décision *R. c. Chen et al.*, 2010 ONCJ 641, communément appelée *Lucky Moose*, qui précède la réforme législative de 2013 et qui portait sur des accusations de voies de fait et de séquestration; voir également *Vidovic*, *supra* note 213, par. 84 : « [t]he *previous* sections used other phraseology blending necessity and proportionality » (caractères italiques ajoutés); Roach (2012), *supra* note 128, p. 276 : « The new self-defence provisions, as originally introduced in Parliament, drew criticisms that they did not require that the force used be necessary and proportionate »;

l'importance donnée à la proportionnalité pourrait peut-être avoir été *diluée* en ne devenant que l'un des facteurs pouvant être utilisés de façon discrétionnaire par un magistrat[273]. Discutant de la réalité juridique ayant eu cours dans des juridictions autres que le Canada où les exigences de *nécessité* et de *proportionnalité* ont été réduites au profit de l'évaluation du caractère *raisonnable* de l'acte commis en riposte, le professeur Sangero met en garde à propos du fait qu'une telle démarche serait susceptible de suggérer à tort que le caractère raisonnable de la force défensive pourrait être considérée comme une question de fait plutôt que de droit et qu'elle serait ainsi abandonnée entre les mains du jury[274]. Sans diminuer l'importance de l'identification d'un tel glissement normatif existant potentiellement dans d'autres juridictions, la force défensive, représentée par la nécessité et la proportionnalité avant la Réforme de 2013, était au Canada, selon ce qu'exprime l'arrêt *Nakano* de la Cour d'appel d'Alberta[275], des questions de fait laissées entre les mains du jury, sous réserve de l'évaluation par le juge d'instance du critère de vraisemblance.

1.4 L'inclusion de la proportionnalité au sein de certaines propositions de réformes législatives *avant* la Réforme de 2013

[72] La promulgation de la Réforme en 2013 ne serait pas seulement, à notre avis, le résultat des seules pressions indirectes exercées par les critiques formulées tant par la doctrine que par la jurisprudence, qui ont été évoquées précédemment. Elle pourrait aussi être le fruit des tentatives répétées faites, notamment par des entités gouvernementales, qui ont suggéré avant la Réforme de 2013 des modèles de réforme pour ce moyen de défense. Nous examinerons ici certains de ces modèles de réforme qui sont, à notre avis, non seulement les plus importants, mais qui sont, aussi, ceux qui ont une incidence particulière sur la place dévolue à la proportionnalité dans le cadre de ce moyen de défense. Par

---

Guide technique, *supra* note 123, p. 22 : « Dans la nouvelle loi, "raisonnable dans les circonstances" *remplace* les différentes combinaisons et expressions de la force "nécessaire" et "proportionnelle" » (caractères italiques ajoutés).

[273] Weisbord (2020), *ibid*, p. 123; Law Reform Commission, Irlande (2006), *supra* note 97, p. 245, par. 6.44; Elkington, *supra* note 10, p. 213.

[274] Weisbord (2018), *supra* note 271, p. 385, citant Sangero, *supra* note 83, p. 176.

[275] Voir, par exemple, *R. c. Nakano*, 2007 ABCA 390, p. 3 : « the general principle underlying the provisions are the principles of necessity and proportionality, which are to be assessed by you, the jury, in light of all the evidence »; pour le droit français, voir Maleki, *supra* note 36, p. 198 : « L'appréciation de la mesure de la riposte est réalisée par les juges du fond : il s'agit d'une question de fait ».

exemple, nous verrons que certains éléments de ces modèles de réforme se retrouvent, en partie, dans la « nouvelle » disposition de légitime défense tandis que d'autres éléments qui y sont prévus, lesquels sont pertinents à notre sujet, brillent par leur absence dans cette disposition.

1.4.1 Le rapport de la Commission de réforme du droit du Canada de 1987 : l'atténuation de la proportionnalité

[73] En 1987, la Commission de réforme du droit du Canada publia un rapport intitulé *Pour une nouvelle codification du droit pénal*. Elle y recommandait l'abrogation du régime juridique applicable à la légitime défense le considérant trop complexe et incohérent[276], rejoignant ainsi les vues d'une certaine partie de la doctrine et de la jurisprudence, comme nous le relations précédemment. Elle proposait aussi de remplacer l'ancien régime juridique concernant la légitime défense par une seule disposition générale[277]. Cette disposition prévoit : « 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 appréhende »[278]. Selon ce qu'indique la juge Ratushny, cette disposition « reprend grosso modo le droit [d'avant la Réforme de 2013] mais le présente plus simplement sous la forme d'une règle assortie d'une exception »[279]. En ce qui concerne la force utilisée en riposte qui, selon la compréhension de la Commission de réforme du droit du Canada, doit être *raisonnablement nécessaire* et être aussi assujettie à un critère objectif[280], la juge Ratushny affirme que cette qualification « revient en fait à *atténuer* la règle de la proportionnalité que l'on retrouve [en 1997] au par. 34(1) et à l'art. 37 »[281].

---

[276] Law Reform Commission, Irlande (2006), *supra* note 97, p. 241-242.
[277] Ministère de la Justice du Canada (1998), *supra* note 114, p. 25.
[278] Ratushny, *supra* note 171, p. 142.
[279] *Ibid.*, p. 143; en fait, cela reflète la formulation exacte utilisée par la Commission de réforme du droit du Canada dans son Rapport 31, *Pour une nouvelle codification du droit pénal*, édition révisée et augmentée, Ottawa, Ministère des Approvisionnement et Services, 1987, p. 41 : « Le paragraphe 3(10) reprend *grosso modo* le droit [d'avant la Réforme de 2013] mais le présente plus simplement sous la forme d'une règle assortie d'une exception » (ci-après « Commission de réforme du droit du Canada, Rapport 31 (1987) »).
[280] Commission de réforme du droit du Canada, Rapport 31 (1987), *ibid*.
[281] *Ibid*., p. 146 (caractères italiques ajoutés).

[74] La Commission de réforme du droit du Canada devait suggérer initialement dans son rapport que la proportionnalité soit incluse expressément dans la disposition unique qu'elle mettrait de l'avant pour remplacer celles alors en vigueur[282]. Or, elle ne donna pas suite à cette intention. Elle donna plutôt préséance dans son rapport à la suggestion d'inclure une force défensive dans la disposition de remplacement qu'elle proposait pour la légitime défense. Cette force défensive devait être « raisonnablement nécessaire », « assouplissant » ainsi la règle de proportionnalité[283]. Il y aurait ainsi, selon nous, une certaine similarité entre, d'une part, l'évolution survenue entre l'intention initiale exprimée par la Commission de réforme du droit du Canada à propos de la proportionnalité et sa position finale à ce sujet et, d'autre part, l'évolution de l'importance accordée à la proportionnalité dans l'ancien et le nouveau régime de légitime défense. Alors que la proportionnalité jouait un rôle de condition à satisfaire pour certaines formes de légitime défense[284] dans l'« ancien » régime juridique, elle pourrait s'être fait remplacer, voire déchoir, par le concept de raisonnabilité lors de la Réforme de 2013.

[75] S'ajoute à cette similarité le fait que la règle de proportionnalité semble aussi avoir été *assouplie* par la Réforme de 2013. Avant cette dernière, la proportionnalité jouait le rôle de condition incontournable pour certaines formes de légitime défense[285], mais elle aurait été reléguée, après la Réforme de 2013 et selon une des interprétations possibles, comme nous le verrons plus en détail plus loin, au rang de simple facteur *pouvant* être considéré par le juge des faits. Tout comme ce que nous venons de décrire à propos de l'évolution de la position de la Commission de réforme du droit du Canada, la place de la proportionnalité dans la légitime défense aurait, dans les faits et après la Réforme de 2013, perdu en importance, et ce, au profit du concept de raisonnabilité.

---

[282] Law Reform Commission, Irlande (2006), *supra* note 97, p. 241-242.
[283] *Ibid*.
[284] Anciens par. 34(1) et 37(2) C.cr.
[285] *Ibid*.

1.4.2 Le *Livre blanc* de 1993 : une triple exigence de nécessité, de raisonnabilité et de proportionnalité

[76] En 1993, le gouvernement du Canada publia un *Livre blanc* dont le titre officiel est *Propositions de modification du Code criminel (principes généraux)*[286]. Il s'agissait d'un document prenant la forme d'un avant-projet de loi, lequel proposait aussi, comme le rapport intitulé *Pour une nouvelle codification du droit pénal*, l'abrogation de l'ancien régime juridique de légitime défense et l'adoption d'une disposition unique le remplaçant. La disposition suggérée diffère cependant de celle mis de l'avant par la Commission de réforme du droit du Canada. L'aspect original du *Livre blanc* en ce qui nous concerne est qu'il propose que la force employée par un individu en riposte doive « respecter la triple exigence de la nécessité, de la raisonnabilité et de la proportionnalité. Cette approche constitue une dérogation par rapport à [l'ancien régime de légitime défense] qui exige[ait] uniquement que la force soit proportionnelle ou nécessaire, selon la disposition applicable »[287]. Ce modèle d'article (ci-après 'modèle d'article de 1993') prévoit[288] :

> 37. (1) N'est pas coupable la personne qui agit en état de légitime défense.
>
> (2) Il y a légitime défense lorsque, dans les circonstances telles que la personne les perçoit :
>
> > a) elle agit en riposte à la force ou à la menace d'utilisation de la force, pour sa propre défense ou celle d'autrui;
> >
> > b) la force est ou serait illégale;
> >
> > c) son action est *raisonnable et proportionnée* au mal à éviter.

[77] Ce qui ressort de ce qui précède, et qui nous laisse un tant soit peu perplexe, est que le modèle d'article de 1993 ne semble pas inclure la nécessité[289], alors que celle-ci est pourtant clairement prévue par la « triple exigence » dans ce modèle. Cette incohérence quant au paradigme suggéré ne nous permet pas de faire une analyse approfondie de ce que

---

[286] Ministère de la Justice du Canada, *Propositions de modification du Code criminel (Principes généraux)*, 28 juin 1993.
[287] Ministère de la Justice du Canada (1998), *supra* note 114, p. 35.
[288] *Propositions de modification du Code criminel (Principes généraux)*, *supra* note 286, p. 12; *ibid*, p. 29 (caractères italiques ajoutés).
[289] Ratushny, *supra* note 171, p. 153 : « la norme applicable au degré de force autorisé est celui du caractère raisonnable et proportionnel (*et non la nécessité* comme au par. 34(1) » (caractères italiques ajoutés).

la « triple exigence » pourrait signifier et impliquer comme possibles conséquences pour notre sujet d'étude, ce qui est regrettable considérant l'intérêt évident que cette « triple exigence » aurait pu susciter à ce sujet. Retenons quand même de cette « triple exigence », sur une note plus constructive, qu'il aurait été conceptuellement possible, à tout le moins pour ces juristes de l'État ayant rédigé ce *Livre blanc* – lesquels sont relativement proches par définition du législateur, d'avoir une disposition portant sur la légitime défense dans le *Code criminel*, si elle avait été adoptée, qui mette côte à côte, dans le même article, les concepts de nécessité, de raisonnabilité et de proportionnalité qui s'appliqueraient *sur un pied d'égalité* à la légitime défense, sans que l'un ou certains de ces concepts doivent prendre le pas sur l'autre, ce qui diffère du régime juridique présentement en vigueur pour la légitime défense.

[78] Une autre critique formulée à l'endroit du modèle d'article de 1993 affirme qu'il « suscite[rait] de l'incertitude parce qu'on ne peut savoir d'avance si [...] un *critère* de proportionnalité entièrement objectif sera une amélioration par rapport à la loi [en vigueur à l'époque] ou un recul »[290]. Il est toutefois difficile d'évaluer concrètement le bien-fondé de cette critique car la Réforme de 2013 n'a pas retenu la proportionnalité comme critère, mais l'a retenu seulement en tant que facteur. Par contre, les commentaires de la juge Ratushny, exprimés à propos du modèle d'article de 1993 dans son *Rapport final* présenté à la ministre de la Justice du Canada et au solliciteur général du Canada, nous semble revêtir une importance capitale pour notre analyse car ils pourraient, peut-être, marquer le point d'origine, à notre avis, de la place accordée par le législateur à la raisonnabilité et à la proportionnalité dans la Réforme de 2013, lesquelles seront examinées plus loin.

[79] Qui plus est, la juge Ratushny affirme être « favorable à l'application du critère du caractère raisonnable pour ce qui est du degré de la force utilisée »[291], qui est, selon elle, « plus souple que la norme [de] la force nécessaire [qui était en vigueur en 1997] et [plus souple] que l'exigence de *stricte* proportionnalité prévue dans le *Livre blanc* du

[290] Quigley (1994), *supra* note 118, p. 13-14 (caractères italiques ajoutés).
[291] Ratushny, *supra* note 171, p. 154-155.

gouvernement »[292]. Ses commentaires semblent refléter, du moins en partie, l'état du droit actuel suite à la Réforme de 2013[293]:

> Il semblerait que [la] formulation [du paragraphe 37. (1) du modèle d'article de 1993] propose des *normes distinctes* pour l'emploi de la force (caractère raisonnable) et pour le degré de la force utilisée (proportionnalité). Il est peut-être utile de distinguer ces questions, comme dans le Livre blanc, mais je pense que *le caractère raisonnable est une norme qui devrait s'appliquer à ces deux éléments*. En particulier, le fait d'exiger que le degré de force utilisée soit proportionnel à la force subie viendrait *restreindre sensiblement* la *latitude* qu'accordent [en 1997] le *Code* [criminel] et la *jurisprudence*, même pour ce qui est de la limite objective de la force nécessaire qu'imposent le par. 34(1) et l'art. 37. C'est pourquoi *je suis favorable à l'application du critère du caractère raisonnable pour ce qui est du degré de la force utilisée*.

Vu leur importance et par souci de clarté, il conviendra d'aborder tour à tour chacun des éléments que nous avons mis en exergue dans ces commentaires. Premièrement, la juge Ratushny identifie le caractère raisonnable et la proportionnalité comme étant des *normes*. Or, il convient de souligner que ces deux notions seraient des critères plutôt que des normes à proprement parler[294]. Deuxièmement, elle souligne la séparation opérée dans le modèle d'article de 1993 entre le caractère raisonnable et la proportionnalité. Elle suggère plutôt que le caractère raisonnable devrait *englober* la proportionnalité. Troisièmement, le fait de concevoir la proportionnalité comme exerçant une possible restriction à la latitude accordée, tant par le *Code criminel* que par la jurisprudence, à la notion de degré de force utilisée en riposte pourrait, peut-être, expliquer, d'un point de vue juridique – sans prétendre qu'il s'en est directement inspiré, le choix du législateur de la reléguer dans la Réforme de 2013 au rang de facteur dans la légitime défense. Toutefois, la juge Ratushny ne discute pas du rôle que la proportionnalité jouerait *au sein* de la raisonnabilité.

[80] Ainsi, s'il était vrai que la proportionnalité restreindrait la latitude accordée à la notion de degré de force, pourquoi la juge Ratushny, qui a une interprétation stricte de la proportionnalité, suggère-t-elle de la *subsumer* à la raisonnabilité, alors qu'elle semble favoriser une interprétation large de cette dernière ? Son *Rapport final* ne permet pas de

---

[292] *Ibid*, p. 164 (caractères soulignés ajoutés).
[293] *Ibid*, p. 154-155 (caractères italiques et soulignés ajoutés).
[294] Voir les paragraphes [11-13] de ce mémoire.

répondre à cette question. Par ailleurs, selon ce qu'exprime la juge Ratushny, il serait permis d'émettre l'hypothèse que le législateur n'aurait, en fait, peut-être pas souhaité changer le droit de façon draconienne par l'adoption de la Réforme de 2013, mais il aurait plutôt voulu assurer une certaine continuité avec le droit antérieur. Par surcroît, cette hypothèse pourrait, comme nous le verrons plus loin, avoir une incidence certaine sur une des possibles interprétations pouvant être données à la portée du caractère raisonnable prévu au « nouvel » alinéa 34(1)c) C.cr. dans le sens où celui-ci pourrait inclure une certaine forme de proportionnalité.

1.4.3 L'*Examen de la légitime défense* de 1997 : la similitude avec le droit présentement en vigueur

[81] Le document intitulé *Examen de la légitime défense*, publié en 1997, a été préparé en réponse à l'arrêt *Lavallee* rendu par la CSC en 1990[295] qui recommandait des modifications aux dispositions concernant la légitime défense. Il recommandait des modifications aux dispositions concernant la légitime défense. En 1998, le Ministère de la Justice du Canada a prétendu que le modèle d'article (ci-après 'modèle d'article de 1997') proposé dans l'*Examen de la légitime défense* exige uniquement que la force employée soit nécessaire et raisonnable et qu'il ne comporte pas d'exigence de proportionnalité[296]. Nous verrons à la lumière des deux paragraphes suivants que la véracité de cette affirmation émise par le Ministère de la Justice du Canada à propos de l'absence de proportionnalité dans le modèle d'article de 1997 peut être sérieusement remise en question car ce modèle d'article prévoit, au contraire, à notre avis, une exigence de proportionnalité, et ce, par l'usage de termes consacrés mais différents, certes, du terme même de « proportionnalité ».

[82] Une des choses qui permet de rapprocher le modèle d'article de 1997 de l'article 34 C.cr. présentement en vigueur au Canada est qu'il comporte *une liste non exhaustive de facteurs qui ne sont pas d'application impérative*[297] dont le juge des faits doit tenir compte pour déterminer le caractère raisonnable[298] de l'acte d'un individu en riposte. Cette liste et

[295] *Lavallee*, *supra* note 194.
[296] Ministère de la Justice du Canada (1998), *supra* note 114, p. 35.
[297] *Ibid*, p. 39.
[298] *Ibid*, p. 37.

son esprit ressemblent à s'y méprendre à ce qui est compris par le droit positif présentement en vigueur pour la légitime défense au Canada, à la différence près – même si cette différence pourrait n'être que de nature théorique – que le droit positif n'a pas une position aussi tranchée que celle contenue dans l'*Examen de la légitime défense* en ce qui concerne le caractère non impératif des facteurs à considérer. Le droit positif actuel qualifie plutôt l'approche à adopter envers les facteurs listés au paragraphe 34(2) C.cr. de « démarche globale, holistique » où « [a]ucun facteur à lui seul n'est nécessairement déterminant pour l'issue »[299] d'un litige. Cette subtile différence résiderait dans le fait que pour le modèle d'article de 1997, il serait possible *ab initio* de faire abstraction de tel ou tel facteur dans l'analyse car aucun de ses facteurs, selon ce que ce modèle énonce, n'a d'application impérative – ce qui implique qu'il est possible de ne pas considérer tel ou tel facteur –, tandis que, pour ce qui prévaut dans le droit positif, les facteurs *doivent* tous être considérés *in abstracto*, vu la « démarche globale, holistique », mais le poids accordé *in concreto* à tel ou tel facteur pourrait au bout du compte être bien mince en fonction des circonstances de chaque affaire.

[83] Le modèle d'article proposé en 1997 prévoit[300] :

> (1) Dans le présent article, le « défenseur » [*sic*] est la personne qui utilise la force contre une autre personne.
>
> (2) Le défenseur n'est pas responsable de la force utilisée contre une autre personne
>
> a) s'il croit réellement
>
> (i) que l'autre personne est en train de l'agresser ou sur le point de le faire et
>
> (ii) que l'emploi de la force est nécessaire pour se protéger lui-même ou protéger une autre personne contre l'agression;
>
> b) si ces convictions [*sic*] sont raisonnables et
>
> c) si le **degré de force** utilisé est raisonnable.
>
> (3) Les convictions réelles du défenseur et le degré de force utilisé sont raisonnables lorsqu'ils ne constituent pas un écart marqué par rapport à ce qu'une personne ordinaire et sobre aurait cru ou utilisé, selon le cas, si elle s'était trouvée dans les circonstances, telles que le percevait le défenseur.

---

[299] *Khill*, *supra* note 91, par. 69 *in fine*.

[300] Ratushny, *supra* note 171, p. 154-155; voir également Ministère de la Justice du Canada (1998), *supra* note 114, p. 29 (caractères gras et italiques ajoutés).

> (4) Les circonstances qui sont prises en considération pour apprécier le caractère raisonnable des convictions [*sic*] **et le degré de force** utilisé par le défenseur sont celles qui peuvent avoir influencé ces éléments et elles peuvent comprendre :
>
> […]
>
> e) les moyens que pouvait utiliser le défenseur pour réagir à l'agression, y compris les capacités mentales et physiques du défenseur et l'existence de solutions autres que le recours à la force.

[84] Plusieurs observations pertinentes à notre sujet d'études jaillissent spontanément à la lecture du modèle d'article de 1997.

[85] Premièrement, la condition de raisonnabilité apparaissant au paragraphe (2)b) du modèle d'article de 1997 est placée sur un pied d'égalité en tant que condition d'application avec le « degré de force », qui apparaît au paragraphe (2)c), contrairement à ce qui est prévu à l'article 34 C.cr. présentement en vigueur. Le concept de « degré de force » correspond, à notre avis à la lumière de l'ensemble de nos commentaires qui précèdent, à la proportionnalité.

[86] Deuxièmement, contrairement au concept de raisonnabilité qui apparaît *seul* comme concept-clé au « nouvel » alinéa 34(1)c) C.cr., qui concerne la question de savoir « si la personne a agi de façon *raisonnable* dans les circonstances », le caractère raisonnable des actes posés en riposte par la personne accusée est accompagné, au paragraphe (4) du modèle d'article de 1997, de la considération du *degré de force* utilisé par le défendeur. Une interprétation étroite visant à déterminer le rôle joué par la proportionnalité dans le « nouvel » article 34 C.cr., basée sur une comparaison littérale entre le modèle d'article de 1997 et l'alinéa 34(1)c) C.cr. en vigueur, pourrait, hypothétiquement, soutenir l'argument voulant que la proportionnalité soit exclue de la raisonnabilité prévue par l'alinéa 34(1)c) C.cr. car la proportionnalité apparaît déjà comme un facteur à l'alinéa 34(2)g). La proportionnalité ne saurait alors faire double emploi ou être redondante au sein du même article. Toutefois, cette interprétation contraste avec le modèle d'article de 1993, qui inclut nommément, pour sa part, la proportionnalité. Une autre façon d'aborder ce problème d'interprétation législative pourrait consister plutôt à adopter une interprétation généreuse du concept de raisonnabilité tel qu'il apparaît à

l'alinéa 34(1)c), opposée à l'interprétation que nous venons de décrire ci-haut. Ce concept inclurait alors, sur le plan conceptuel et un peu à la manière d'un diagramme de Venn, la proportionnalité sous la coupe de la raisonnabilité[301]. Soulignons tout de même, avant de passer à la troisième observation, que le terme « raisonnable » ou le concept de « raisonnabilité » ne sont toujours pas définis dans le *Code criminel*[302], même s'il est possible, il est vrai, selon un courant jurisprudentiel, d'interpréter « la notion du caractère raisonnable compte tenu du contexte »[303].

[87] Troisièmement, le modèle d'article de 1997 qualifie le degré de force (ou proportionnalité) qui serait acceptable en riposte. Il prévoit, à son paragraphe 3, que « le degré de force utilisé [est] raisonnable lorsqu'ils ne constituent pas un *écart marqué* par rapport à ce qu'une personne ordinaire et sobre […] »[304]. Cet écart *marqué* établirait un seuil plancher de proportionnalité élevé en deçà duquel la conduite de la personne accusée serait considérée comme étant proportionnée. Cette compréhension de ce que devrait être la qualification du seuil de proportionnalité qui devrait exister au sein de la légitime défense nous apparaît avoir certaines similitudes, dans une certaine mesure, avec le paragraphe 13(1) du *Code pénal danois*, lequel considère que « ne sont pas punissables les actes commis en état de légitime défense, en tant qu'ils ont été nécessaires pour repousser ou détourner une attaque illégitime commencée ou imminente, et qu'*ils ne dépassent* ***manifestement*** *pas les limites des moyens qu'il est justifiable d'employer* eu égard à la gravité de l'attaque »[305]. Le *Code pénal danois* établit ainsi un seuil plancher élevé pour ce qui est de la proportionnalité de l'acte en requérant que l'écart de conduite dépasse *manifestement* certaines limites. En pareil contexte, il nous semble raisonnable de suggérer que les termes « marqué » et « manifestement » font partie du même champ lexical et qu'ils peuvent être considérés ici comme des synonymes. Certains pourraient estimer que le principal défi pratique que pourrait poser ce concept d'« écart marqué » est qu'il pourrait

---

[301] Lareau, *supra* note 35, p. 111.
[302] Ministère de la Justice du Canada (1998), *supra* note 114, p. 37.
[303] *Ibid*.
[304] Caractères italiques ajoutés.
[305] *Code pénal danois*, Ordonnance No 909 du 27 septembre 2005, tel qu'amendée par la Loi Nos. 1389 et 1400 du 21 décembre 2005 (caractères gras et italiques ajoutés; traduction de la version anglaise faite par l'auteur, en ligne : https://www.legislationline.org/download/id/6372/file/Denmark_Criminal_Code_am2005_en.pdf).

rendre difficile la poursuite par la Couronne de certains actes commis en riposte, vu le fardeau de preuve qui repose sur ses épaules[306], lorsque les faits d'une affaire manquent de clarté quant au degré de force (ou proportionnalité) utilisé en guise de riposte par la personne accusée.

[88] En résumé, les modèles d'article que nous avons examinés dans cette section « tentent de cerner plus clairement les éléments requis quant au degré de force employée »[307]. Cela justifie, selon nous, l'exercice de comparaison effectué avec les régimes juridiques présentement et antérieurement en vigueur dans le sens où ces modèles jettent un éclairage utile sur ce qu'aurait pu être le rôle joué ou non par la proportionnalité dans le cadre de la légitime défense, et ce, même si le gouvernement a choisi de ne pas suivre les propositions avancées par ces modèles[308].

1.5 La proportionnalité *après* la Réforme de 2013

[89] Le 11 mars 2013, la *Loi sur l'arrestation par des citoyens et la légitime défense*[309] est entrée en vigueur. Une seule disposition d'application générale[310], ayant des conditions d'ouverture qui « se comprennent aisément »[311] et qui semble « plus facile à appliquer »[312], remplaçait plusieurs articles du *Code criminel* seulement pour la légitime défense. Comme nous l'avons évoqué précédemment[313], l'intention du législateur était alors de simplifier la compréhension et l'application de la légitime défense tout en ne modifiant pas substantiellement ses principes[314]. Cette volonté de clarté de la part du législateur n'a malheureusement pas nécessairement eu l'effet escompté pour tous les magistrats, à tout le moins immédiatement après l'entrée en vigueur de la Réforme de 2013. Par exemple, la juge Fisher écrivait dans la décision *Evans* qu'il n'était pas encore possible, peu de temps

---

[306] *R. c. Lifchus*, [1997] 3 R.C.S. 320.
[307] Ministère de la Justice du Canada (1998), *supra* note 114, p. 35.
[308] Roach (2018), *supra* note 101, p. 388.
[309] Commission de réforme du droit (1982), *supra* note 90
[310] *R. c. Naima*, 2016 QCCS 12092, 110.
[311] *Gosselin*, *supra* note 110, par. 18.
[312] *Cormier*, *supra* note 128, par. 45.
[313] Voir le paragraphe [36] de ce mémoire.
[314] *Guide technique*, *supra* note 123.

après l'entrée en vigueur de la Réforme de 2013[315], de savoir si celle-ci allait rendre l'accès à la légitime défense plus large ou plus restreint[316] en ce qui concerne l'inclusion de la proportionnalité, par exemple, en tant que facteur dans l'évaluation de *toutes* les situations où la légitime défense est invoquée[317].

1.5.1 La portée incertaine de la proportionnalité

[90] Nous savons depuis lors que le « nouvel » article 34 C.cr. entraîna un « changement d'orientation important » pour le droit applicable à la légitime défense[318]. Les nouvelles dispositions relatives à la légitime défense « restreignent la portée de la légitime défense dans certaines circonstances factuelles et l'élargissent dans d'autres »[319]. Nous verrons que la proportionnalité pourrait avoir une portée incertaine suite à l'adoption de cette nouvelle disposition.

1.5.1.1 L'*élargissement* de l'accès à la légitime défense à la lumière de la proportionnalité

[91] La portée de la légitime défense serait *élargie* dans la mesure où elle n'est plus limitée aux crimes de violence commis en légitime défense[320]. Depuis l'entrée en vigueur de la Réforme de 2013, ce moyen de défense permet toute une gamme de réponses possibles[321], incluant les situations où la personne accusée aurait commis un acte dénué de violence en riposte[322]. Il est intéressant de constater que cet élargissement pourrait correspondre à ce que suggérait Uniacke à ce sujet, à savoir qu'il puisse y avoir pour la riposte en légitime défense *différents* types de préjudice pouvant être *proportionnés*[323]. Comme le note Maleki, « [l']appréciation de la mesure est […] difficile en raison de la

---

[315] La Réforme était entrée en vigueur la première journée du procès dans cette affaire.
[316] *R. c. Evans*, 2013 BCSC 462, par. 12.
[317] *Pandurevic*, *supra* note 98, par. 39. La Cour supérieure de l'Ontario commente l'ambivalence de la juge Fisher dans la décision *Evans*, *ibid*, par. 25.
[318] *Khill*, *supra* note 91, par. 39 et 49; *Cormier*, *supra* note 128, par. 46; *R. c. Evans*, 2015 BCCA 46.
[319] *Khill*, *ibid*, par. 46.
[320] *Ibid*, par. 40; *Cormier*, *supra* note 128, par. 44; *R. c. Levy*, 2016 NSCA 45, par. 107; *R. c. Nuttall*, 2015 BCSC 963, par. 10; Weisbord (2020), *supra* note 127, p. 100; Paciocco, David M. « The New Defense against Force » (2014) 18 *Rev. can. D.P.* 269 (ci-après « Paciocco (2014) »).
[321] Coughlan (2013), *supra* note 80, p. 118.
[322] *Nuttall*, *supra* note 320, par. 10.
[323] Uniacke, *supra* note 23, p. 257.

multiplicité des intérêts en jeu, de nature souvent différente »[324]. À l'exception des quelques exemples donnés par la Cour dans l'arrêt *Khill* (le vol, l'introduction par effraction ou la conduite dangereuse[325]), la porte demeure cependant ouverte concernant ce qui pourrait et devrait être considéré comme « différent » ou « équivalent » en termes de préjudices[326], ce qui laisse place à une certaine flexibilité. L'évolution future de la jurisprudence saura probablement éclairer notre lanterne à cet égard.

1.5.1.2 La *restriction* de l'accès à la légitime défense : la proportionnalité comme facteur

[92] En revanche, l'obligation de considérer la proportionnalité comme facteur à considérer pour la « nouvelle » légitime défense pourrait aussi avoir l'effet de *restreindre* l'accès à ce moyen de défense lorsqu'on le compare à l'« ancien » régime[327]. Tel serait le cas, par exemple, pour les situations factuelles où l'« ancien » paragraphe 34(2) C.cr. aurait pu trouver application auparavant[328], car ce dernier paragraphe n'imposait pas d'exigence de proportionnalité.

[93] Depuis l'instauration de la Réforme de 2013, la proportionnalité[329] fait maintenant partie d'une liste non exhaustive de facteurs prévus au paragraphe 34(2) C.cr. qui servent à déterminer la *raisonnabilité* en vertu de l'alinéa 34(1)c) C.cr. de la réaction défensive d'une personne accusée. La Commission de réforme du droit de l'Irlande remarquera que l'approche juridique la plus commune envers la légitime défense est qu'elle prévoit un

---

[324] Maleki, *supra* note 36, p. 199.
[325] *Khill*, *supra* note 91, par. 40.
[326] Uniacke, *supra* note 23, p. 257-258.
[327] Notons que certains tribunaux affirment que « courts have held that the non-exhaustive list of factors in s. 34(2) continue to require a consideration of *previous* principles and considerations »: *R. c. Brown*, 2018 BCSC 1364, par. 45 (caractères italiques ajoutés). Cette affirmation à l'emporte-pièce mérite d'être nuancée car « [l]e législateur a laissé tomber les *exigences minimales* ou *obligatoires* antérieurement requises (attaque illégale, absence de provocation, etc.) : *Naima*, *supra* note 310, par. 111 (caratères italiques dans la version originale; le soulignement est de l'auteur); voir également *Rocchetta*, *supra* note 224, par. 27. De plus, « [m]andatory requirements were converted into discretionary factors » : *Bengy*, *supra* note 126, par. 46. Voir au même effet Roach (2012), *supra* note 128, p. 277. Ce seul fait a pour conséquence de changer le rôle joué par les facteurs au paragraphe 34(2) C.cr.
[328] Voir, par exemple, *R. c. Simon*, 2013 ABQB 103, par. 22; voir également *Cormier*, *supra* note 128, par. 44; Paciocco (2014), *supra* note 320.
[329] En vertu de l'alinéa 34(2)g) C.cr., la proportionnalité « juxtapose de la même façon la force que l'on menace d'employer et la réaction de la personne accusée à cette menace » : *Khill*, *supra* note 91, par. 82.

amalgame de « raisonnabilité » et de « disproportionnalité manifeste » (*gross disproportionality*)[330]. Elle ajoute que la proportionnalité, dans ce contexte, est pertinente pour la question de la détermination du caractère raisonnable, mais seulement dans la mesure où il y a un écart *flagrant* par rapport à la norme[331]. Par conséquent, même si une telle disproportionnalité (ou un tel écart) n'a pas été établi officiellement, ni même officieusement, en tant que seuil minimal à appliquer en droit pénal canadien, la possibilité que ce standard (ou seuil) puisse s'imprégner éventuellement dans la jurisprudence canadienne ou dans l'esprit des jurés au Canada ou les deux, nous apparaît relativement élevée. En effet, non seulement s'agit-il de l'approche « la plus commune », mais aussi il peut être difficile, particulièrement pour des jurés n'ayant que peu ou pas d'expérience juridique précise, de séparer le bon grain de l'ivraie dans des cas considérés limites pour ce qui est, par exemple, de l'évaluation de la proportionnalité d'une riposte. En guise de complément à ce que nous venons de soulever, nous référons le lecteur au troisième commentaire développé ci-haut concernant le modèle d'article proposé par l'*Examen de la légitime défense*[332], lequel s'applique aussi ici.

1.5.1.3 L'incertitude concernant l'application de la proportionnalité

[94] Après avoir fait un examen minutieux des décisions rendues en appel au Canada, Weisbord affirmait, en 2020, qu'après sept ans de jurisprudence en appel, on ne sait toujours pas *si* et *quand* les facteurs du paragraphe 34(2) C.cr., ce qui inclut l'alinéa 34(2)g) C.cr. qui porte sur la proportionnalité, devraient s'appliquer et, s'ils s'appliquent, *comment* ils doivent être utilisés de façon précise[333]. La Cour n'ajoute rien dans l'arrêt *Khill*[334], rendu en 2021, qui rendrait caduques les observations faites par ce dernier auteur. Par exemple, l'évocation par la Cour du contrebalancement de la souplesse dans l'accès au moyen de défense par une « obligation d'examiner certains facteurs [prévus au paragraphe 34(2) C.cr., ce qui inclut la proportionnalité] dans tous les cas où ils sont pertinents »[335] ne changerait rien à la donne. Cette affirmation de la Cour pourrait même constituer un

[330] Law Reform Commission, Irlande (2009), *supra* note 157, p. 70, par. 2.192.
[331] Law Reform Commission, *ibid*.
[332] Voir le paragraphe [81] de ce mémoire.
[333] Weisbord (2020), *supra* note 127, p. 159.
[334] *Khill*, *supra* note 91.
[335] *Ibid*, par. 46 (caractères italiques ajoutés).

raisonnement circulaire[336] dans la mesure où il va de soi qu'il incombe au juge des faits d'examiner les facteurs qui sont pertinents dans tel ou tel cas, à défaut de quoi son évaluation pourrait être qualifiée de fautive.

[95] La CSC n'apporte pas non plus d'explications lumineuses dans l'arrêt *Khill* à propos de l'utilisation qui devrait être faite de la proportionnalité dans le cadre du « nouveau » régime juridique de légitime défense, par exemple, en ce qui concerne les situations « où la condition de proportionnalité soulève le plus de difficultés [, à savoir] celles dans lesquelles l'acte de défense du prévenu a provoqué la mort de son agresseur, alors même que celui-ci ne mettait pas véritablement sa vie en péril »[337]. Il aurait été utile que la CSC saisisse l'occasion de l'arrêt *Khill* pour identifier, par exemple, des lignes directrices, même de façon générique[338], à propos de ce qu'une personne accusée pourrait infliger en réponse à un acte, et ce de façon proportionnée, afin d'aider le juge des faits à évaluer la licéité de différentes lignes de conduite[339]. La CSC a plutôt laissé les facteurs listés au paragraphe 34(2) C.cr., incluant la proportionnalité apparaissant à l'alinéa 34(2)g) C.cr., entre les mains du pouvoir discrétionnaire du juge des faits[340] – comme c'était le cas auparavant, avant la réforme législative de 2013[341] – en ne clarifiant pas précisément ce qui pourrait constituer ou non une riposte proportionnelle en vertu de la « nouvelle » disposition de légitime défense et en ne donnant pas, aussi, d'explications supplémentaires quant à la signification de la proportionnalité au-delà de ce qu'elle a déjà énoncé de façon générale, incluant pour d'autres moyens de défense[342]. Cependant, il convient de tempérer

---

[336] Dans une argumentation circulaire, une proposition A utilise pour sa justification une proposition B alors que la justification de la proposition B nécessite la vérité de la proposition A. Dans le cas qui nous occupe, la proposition A serait l'obligation d'examiner certains facteurs et la proposition B serait de le faire dans tous les cas considérés pertinents.
[337] Desportes, Frédéric et Francis Le Gunehec. *Droit pénal général*, 16e éd., Paris, Economica, 2010, n° 733.
[338] Il faut admettre à cet égard que « [l]es règles écrites qui composent le droit ne permettent pas d'instaurer un ensemble parfaitement agencé offrant, pour chaque litige, une règle unique rapidement identifiable par le juge. Le droit est un ensemble par essence imparfait qui pêche par incomplétude » : Kebir, Mehdi. *Le libre arbitre du juge*, thèse de doctorat, faculté de droit, Université François-Rabelais de Tours, 2017, p. 150. Cette thèse de doctorat a été publiée en 2019 par la maison d'édition Dalloz.
[339] Quong, *supra* note 89, p. 145.
[340] Uniacke, *supra* note 23, p. 269.
[340] *Khill*, *supra* note 91, par. 42.
[341] Voir, par exemple, *Nakano*, *supra* note 275, p. 3 : « the general principle underlying the provisions are the principles of necessity and proportionality, which are to be assessed by you, the jury, in light of all the evidence ».
[342] Voir, par exemple, l'arrêt *Ryan*, *supra* note 31. Cet arrêt concerne la défense de contrainte.

ce propos par le fait que le critère de vraisemblance continuera de s'appliquer, lui qui assure une fonction régulatrice quant à l'évaluation de la vraisemblance d'un moyen de défense, y compris en ce qui a trait à la proportionnalité de la riposte. À cet égard, nous ne sommes pas, par analogie avec le droit international public, en *terra nullius*[343] du point de vue juridique, mais en terrain connu.

[96] La Commission de réforme du droit de l'Irlande suggérait en 2009, dans un autre contexte mais de façon pertinente à notre propos, que les facteurs relatifs à l'évaluation de la proportionnalité devraient être énoncés de manière claire et concise dans la législation[344]. Tel n'est pas le cas au paragraphe 34(2) C.cr. La proportionnalité elle-même est énoncée à l'alinéa 34(2)g) C.cr., certes, mais aucun facteur aidant à son évaluation n'est énoncé dans le *Code criminel*. Cette absence d'orientation dans la législation applicable pourrait éventuellement devenir problématique, en créant par exemple des courants jurisprudentiels contradictoires[345], dans le contexte où les décideurs ont désormais un pouvoir discrétionnaire sans précédent[346], « en ce qui concerne l'incidence que ces facteurs auront, ce qui les laisse libres d'accueillir le moyen de défense en leur absence »[347]. Cela n'est pas sans conséquence en ce qui concerne, plus particulièrement, l'évaluation de la proportionnalité par un jury dans ce contexte car ce qui est proportionnel pour l'un pourrait ne pas nécessairement l'être pour l'autre[348]. Comme le note un auteur : « [s]era proportionnée la riposte qui a été la mieux adaptée *aux yeux du juge*, à l'agression à laquelle l'individu a dû faire face »[349]. Hay est particulièrement critique envers le fait de donner un

---

[343] Expression latine signifiant « territoire sans maître ». Voir, par exemple, *Sahara occidental*, Avis consultatif de la Cour internationale de Justice, 16 décembre 1975, 1975 C.I.J. 12.
[344] Law Reform Commission, Irlande (2009), *supra* note 157, p. 66, par. 2.176.
[345] Law Reform Commission, *ibid*, p. 71, par. 2.197 : « taking proportionality as just one factor to be considered in assessing the overall reasonableness, in other words the current approach of most common law jurisdictions. This approach does not see proportionality as a requirement in its own right. […] In the opinion of the Commission […] *this approach leads a to greater risk that views will differ in borderline cases* » (caractères italiques ajoutés); Hay, *supra* note 188, p. 181-182 : « The objection is that it should not automatically be for the jury to decide questions of proportion. The main reason for this is the danger of wide and arbitrary variations from case to case, region to region and the possibility that subjective factors may enter uninvited into the minds of the jury in their deliberations ».
[346] *Khill*, *supra* note 91, par. 3 : « [L]es modifications [apportées par le « nouveau » régime de légitime défense] ont accordé un degré sans précédent de souplesse aux juges des faits ».
[347] Paciocco (2014), *supra* note 320; voir traduction française dans l'arrêt *Cormier*, *supra* note 128, par. 44.
[348] Law Reform Commission, Irlande (2009), *supra* note 157, p. 67, par. 2.181.
[349] Grégory, *supra* note 40, p. 81-82 (caractères italiques ajoutés).

pouvoir discrétionnaire si vaste à un jury. Il privilégierait plutôt l'amélioration de la législation pertinente afin qu'elle soit suffisamment détaillée, dans le même esprit de ce que la Commission de réforme du droit de l'Irlande suggérait en 2009. Il écrit[350]:

> In essence, proportion reflects society's views of the seriousness of a given crime. How far one may go in preventing it articulates society's condemnation in almost quantifiable fashion – the graver the crime, the greater the maximum force which may be justified in its prevention. In light of this, *a legal system which set down what forms of attack might be prevented by, say, deadly force where such force proved reasonably necessary, would arguably be preferable to one which left the overall calculation as a vague analysis in the hands of both fate and the jury*. In effect, *the issue of proportion would already be determined by the law, and 'packaged' within each situation where the law envisaged that deadly force might on occasions be justified*.

La même réflexion s'applique aussi à la défense des biens. Weisbord affirme à ce sujet que « [w]hile it is arguable that disproportionate force is never reasonable, or that lethal force is never reasonable to protect mere property, it is unclear whether juries will reach such a conclusion »[351]. Toutefois, avant toute chose, il convient de ne pas oublier que, peu importe si le juge œuvre seul[352] ou en présence d'un jury[353], « c'est une erreur de droit que d'aborder au fond un moyen dépourvu de vraisemblance »[354]. Par conséquent, la vraisemblance du moyen de défense devra être établie au préalable avant que le juge des faits ne puisse même se pencher sur le fond à propos de la question de la raisonnabilité de la force utilisée en riposte.

[97] Par ailleurs, la proportionnalité a aussi subi les effets d'un certain manque de précision dans la jurisprudence lors de son traitement. Pour preuve, dans certains cas, la proportionnalité n'a fait l'objet par les tribunaux que d'une discussion *générale* à propos

---

[350] Hay, *supra* note 188, p. 183 (caractères italiques ajoutés).
[351] Weisbord (2018), *supra* note 271, p. 383.
[352] *R. c. Tran*, [2010] 3 R.C.S. 350, par. 41.
[353] *R. c. Thibert*, [1996] 1 R.C.S. 37, par. 5-7.
[354] Rainville, Pierre. « L'évolution du droit pénal général à travers le prisme de la Cour suprême du Canada : bilan analytique et critique de l'année 2013 » *Rev. pénit. et dr. pén.* 2013.1.193, p. 207.

de l'article 34 C.cr.[355]. Dans d'autres cas, les tribunaux tiennent « souvent »[356] compte, des facteurs prévus au paragraphe 34(2) C.cr. *dans leur ensemble* sans nécessairement porter une attention particulière, ni même faire référence explicitement dans leurs motifs à l'alinéa 34(2)g) C.cr., et ce, même dans des cas où la proportionnalité trouve application. Cette considération évasive, parfois absente[357], de la proportionnalité pourrait hypothétiquement avoir l'effet pernicieux soit de diminuer ou bien de gonfler indûment son importance *réelle* dans le sens où elle serait, par exemple, considérée comme tellement évidente qu'elle n'aurait pas besoin d'être mentionnée. L'imprécision qui se retrouve dans la jurisprudence à l'égard de la façon dont devraient être évalués les facteurs prévus au paragraphe 34(2) C.cr. pourrait permettre, dans l'abstrait, une telle fluctuation de la place accordée à la proportionnalité. De plus, ce manque de précision pourrait donner à la proportionnalité un sens vague, lequel ne serait pas sans rappeller, comme nous l'écrivions en introduction, que le législateur et le juge feraient souvent « appel à ce concept […] comme si celui-ci était [par lui-même] explicitement défini et déterminé dans son contenu »[358].

[98] Si la proportionnalité devait gagner en importance par la Réforme de 2013, il conviendrait alors d'insister sur le fait que rien n'indique dans le libellé de l'article 34 C.cr., ni même dans la jurisprudence pertinente y compris celle de la CSC (tant avant qu'après la Réforme de 2013), que la proportionnalité puisse être érigée en facteur ayant un rang supérieur par rapport aux autres apparaissant au paragraphe 34(2) C.cr., si supérieur qu'elle puisse se fondre aux autres facteurs sans devoir être rattaché *nommément* à l'alinéa 34(2)g)

---

[355] Weisbord (2020), *supra* note 127, p. 124; *R. c. Mohamad*, 2018 ONCA 966, par. 202 : « The prejudice arose because the current s. 34, unlike its predecessor [34(2) C.cr.], requires the jury to consider not only the availability of other means of response, but also the nature and proportionality of that response to the deceased's threat of force »; *R. c. Winter*, 2017 ABCA 100, par. 17: « We have reviewed the trial judge's reasons and note that the trial judge cited the test as set out in section 34 of the *Criminal Code* correctly. Indeed, it is set out in its *entirety* in her oral reasons » (caractères italiques ajoutés).

[356] Weisbord (2020), *ibid*, p. 134; *R. c. A.A.*, 2019 BCCA 389, par. 21: « Considering the factors as a whole […] ». La Cour d'appel de Colombie-Britannique cite dans ses motifs, au paragraphe 38, le paragraphe 73 du jugement de première instance qui discute de la proportionnalité dans cette affaire; voir également *R. c. Fougere*, 2019 ONCA 505, par. 20 : « Under the new provisions, s. 34 may provide justification for a first blow against another where the accused is reacting to a "threat of force" […] the trier of fact would also have to determine whether the force used was proportionate to the threat perceived ».

[357] *R. c. Francis*, 2018 NSCA 7, par. 32 : « the judge [did not fully consider] several of the relevant circumstances and factors in s. 34(2), including […] the nature and proportionality of the appellant's response ».

[358] Coquin, *supra* note 3, p. 383; voir également, de façon générale, le paragraphe [5] de ce mémoire.

C.cr. dans les motifs écrits rendus par les tribunaux, comme tel est parfois le cas[359]. Il est vrai que la CSC dans l'arrêt *Khill* considère la proportionnalité comme étant « toujours un facteur *distinct* »[360] et que certaines décisions rendues avant cet arrêt affirment que le « nouvel » article « met l'accent »[361] sur la raisonnabilité de la riposte et sur la proportionnalité. Cependant, « le nouveau paragraphe 34(2) C.cr. [n'enjoint-il pas] simplement au juge des faits de prendre en considération les neufs facteurs énumérés mais non exhaustifs »[362], même si « la proportionnalité demeure un facteur important »[363] ?

[99] La CSC indique aussi dans l'arrêt *Khill* que le facteur de proportionnalité « *peut* être déterminant »[364]. La possibilité d'être déterminante laisse au juge des faits le « pouvoir discrétionnaire »[365] ou « souverain »[366] de décider, en fonction des circonstances d'une affaire, que la proportionnalité ne joue dans telle ou telle affaire qu'un rôle mineur voire nul. Cette dernière approche pourrait plus aisément se réconcilier avec ce qu'affirme, notamment, la Cour d'appel de Saskatchewan dans l'arrêt *Robertson*[367], à savoir que la proportionnalité a moins d'importance dans le « nouveau » régime juridique de légitime défense lorsqu'on le compare à l'« ancien ».

[100] Inversement, si l'importance du rôle accordé à la proportionnalité devait être réduite, comme l'affirment plusieurs auteurs[368], celle-ci se trouverait alors aux antipodes de l'importance qui lui est dévolue en droit pénal français, notamment, pour lequel « l'une

---

[359] Weisbord (2020), *supra* note 127, p. 134; *A.A.*, *supra* note 356, par. 21 : « Considering the factors as a whole […] ». La Cour d'appel de Colombie-Britannique cite dans ses motifs, au paragraphe 38, le paragraphe 73 du jugement de première instance qui discute de la proportionnalité dans cette affaire; voir également *Fougere*, *supra* note 356, par. 20.
[360] *Khill*, *supra* note 91, par. 45 *in fine* (le soulignement est de la CSC; les caractères italiques sont de l'auteur).
[361] *Rocchetta*, *supra* note 224, par. 27.
[362] Roach (2012), *supra* note 128; voir traduction française dans l'arrêt *Cormier*, *supra* note 128, par. 44. Cet article de Kent Roach est d'ailleurs cité avec approbation par la CSC dans l'arrêt *Khill* aux paragraphes 47 et 62, mais sur d'autres thèmes.
[363] *Naima*, *supra* note 310, par. 121.
[364] *Khill*, *supra* note 91, par. 45 *in fine* (caractères italiques ajoutés).
[365] *Ibid*, par. 42.
[366] Pour le droit pénal français, voir Pin, Xavier. *Droit pénal général*, 13e édition, Dalloz, 2022, par. 254 : « La nécessité est en effet une condition de la légitime défense […] [Les] questions de fait [sont] souverainement appréciées par les juges du fond. […] la conditionnelle essentielle reste la *proportionnalité* des moyens de défense par rapport à la gravité de l'atteinte » (caractères italiques dans la version originale).
[367] *Robertson*, *supra* note 270, par. 19 : « Proportionality is given less emphasis in the new provisions; it is but one factor among many to consider ».
[368] Voir, par exemple, Roach (2012), *supra* note 128, p. 277.

des conditions *principales* de la légitime défense est que la riposte soit mesurée »[369]. Cette mesure comprend l'idée de proportion. La condition de proportionnalité est aussi en France celle qui serait la plus importante en légitime défense[370]. La proportionnalité est largement acceptée comme faisant partie des conditions donnant ouverture à la légitime défense[371]. C'était d'ailleurs le cas pour certaines formes de légitime défense en droit pénal canadien avant la Réforme de 2013[372]. La Commission de réforme du droit du Canada écrivait, en effet, en 1982 qu'« on ne saurait permettre qu'une attaque donne lieu à une réponse disproportionnée, et il ne faut pas non plus que la légitime défense puisse servir de prétexte pour justifier une agression »[373]. La rétrocession de la proportionnalité pour ce moyen de défense, laquelle passe de condition d'ouverture, dans certains cas[374], au rang de facteur discrétionnaire[375], de façon générale, suite à la Réforme de 2013 aurait-elle pu avoir cet effet sur les décisions judiciaires rendues par la suite ? Il semble que la réponse ne peut pas être tranchée par un simple « oui » ou « non ». L'approche contextuelle concernant l'évaluation de la conduite de l'accusé, approche confirmée dans l'arrêt *Khill*[376], ne saurait nous mener à une autre conclusion liminaire. Toutefois, notre analyse de la jurisprudence semble pouvoir nous faire pencher, jusque dans une certaine mesure, en faveur d'une réponse négative. Ce que la jurisprudence post-Réforme de 2013 nous permet de constater c'est que la proportionnalité aurait continué d'exercer un certain rôle, parfois crucial, dans l'application de la légitime défense, y compris au stade de l'évaluation du critère de vraisemblance.

---

[369] Coquin, *supra* note 3, p. 113 (caractères italiques ajoutés)
[370] Maleki, *supra* note 36, p. 194.
[371] Uniacke, *supra* note 23, p. 269.
[372] Anciens par. 34(1) et art. 37 C.cr.
[373] Commission de réforme du droit (1982), *supra* note 90, p. 115.
[374] Anciens par. 34(1) et art. 37 C.cr.
[375] Article 34(2)(g) C.cr.
[376] *Khill*, *supra* note 91, par. 83 : le cadre analytique énoncé par la CSC « permet aux juges des faits d'examiner tous les éléments contextuels des gestes de la personne accusée de manière *holistique* » (caractères italiques ajoutés).

1.5.2 Le critère de vraisemblance et la proportionnalité

[101] Avant que le jury ne puisse se pencher sur le fond d'un litige, il incombe au tribunal[377], et non au jury – puisqu'il s'agit d'une question de droit[378], d'examiner si le recours à un moyen de défense est vraisemblable ou non (*air of reality*)[379]. C'est le juge d'instance qui décidera en effet « s'il existe au dossier un fondement factuel qui permettrait à un jury convenablement instruit d'accueillir la défense »[380]. Comme l'explique le professeur Rainville, « [l]e juge du droit hérite d'un rôle de vigile à l'étape initiale de l'examen du critère de la vraisemblance : force lui est de repérer et d'éliminer les moyens de défense dépourvus d'un fondement suffisamment probant. »[381]. Pour prendre l'exemple de la légitime défense en vertu des anciens paragraphes 34(1) et 37 C.cr., le tribunal pourrait rejeter la vraisemblance de ce moyen de défense en fonction des faits d'une affaire au motif que la personne accusée aurait fait usage d'une force excessive (ou disproportionnée, exprimée autrement) en riposte. La CSC indique, notamment dans l'arrêt *Reilly*, que « [l]e moyen de défense que constitue la légitime défense est *irrecevable* lorsqu'on conclut à l'emploi de force excessive »[382]. Comme le soulignent les professeurs Côté-Harper, Rainville et Turgeon, « le premier paragraphe [de l'ancien article 34 C.cr.] requiert l'usage de la force nécessaire pour s'appliquer, il ne peut donc justifier une force excessive »[383]. En pareils cas, ce moyen de défense aurait été irrecevable. Il serait alors exclu pour le juge des faits d'examiner le moyen de défense au fond[384]. Ce n'est que lorsque le critère de la vraisemblance est respecté que le juge des faits succédera au juge du droit[385]. Les mêmes professeurs précisent toutefois que « l'usage d'une force excessive qui conduit à un homicide ne peut en soi rendre inapplicable l'[ancien]article 34 C.cr. puisque celui-ci

---

[377] Voir, de façon générale, *R. c. Aykin*, 2019 QCCS 1973, par. 25 : « Pour déterminer si un moyen de défense doit être soumis à l'appréciation du jury, le *Tribunal* doit appliquer le critère de vraisemblance » (caractères italiques ajoutés); voir également *R. c. Cinous*, [2002] 2 R.C.S. 3; *R. c. Cairney*, [2013] 3 R.C.S. 420, par. 21; *Buzizi*, [2013] 2 R.C.S. 248, par. 16.
[378] *Buzizi*, *ibid*, par. 15; *Tran*, *supra* note 352, par. 40; Rainville, *supra* note 354, p. 206-207.
[379] Voir, par exemple, *R. c. Googoo*, 2014 NSCA 49 : « When dealing with the defence of self-defence under Section 34(1) and 37, a consideration of whether there has been excessive force is required in order to determine whether there is an air of reality to self-defence ».
[380] *Buzizi*, *supra* note 377, par. 16.
[381] Rainville, *supra* note 354, p. 205-206.
[382] *Reilly*, *supra* note 232, p. 396; *Faid*, *supra* note 231, p. 271; voir également *Gee*, *supra* note 231, p. 302; *Brisson*, *supra* note 103, p. 258 (caractères italiques ajoutés).
[383] Côté-Harper, Rainville et Turgeon, *supra* note 7, p. 1197.
[384] Rainville, *supra* note 354, p. 203.
[385] *Ibid*, p. 205.

prévoit notamment le cas de la mort *à ses deux paragraphes*, la différence portant sur l'intention ou non de causer la mort »[386].

[102] Il est vrai que « la *souplesse* qu'exigent les nouvelles dispositions sur la légitime défense pour déterminer si un acte d'un accusé était raisonnable dans toutes les circonstances » ait pu militer en faveur de la conclusion qu'il y ait, dans certains cas, « apparence de vraisemblance pour ce moyen de défense »[387]. Par exemple, dans la décision *Colin* rendue en 2022, les circonstances révélées par l'ensemble de la preuve, notamment les gestes commis et le fait qu'un seul coup de poing fut donné, auront fait conclure le juge qu'il y avait vraisemblance du critère de la raisonnabilité des gestes de l'accusé[388]. À l'inverse, dans la décision *Fredette* rendue en 2019, il a été jugé que « plusieurs facteurs [ont nié] l'air de vraisemblance requis par le facteur de proportionnalité »[389] et, en conséquence, le tribunal « n'aurait pas donné ouverture à la légitime défense »[390] quant à l'un des chefs d'accusation. De même dans la décision *Lubin* rendue en 2018, où le tribunal a considéré que bien qu'ayant été victime d'une attaque, la personne accusée n'aurait pas agi de façon raisonnable et, par conséquent, la légitime défense ne pouvait donc s'appliquer, et ce, même si ce tribunal prend acte du fait qu'on ne peut s'attendre à ce qu'une personne mesure à la perfection la force utilisée[391]. Par conséquent, la souplesse insufflée par la Réforme de 2013 ne permettrait toutefois pas qu'une personne accusée puisse se servir de la légitime défense comme prétexte pour justifier une agression, comme l'énonçait la Commission de réforme du droit du Canada en 1982[392]. Cela a été confirmé par la jurisprudence récente. Par exemple, dans la décision *Carroll* rendue en 2020 où la Cour du Québec indique que « [l]a légitime défense ne peut être une justification pour la violence gratuite utilisée dans un esprit de vengeance, par frustration, dépit ou comme simple prétexte. En outre, une personne n'est pas justifiée

---

[386] Côté-Harper, Rainville et Turgeon, *supra* note 7, p. 1197 (caractères italiques ajoutés).
[387] *R. c. Pappas*, [2013] 3 R.C.S. 452, par. 174 (caractères italiques).
[388] *R. c. Colin*, 2022 QCCQ 1845, par. 69.
[389] *R. c. Fredette*, 2019 QCCS 4257, par. 106, inscription en appel, C.A., 2019-11-15, nº 500-10-007211-194.
[390] *Ibid*, par. 107.
[391] *R. c. Lubin*, 2018 QCCQ 4546, par. 26.
[392] Commission de réforme du droit (1982), *supra* note 90, p. 115.

d'utiliser la force pour imposer sa propre justice »[393]. La proportionnalité y joue d'ailleurs un rôle déterminant lorsque le tribunal rejette la vraisemblance de la légitime défense lorsqu'il indique qu'« on ne peut pas parler de proportionnalité [dans cette affaire] dans la mesure où il n'y a pas eu emploi ou menace d'emploi de la force [par la victime] et, partant, l'acte de violence était tout simplement injustifié »[394]. Le tribunal tire la même conclusion dans une affaire où la personne accusée a roué de coups la victime pendant plusieurs secondes après avoir un coup de point au visage[395]. Or, « [c]ette force disproportionnée de réplique est éloquente; elle confirme que les gestes n'ont pas été posés dans une contexte de légitime défense, mais plutôt dans un contexte de *vengeance* »[396]. Il en va de même dans la décision *Younus* rendue en 2022 où le tribunal affirme que la riposte de la personne accusée « was not proportionate to the use or threat of force during the altercation [...] and is exactly what the law of self-defence is aimed at preventing »[397]. Par conséquent, le tribunal rejette la vraisemblance de la légitime défense[398]. D'autres exemples allant dans le même sens abondent, notamment le fait de tirer avec une arme à feu dans la poitrine de la victime pourrait ne pas être considéré être à la fois raisonnable et proportionnel et pourrait entraîner le rejet de la vraisemblance de la légitime défense[399]; le fait de frapper la victime de toutes ses forces pourrait faire en sorte que la riposte ne soit pas considérée comme étant raisonnable ou proportionnelle et pourrait subir le même sort quant à la vraisemblance[400]; le fait pour la personne accusée d'avoir tiré un coup de feu à la tête de la victime en riposte au fait d'avoir été frappé par elle sera aussi considéré comme étant manifestement disproportionné (« *grossly disproportionnate* »)[401]; etc.[402]

---

[393] *R. c. Carroll*, 2020 QCCQ 6721, par. 88-89.
[394] *Ibid*, par. 118.
[395] *R. c. Longtin Bélanger*, 2022 QCCM 27, par. 143.
[396] *Ibid*, par. 151 (caractères italiques ajoutés).
[397] *R. c. Younus*, 2022 ONSC 2078, par. 131.
[398] *Ibid*, par. 132.
[399] *R. c. Moar*, 2021 MBQB 9, par. 118.
[400] *R. c. Barnaby*, 2021 NBQB 134, par. 38.
[401] *R. c. Mohamed et Ali*, 2021 ONSC 5234, par. 311.
[402] Voir également, notamment, *R. c. Borden*, 2020 ONSC 3251; *R. c. Kanthavel*, 2020 ONSC 8175, par. 114-115; *Gendron c. R.*, 2019 QCCA 1959, par. 21-26; *R. c. Maung*, 2019 SKPC 71, par. 61-63.

1.5.3 La souplesse de la proportionnalité

[103] Un auteur soutient, de façon générale, que la légitime défense impliquerait que la force utilisée pour repousser une attaque n'aurait pas à être « clairement disproportionnée » (« *clearly disproportionate* ») et il serait admis, écrit-il, que la riposte pourrait parfois aller un peu trop loin (« *when one protects oneself one might go a bit overboard* »)[403]. Cela pourrait s'apparenter à la souplesse induite par le fait qu'il ne soit pas nécessaire, en droit pénal canadien, de mesurer la riposte avec exactitude, sans oublier cependant que n'importe quelle riposte ne saurait être permise[404]. Cette souplesse pourrait entrer en collision, en tant que principe, avec la rigidité d'une conception stricte de la proportionnalité en droit pénal voulant que la force défensive ne puisse être utilisée que lorsque la riposte est proportionnée au préjudice que l'on cherche à éviter[405]. Cependant, en droit pénal canadien, bien que la force utilisée en légitime défense ne puisse pas être disproportionnée par rapport à la menace, son évaluation doit être juste, généreuse et souple (« *just, large and tolerant* »)[406].

[104] En vertu du « nouveau » régime de légitime défense qui considère la proportionnalité comme un facteur *devant* être considéré mais dont l'effet se limite à *pouvoir* être déterminant, l'application d'une force disproportionnée ne semble plus être, comme ce pouvait être le cas auparavant, un obstacle au fait de pouvoir invoquer avec succès ce moyen de défense[407], sous réserve de l'évaluation par le tribunal de première instance du critère de vraisemblance, lequel a été discuté précédemment tant d'un point de vue théorique[408] que pratique[409]. Ainsi, au Canada, les situations de légitime défense où la riposte d'une personne tuerait un agresseur qui aurait tenté, par exemple, de l'agresser sexuellement ou bien de la rendre tétraplégique pourraient peut-être être désormais plus

---

[403] Hulsroj, Peter. *The Principle of Proportionality*, SpringerBriefs in Law, 2013, p. 28.
[404] *Kong*, *supra* note 169, par. 113 « simply because perfect symmetry between threat and action may not be possible in the heat of the moment is no reason to torpedo the proportionality requirement. I agree that defensive force need not be "weighed to a nicety". But *not measuring something to a nicety cannot be equated with not measuring it at all* » (caractères italiques ajoutés).
[405] Voir, par exemple, Law Reform Commission, Irlande (2009), *supra* note 157, p. 66.
[406] *R. c. Griffith*, 2019 BCCA 37, par. 36. La Cour d'appel de Colombie-Britannique y cite avec approbation le paragraphe 84 du jugement de première instance.
[407] *R. c. Harris*, *supra* note 271, par. 58.
[408] Voir le paragraphe [66] de ce mémoire.
[409] Voir le paragraphe [101] de ce mémoire.

facile à décider considérant la souplesse du « nouveau » régime juridique quant à l'application de la proportionnalité. En droit pénal français, certains écriront que « la femme menacée de viol peut tuer son agresseur » même si, dans ce cas, toutes proportions gardées, « le mal infligé [serait] plus grave que le mal qui aurait résulté de l'agression »[410]. Toutefois, plusieurs États ne partageraient pas la souplesse de ces deux dernières approches. Ces derniers considèreraient plutôt que l'usage d'une force disproportionnée en riposte, particulièrement lorsqu'elle entraîne la mort, ne saurait être justifié[411].

[105] Les deux dernières situations hypothétiques mentionnées au paragraphe précédent ont aussi le bénéfice corrollaire de nous permettre de rappeler que la proportionnalité n'est pas seulement une question d'équivalence mathématique. Le fait pour une personne d'être rendue tétraplégique par l'agression d'une autre personne serait probablement, à l'aune d'un critère de proportionnalité *purement* objectif, considéré comme étant moins grave que le fait d'infliger la mort à son agresseur. Exprimé autrement, le meurtre en pareil cas serait plus que probablement considéré, selon un critère de proportionnalité *purement* objectif, comme étant disproportionné. En effet, une personne tétraplégique est toujours en vie, en dépit des souffrances subies par l'agression, alors que la personne assassinée ne l'est plus par définition.

[106] Cette possibilité offerte par le « nouveau » régime juridique de pouvoir utiliser éventuellement une force disproportionnée en légitime défense rendrait ce moyen de défense moins contraignant que la défense de nécessité et la défense de contrainte qui exigent toujours que la riposte soit proportionnée entre le mal infligé et le mal subi[412]. Il convient toutefois de mettre un bémol à cette dernière affirmation dans le sens où une « force excessive »[413] utilisée en riposte pourrait toujours être sanctionnée dans le nouveau

---

[410] Grégory, *supra* note 40, p. 78.
[411] Law Reform Commission, Irlande (2009), *supra* note 157, p. 73, par. 2.208; Mousourakis, George. *Criminal Responsibility and Partial Excuses*, Dartmouth Pub Co Ltd, 1998, p. 185 (ci-après « Mousourakis (1998) »); voir également Chavent, *supra* note 23, p. 8.
[412] Roach (2012), *supra* note 128, p. 276 (caractères italiques ajoutés); Roach (2018), *supra* note 101, p. 364 et p. 388; *Kong*, *supra* note 169, par. 95 : « As with the defence of necessity, proportionality is required between the harm inflicted and the harm sought to be avoided ». Toutefois, notons qu'en common law au Canada, le risque de lésions corporelles excuse la complicité en matière de meurtre : voir *R. c. Paquette*, [1977] 2 R.C.S. 189.
[413] *Evans*, *supra* note 316, par. 25.

régime par la conclusion du juge des faits voulant que cette force soit disproportionnée et que la légitime défense serait donc, par conséquent, exclue comme moyen de défense. De plus, si nous devions suggérer, comme nous le verrons plus loin, une interprétation large de la proportionnalité pour la légitime défense qui inclurait, entre autres, la considération de l'existence d'autres moyens pour parer à l'emploi éventuel de la force (al. 34(2)b) C.cr.)[414], il faudrait alors souligner, en guise de comparaison, que la défense de nécessité ne demande pas « un standard trop élevé quant à la possibilité d'une conduite alternative »[415], tout comme cela semble aussi avoir été le cas jusqu'à présent pour la légitime défense[416].

1.5.4 La proportionnalité et le caractère raisonnable : réconcilier l'irréconciliable (*première partie*)

[107] Sans nécessairement cautionner la validité de ce que prétend l'appelant dans son mémoire de demande d'autorisation d'appel déposé à la CSC dans l'affaire *Khill*, il est tout de même intéressant de constater que celui-ci semble mettre soit sur un pied d'égalité soit en parallèle les concepts de proportionnalité, prévu à l'alinéa 34(2)g) C.cr., et de raisonnabilité, prévu à l'alinéa 34(1)c) C.cr., lorsqu'il affirme que « [l']intention du Parlement était claire de maintenir ce qui est au cœur de la common law, à savoir le droit d'utiliser la force (même la force mortelle) dans une riposte *proportionnée* et *raisonnable* […] »[417]. Guilmain évoque la parenté des concepts de proportionnalité et de raisonnabilité en droit. Il soutient que « [l]a proportionnalité doit également s'appréhender par rapport au concept de "raison". En substance, on peut dire que le raisonnable en droit "exprime essentiellement la modération, l'adaptation et la proportionnalité – toute mesure récusant l'excès". Une telle définition souligne efficacement le lien de proximité entre ces

---

[414] Roach (2018), *supra* note 101, p. 375.
[415] *R. c. Tasset*, 2003 CanLII 41860 (QC CQ), par. 5; voir également Côté-Harper, Rainville et Turgeon, *supra* note 7, p. 1279.
[416] *R. c. St-Louis*, 2019 QCCS 2826, par. 15.
[417] Mémoire de l'appelant en demande d'autorisation d'appel déposé à la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Peter Khill c. R.*, N° de dossier 39112, p. 9, par. 19: « [t]he intention of Parliament was clear to maintain what is at the core of common law self-defence: the right to use force (even deadly force) in a proportional and reasonable response » (caractères italiques ajoutés; traduction de l'auteur); voir également à propos de l'utilisation du concept de raisonnabilité dans l'« ancien » régime juridique de légitime défense : Stewart, Hamish. « The Role of Reasonableness in Self-Defence » (2003) 16 Can. J.L. & Jurisprudence 317.

deux notions, soit la proportionnalité et le raisonnable »[418]. La parenté entre ces deux concepts est aussi soulignée par Lareau lorsqu'il indique que le terme « raisonnable » de common law peut aussi correspondre au critère de proportionnalité en droit pénal[419]. Un député fédéral, ancien ministre de la justice du Canada, affirmait aussi lors des débats à la Chambre des Communes en 2012 à propos du projet de loi visant la réforme de la légitime défense : « je crois que le concept de caractère *raisonnable*, qui constitue le principe général, s'appliquerait *manifestement* à […] la proportionnalité dans les cas de légitime défense »[420], mais qu'en est-il de la situation inverse, c'est-à-dire de l'étendue du champ d'application de la proportionnalité prévue à l'alinéa 34(2)g) C.cr. au sein de l'analyse à mener pour déterminer le caractère raisonnable des actes entrepris par la personne accusée au sens de l'alinéa 34(2)c) C.cr. ?

[108] S'il fallait accepter aveuglément que la liste de facteurs prévus au paragraphe 34(2) C.cr. doive « aider à préciser comment il est tenu compte de la jurisprudence antérieure dans les nouvelles dispositions législatives »[421], cela pourrait nous mener à conclure, peut-être erronément, sur la base de ce qu'affirmait la CSC en 2010 dans l'arrêt *Szczerbaniwicz*[422], que la proportionnalité est un concept en parfaite symbiose avec la raisonnabilité. Cependant, même si les notions de proportionnalité et la raisonnabilité « sont très proches, elles ne doivent pas être confondues »[423], et ce, d'autant plus dans le contexte où la proportionnalité est devenue après la Réforme de 2013 un facteur qui apparaît parmi d'autres au paragraphe 34(2) C.cr., alors qu'elle était auparavant une condition d'ouverture pour certaines formes de légitime défense. Par conséquent, « les

---

[418] Guilmain, *supra* note 1, p. 114.
[419] Lareau, *supra* note 35, p. 111.
[420] Canada. Chambre des Communes. *Débats de la Chambre des Communes*, 1re sess., 41e Lég., Numéro 58 (1er décembre 2011), Deuxième lecture de la *Loi modifiant le Code criminel (arrestation par des citoyens et moyens de défense relativement aux biens et aux personnes)*, 2012, c. 9 (Honorable Irwin Cotler, député de la Chambre des communes, ancien ministre de la justice) (caractères italiques ajoutés).
[421] *Guide technique*, *supra* note 123, p. 3
[422] *R. c. Szczerbaniwicz*, [2010] 1 R.C.S. 15, par. 20; Weisbord (2020), *supra* note 127, p. 123 : « proportionality is reasonableness in all the circumstances »; *R. c. Gunning*, [2005] 1 R.C.S. 627, par. 25 : « la force employée pour expulser l'intrus doit avoir été raisonnable dans les circonstances ».
[423] Guilmain, *supra* note 1, p. 114, citant Behar-Touchais, Martine. « Existe-t-il un principe de proportionnalité en droit privé? » (1998) 117 *Petites affiches* 3.

tribunaux devront étoffer le sens du mot "raisonnable" »[424] puisque « le texte législatif ne donne aucune orientation en ce qui concerne la façon de déterminer ce qui peut être raisonnable dans les circonstances »[425]. Il faut alors se rabattre sur des énoncés *généraux* que l'on retrouve dans la jurisprudence. Par exemple, la CSC affirmait en 2010, avant la Réforme de 2013, dans l'arrêt *Szczerbaniwicz*[426] que « [l]e caractère raisonnable « dans les circonstances » tient nécessairement compte de la croyance subjective de l'accusé quant à la nature du danger ou du tort appréhendé; il faut toutefois aussi être en présence de l'élément objectif du moyen de défense : à savoir que la croyance subjective doit être fondée sur des motifs raisonnables »[427]. Nous reprenons alors à notre propre compte le libellé de la question posée par une cour anglaise dans l'une de ses décisions faisant l'application du test juridique concernant la légitime défense : « comment doit-on interpréter le critère du caractère raisonnable ? »[428].

[109] Le Ministère de la Justice du Canada exprime à propos des changements effectués par la Réforme de 2013[429]:

> Dans la nouvelle loi, « *raisonnable dans les circonstances* » <u>*remplace*</u> *les différentes combinaisons et expressions de la force* « *nécessaire* » *et* « *proportionnelle* ». Il y a deux raisons à ce changement. Premièrement, *la notion de* « *caractère raisonnable* » *a un* <u>*sens légèrement plus large*</u> *que les concepts de nécessité et de proportionnalité et elle représente également une norme plus* <u>*souple*</u>. En fait, le caractère raisonnable est une notion plus large qui <u>*engloberait*</u> logiquement les facteurs de la nécessité et de la proportionnalité de même que d'autres facteurs pertinents. [...] Deuxièmement, au cours des dernières années, la [Cour suprême du Canada] semble avoir déjà commencé à assimiler la « proportionnalité/nécessité » des actes de l'accusé à leur « caractère raisonnable".

[110] L'acception large du concept de « caractère raisonnable » donnée par le Ministère de la Justice du Canada pourrait s'apparenter, dans une certaine mesure, à la

---

[424] Roach (2012), *supra* note 128, p. 278; voir traduction française dans l'arrêt *Cormier*, *supra* note 128, par. 43.
[425] Roach, *ibid*, p. 278; voir traduction française dans l'arrêt *Cormier*, *ibid*.
[426] *Szczerbaniwicz*, *supra* note 422, par. 20; Weisbord (2020), *supra* note 127, p. 123 : « proportionality is reasonableness in all the circumstances »; *Gunning*, *supra* note 422, par. 25 : « la force employée pour expulser l'intrus doit avoir été raisonnable dans les circonstances ».
[427] *Szczerbaniwicz*, *ibid*, par. 21.
[428] *Beckford c. R.*, (1987) 85 Cr App Rep 378 (traduction de l'auteur).
[429] *Guide technique*, *supra* note 123, p. 22 (caractères italiques et soulignement ajoutés).

compréhension qui en est faite dans le régime juridique britannique de légitime défense pour lequel l'exigence de raisonnabilité engloberait (« *encapsulate* ») également la proportionnalité[430]. L'article 3 du *Criminal Law Act 1967* prévoit qu'« [u]ne personne peut utiliser la force qui est *raisonnable* dans les circonstances pour prévenir un crime »[431]. Par *raisonnable*, les auteurs anglais expliquent qu'il s'agit de mesurer la proportionnalité de la riposte[432]. Pour la légitime défense en droit anglais, le concept de proportionnalité ne serait pas compris dans un sens strict[433]. Le préjudice escompté devrait être si grand (« *so great* »[434]) qu'un homme raisonnable pourrait se croire justifié d'agir comme il le fait en riposte pour l'éviter. La proportionnalité ne nécessiterait qu'une évaluation *grossière* (« *rough approximation* »[435]) de la comparaison entre la gravité apparente de l'attaque ou de la menace d'attaque et la sévérité de la riposte. Il pourrait alors y avoir une concordance principielle entre la proportionnalité et la raisonnabilité dans le contexte où, en droit anglais, le droit de recourir à la force en riposte est limité par le principe de proportionnalité, lequel exige que le degré de force utilisé soit *proportionné* ou *raisonnable* par rapport à l'attaque ou la menace d'une attaque[436]. Il s'agirait en droit pénal anglais, comme en droit pénal canadien pour ce qui spécifiquement de la proportionnalité[437], d'un test qui ne serait pas *purement* objectif[438].

[111] Néanmoins, contrairement au droit anglais où la proportionnalité semble être bien en selle aux côtés de la raisonnabilité, la condition de raisonnabilité de l'alinéa 34(1)c) C.cr. en droit pénal canadien aurait, comme dans d'autres juridictions[439], *dilué* l'exigence

---

[430] Haysom, N. « Licence to Kill part II: Comparative Survey of the Law in the United Kingdom, United States of America and South Africa » (1987) 3 *South African Journal on Human Rights* 2, p. 209.
[431] *Criminal Law Act* 1967, c. 58, art. 3 (R.-U.); version originale : « *A person may use such force as is* reasonable *in the circumstances in the prevention of crime* » (caractères italiques ajoutés).
[432] Herring, Jonathan. *Criminal Law*, 9e éd., Palgrave, Londres, 2015, p. 283.
[433] Ashworth, « Self-Defence and the Right to Life » (1975) 34 *Cambridge Law J.* 2, p. 296.
[434] Smith, John Cyril et Brian Hogan. *Criminal Law*, 15e éd., Oxford University Press, 2018, p. 397.
[435] Ashworth, *supra* note 433, p. 296.
[436] Mousourakis (1998), *supra* note 411, p. 185 (caractères italiques ajoutés); voir également Chavent, *supra* note 23, p. 8; Getzler, *supra* note 143, p. 154-155.
[437] *Kong*, *supra* note 169, par. 100 et s.
[438] *Whyte*, [1987] 3 All E.R. 416; Poucet, *supra* note 88, p. 50.
[439] Law Reform Commission, Irlande (2006), *supra* note 97, p. 233, par. 6.08: « The comparative survey carried out below demonstrates that in most jurisdictions the standard of conduct traditionally imposed by the proportionality rule has been *diluted* and the rule no longer enjoys the status of a stand-alone legal requirement »; Law Reform Commission (2009), *supra* note 157, p. 67, par. 2.180 : « in more recent times it

de proportionnalité en reléguant son ancien statut de condition d'ouverture indépendante, comme pour certaines formes de légitime défense dans l'« ancien » régime juridique, à un simple facteur à considérer pour évaluer le caractère raisonnable des actions de la personne accusée en riposte[440]. Cette dilution la rendrait même insignifiante (« *meaningless* »[441]), selon certains.

[112] Faisant partie d'un courant jurisprudentiel penchant en faveur d'une approche amenuisant le rôle joué par la proportionnalité dans la légitime défense[442], la Haute Cour de l'Australie affirmait, de façon générale, dans l'arrêt *Zecevic* rendu en 1987[443] que la totalité des circonstances devrait être considérée, le degré de force (la proportionnalité) utilisé n'en étant qu'une partie. Cette affirmation de la Haute Cour de l'Australie est d'autant plus importante en guise de comparaison avec le droit pénal canadien que l'Australie semble avoir connu un changement similaire au Canada en ce qui concerne la place accordée à la proportionnalité pour ce moyen de défense. Ce changement en Australie consiste à avoir vu la proportionnalité passer d'une règle de droit distincte à un facteur parmi d'autres pouvant être considéré par un jury pour évaluer si la conduite de la personne accusée était raisonnablement nécessaire au titre de la légitime défense[444]. Au Canada, la proportionnalité serait passée, comme nous l'avons vu, de condition essentielle pour certaines formes de légitime défense avant la Réforme de 2013 à simple facteur après celle-ci. Cette similarité nous permettrait de confirmer nos suspicions documentées concernant la réduction effective du rôle de la proportionnalité dans le régime juridique de légitime défense post- Réforme de 2013.

[113] Comment serait-il alors possible de réconcilier, sur le plan des principes, l'irréconciliable, à savoir la contradiction antithétique entre la prétention voulant, d'une

---

can also be seen that the [proportionality] rule has been diluted and it no longer enjoys the status of a stand-alone requirement ».

[440] Weisbord (2020), *supra* note 127, p. 123; voir également Law Reform Commission, Irlande (2006), *ibid*, p. 245, par. 6.44.

[441] Weisbord, *ibid*, p. 164.

[442] Law Reform Commission (2009), *supra* note 157, p. 69, par. 2.191.

[443] *Zecevic c. DPP* [1987] HCA 26, par. 18 : « the whole of the circumstances should be considered, of which the degree of force used may be only part ».

[444] Yeo, Stanley. « Proportionality in Criminal Defences » (1988) 12 *Crim. L.J.* 211, p. 217 (ci-après « Yeo (1988) »).

part, que la proportionnalité ait perdu en importance depuis la Réforme de 2013 et l'argument soutenant, d'autre part, qu'elle continuerait de jouer un rôle « influent » au Canada[445] dans le cadre de l'analyse de la raisonnabilité de l'alinéa 34(1)c) C.cr. ? En guise de solution, nous suggérons la possibilité qu'il puisse y avoir au sein du régime juridique actuel de légitime défense, ce qui ne semble pas avoir été en toute vraisemblance l'intention initiale du législateur lors de l'adoption du « nouvel » article 34 C.cr., **deux** concepts **distincts** de proportionnalité, soit une proportionnalité que nous qualifierons de « mineure » et une autre proportionnalité que nous qualifierons de « majeure ». La proportionnalité « mineure » serait celle qui est prévue à l'alinéa 34(2)g) C.cr. Nous la qualifions de « mineure » car elle se trouve, comme nous en avons déjà discuté, parmi une liste d'autres facteurs, lesquels semblent tous avoir, selon le libellé du paragraphe 34(2) C.cr., un rang hiérarchiquement équivalent à celui de *cette* proportionnalité. Celle-ci aurait un champ d'application *restreint* car il ne serait pas question, par souci de cohérence législative, que celui-ci déborde éventuellement sur celui des autres facteurs. La proportionnalité que nous qualifions de « majeure » inclurait, pour sa part, certains des facteurs listés au paragraphe 34(2) C.cr. qui pourraient tous être regroupés sous un titre général de proportionnalité (« *these factors can all be grouped under the general heading of the proportionality* »[446]). Ces facteurs sont les suivants : premièrement, « la nature de la force ou de la menace » à éviter (al. 34(2)a) C.cr.); deuxièmement, si la force était imminente et s'il existait d'autres moyens pour parer à son emploi éventuel (al. 34(2)b) C.cr.); troisièmement, si des armes ont été utilisées ou si l'on a menacé d'en utiliser (al. 34(2)d) C.cr.) et, quatrièmement, la proportionnalité « mineure », soit « la nature et la proportionnalité de la réaction de la personne à l'emploi ou à une menace d'emploi de la force » (article 34(2)g) C.cr.). Cette proportionnalité « majeure » aurait, par définition, une acception et un champ d'application plus vastes et englobants que la proportionnalité « mineure » par le fait de cumuler plusieurs facteurs du paragraphe 34(2) C.cr. Cette proportionnalité pourrait prendre sa source dans la possibilité d'être *subsumée* à la

[445] Weisbord (2020), *supra* note 127, p. 124.
[446] Roach (2018), *supra* note 101, p. 375.

raisonnabilité[447]. Cette possible interprétation pourrait être soutenue par le fait que la juge Ratushny avait déjà été suggéré dans son *Rapport final*, avant la Réforme de 2013, que le caractère raisonnable devrait *englober* la proportionnalité[448]. Même s'il n'y a pas d'exigence que la riposte de la personne accusée soit proportionnée[449], en vertu de l'alinéa 34(1)c) C.cr., la solution conceptuelle que nous suggérons permettrait de concevoir clairement et de façon cohérente que la proportionnalité puisse jouer à la fois un rôle prépondérant dans l'évaluation du caractère raisonnable, lorsqu'on la comprend comme une proportionnalité « majeure », et qu'elle puisse aussi avoir perdu, *en même temps*, en importance, lorsqu'on l'aborde sous l'angle de la proportionnalité « mineure ». Cela pourrait aussi avoir l'avantage marginal de conforter les esprits quant à certaines conclusions tirées par des magistrats à propos du rôle joué par la proportionnalité lors de l'application de la raisonnabilité dans le cadre de la légitime défense[450].

---

[447] Hay, *supra* note 188, p. 181 : « the *twin* requirements of necessity and proportion have largely been collapsed into one […] both of which are often *subsumed* by the term "reasonable" » (caractères italiques ajoutés).
[448] Ratushny, *supra* note 171, p. 154-155.
[449] Roach (2018), *supra* note 101, p. 375.
[450] *R. c. Brandon*, 2019 ABCA 429, par. 17-19. La Cour d'appel de l'Alberta conclua dans cet arrêt qu'elle n'était pas persuadée que le juge d'instance ait commis une erreur en incluant la proportionnalité dans son interprétation du terme « raisonnable » tel qu'il est prévu à l'alinéa 34(1)c) C.cr.

2. La défense des biens : d'une présence implicite à une absence d'exigence explicite de proportionnalité

[114] Le *Guide technique à l'intention des praticiens* réalisé par le Ministère de la Justice du Canada indique que « [l]a défense des biens peut surgir lorsque la "possession paisible" des biens d'une personne est menacée ou contestée, par exemple par une personne qui essaie d'approprier [*sic*] ou d'endommager les biens ou d'en disposer frauduleusement »[451]. Ce moyen de défense n'est pas nouveau. Il pourrait remonter à la *Loi des Douze Tables*, premier corpus de lois romaines écrites, qui avait force de loi à une époque où il était admis que « si quelqu'un commet de nuit un vol, et qu'il soit tué, que celui qui le tue n'encourt aucune peine »[452]. Les choses ont évolué, heureusement, du point de vue juridique depuis ces temps immémoriaux, mais cela nous permet de souligner dès le départ que « le débat en matière de défense des biens a toujours été posé en termes de mort »[453], y compris de nos jours. Nous verrons plus loin qu'il y a encore matière à débat à ce sujet et qu'il n'y a pas d'unanimité universelle en droit sur cette question bien précise.

[115] En dépit du fait qu'« [i]l n'existe pas une jurisprudence abondante »[454] sur ce moyen de défense et que « [l]es arrêts admettant la légitime défense des biens sont rares »[455], il en ressort tout de même que la considération du caractère approprié de la force utilisée en riposte est le *seul* problème qui survient dans la majorité des situations impliquant la défense des biens[456]. Qu'à cela ne tienne, les questions juridiques que ce moyen de défense permettent de soulever n'en sont pas moins pertinentes pour notre sujet d'étude, bien au contraire. Or, de façon pratique, « [l]es menaces contre les biens provoquent généralement des situations d'urgence où la réflection [*sic*] […] concernant la nécessité d'employer la force et le degré de force requis, ainsi que la possibilité d'envisager

---

[451] *Guide technique*, *supra* note 123.
[452] Grégory, *supra* note 40, p. 63.
[453] Maleki, *supra* note 36, p. 203.
[454] Côté-Harper, Rainville et Turgeon, *supra* note 7, p. 1206; Kathol, *supra* note 195, p. 453-454.
[455] Maleki, *supra* note 36, p. 30. Principalement, parce que « [l]es atteintes physiques pour protéger des biens sont rarement considérés comme légitimes » : Maleki, *ibid*, p. 200. L'observation de cette auteure s'applique aussi à la réalité juridique canadienne.
[456] Kathol, *supra* note 195, p. 467 (caractères italiques ajoutés).

d'autres solutions, n'existe pas ou est considérablement limitée. […] »[457]. L'étude du caractère approprié, d'un point de vue juridique, de la force utilisée en riposte aurait donc une incidence pratique certaine pour ce qui est de la défense des biens. Par exemple, Leverick souligne avec justesse que « it is not obviously a categoric truth that any individual's life is of more intrinsic worth than any item of property. Is it necessarily *unreasonable* to kill a terrorist if such is the only means of preventing the destruction of priceless historic artefacts ? »[458].

[116] L'une des raisons pouvant expliquer la paucité de la jurisprudence portant sur la défense des biens au Canada pourrait être due au fait qu'il existerait un flottement dans l'application de la défense des biens et de la légitime défense[459], et ce, considérant que la *primauté* de la légitime défense sur la défense des biens sera *automatique* lorsque l'agresseur initial s'oppose physiquement à celui qui agit en riposte[460]. Par exemple, « [a]ux termes des [anciens] paragraphes 38(2), 41(2) et 42(2) C.cr., l'intrus qui oppose une résistance au possesseur paisible est réputé commettre une attaque, ce qui place le possesseur paisible dans une situation de légitime défense »[461]. En pareils cas, la proportionnalité qu'il faudra considérer est celle qui est prévue (ou non) par les dispositions d'alors portant sur la légitime défense[462]. Un auteur souligne d'ailleurs qu'il est « souvent *artificiel* de distinguer défense d'une personne et défense d'un bien : le cambrioleur surpris par le propriétaire ne va-t-il pas l'*attaquer* pour pouvoir prendre la fuite ? Ce dernier protégera donc à la fois ses biens et sa personne en usant de la violence contre le voleur »[463]. La présence ou non d'une agression physique *envers une personne* pourrait alors *peut-être*

---

[457] Quigley (1994), *supra* note 118, p. 13.
[458] Leverick, *supra* note 16, p. 136 (caractères italiques ajoutés).
[459] Weisbord (2020), *supra* note 127, p. 161; *Cormier*, *supra* note 128; *R. c. Juneau*, 2017 QCCQ 14393, par. 9.
[460] Kathol, *supra* note 195, p. 463.
[461] Commission de réforme du droit (1982), *supra* note 90, p. 125.
[462] Kathol, *supra* note 195, p. 463: Par exemple, « Section 41(2) speaks of a trespasser who "resist an attempt… to prevent his entry or to remove him" ». Dans ce contexte, « [t]he amount of force that may be used to prevent or defend against *any* assault actually committed by the wrongdoer *depends upon the ordinatry principles of self-defence* as set out in s. 34 of the Code » (caractères italiques ajoutés). Cela pourrait soulever, à son tour, une autre question, laquelle concernerait la justification de l'existence même de la défense des biens dans le sens où elle serait si imbriquée à la légitime défense que son existence propre pourrait être remise en question. Toutefois, cette question déborderait le cadre des questions devant être couvertes par ce mémoire.
[463] Maleki, *supra* note 36, p. 632 (caractères italiques ajoutés); Stuart (2020), *supra* note 97, p. 538.

servir d'élément distinctif aidant à différencier la légitime défense, qui inclurait une telle agression, de la défense des biens, qui ne l'inclurait pas. Peut-être, en effet, car il faut se méfier des absolus en ce domaine. La validité d'un tel élément distinctif, qui pourrait sembler évidente pour plusieurs, pourrait, selon d'autres, être remise en question, si l'on devait se reposer, notamment, sur l'exemple donné précédemment[464] provenant de la jurisprudence allemande qui met en scène le propriétaire d'un verger qui tire un coup de feu sur un voleur de pommes en fuite[465]. Même s'il n'y a pas eu d'agression physique par le voleur de pommes envers le propriétaire de ce verger, la cour allemande dans cette affaire a tout de même décidé que ce fermier avait agi en *légitime défense*[466]. Par ailleurs, la qualification de certaines infractions, soit à titre d'infraction sur la personne ou d'infraction visant les biens, peut parfois porter à confusion. Par exemple, l'infraction de vol qualifié implique à la fois une menace à un bien et à une personne.

2.1 Le champ d'application

[117] Tout comme pour la légitime défense, les dispositions relatives à la défense des biens d'avant la Réforme de 2013 ont fait l'objet de vives critiques[467], à un point tel que certaines affirmations formulées par la doctrine, bien avant l'instauration de cette réforme, comme par exemple celle voulant que « les articles portant sur la défense des biens [soient]

---

[464] Voir le paragraphe [40] de ce mémoire.

[465] RG, Urt v. 20.9.1920 – I 384/20, RGSt 55, *supra* note 141; Cette décision classique de la jurisprudence allemande rendue en 1920 est aussi appelée communément le dossier du « Kirschbaumfall » (Chute du cerisier). Voir, par exemple, Krappidel, Annabell. *Zur Straflosigkeit bei Vorliegen von Notwehr und Notwehrexzess gemäß §§ 32, 33 StGB* (À propos de l'impunité en matière de légitime défense et de force excessive en vertu des articles 32 et 33 du Code pénal), Université d'administration publique et de justice, Centre de formation de l'État libre de Saxe, ministère de la justice, Meißen, Allemagne, 2019, p. 36, en ligne : https://opus.bsz-bw.de/hsf/frontdoor/deliver/index/docId/742/file/Krappidel_Annabell_Diplomarbeit.pdf (uniquement en langue allemande; traduction de l'auteur).

[466] ***Contra*** : Ministère de la Justice du Canada (1998), *supra* note 114, p. 45 : « dans les cas où il y a une menace à un-bien, mais aucune menace apparente à la sécurité de la personne, il est peut-être plus difficile de conclure que l'emploi de la force mortelle est justifié ».

[467] Voir spécifiquement pour la défense des biens à ce sujet : Rapport Final – *Principes de base : recodification de la Partie générale du Code criminel du Code criminel du Canada. Rapport du Sous-comité sur la recodification de la Partie générale du Code criminel du Canada du Comité permanent de la justice et du Solliciteur général*, Fascicule numéro 11, 10 décembre 1992 et 2, 4, 16 février 1993, *ibid*, p. 51 : « [L]a formulation [en vigueur en 1993] de la défense des biens […] laisse à désirer ». [Il faudrait, en guise de solution,] « simplifier et codifier la défense des biens comme justification de l'emploi de la force *raisonnable* » (caractères italiques ajoutés) (ci-après « Rapport du Sous-comité »); Commission de réforme du droit (1982), *supra* note 90, p. 124; Côté-Harper, Rainville et Turgeon, *supra* note 7, p. 1172.

soigneusement divisés »[468] (« *neatly divided* »), peuvent faire sourire ou sourciller, notamment parce que « les [anciens] articles 40 et 41 se chevauchent considérablement »[469].

2.1.1 Avant la Réforme de 2013

[118] Dans le régime juridique d'avant la Réforme de 2013, l'article pertinent du *Code criminel* relatif à la défense des biens qu'il convenait d'appliquer selon le cas, parmi les anciens articles 38 à 42 C.cr.[470], « vari[ait] selon qu'il s'agi[ssai]t d'un bien meuble ou d'un bien immeuble, et, dans le cas d'un bien immeuble, selon qu'il s'agi[ssai]t d'une maison d'habitation ou d'un autre bien immeuble. Elle vari[ait] également selon la revendication du droit de possession tant du possesseur que de l'intrus ou du preneur »[471]. La Commission de réforme du droit du Canada résuma succinctement en 1982 le champ d'application de ces anciens articles[472]:

> En vertu de l'article 38, celui qui est en possession paisible de biens mobiliers est fondé à défendre sa possession contre un intrus. Selon l'article 39, celui qui est en possession paisible d'un bien mobilier en vertu d'un droit qu'il prétend avoir sur ce bien est fondé à défendre sa possession, même contre la personne qui y a légalement droit; mais il n'y est pas fondé s'il ne prétend pas avoir un tel droit. L'article 40 porte sur les maisons d'habitation, et l'article 41 sur les maisons et les immeubles en général. Enfin, l'article 42 traite de la revendication d'un droit sur une maison d'habitation ou sur un bien immobilier.

Selon nous, la proportionnalité était incluse implicitement dans plusieurs de ces articles par le biais de l'utilisation des termes de « force nécessaire ». Nous y reviendrons.

2.1.2 Après la Réforme de 2013

[119] La Réforme de 2013 vint non seulement remplacer les anciennes dispositions relatives à la légitime défense, mais aussi celles concernant la défense des biens avec un

---

[468] Kathol, *supra* note 195, p. 453 (caractères italiques ajoutés; traduction de l'auteur).
[469] Ministère de la Justice du Canada (1998), *supra* note 114, p. 44.
[470] Notons que les articles étaient les mêmes dans le *Code criminel* de 1955, ch. 51, 2-3 Elizabeth II 1953-1954, mais tel n'était pas le cas dans le *Code criminel* de 1892, ch. 29, 55-56 Victoria, le premier *Code criminel* du Canada, où les articles relatifs à la défense des biens y étaient prévus aux articles 48 à 54.
[471] Ministère de la Justice du Canada (1998), *supra* note 114, p. 44.
[472] Commission de réforme du droit (1982), *supra* note 90, p. 123.

« nouvel » article *unique* ayant « une portée très large »[473], l'article 35 C.cr., lequel vise à couvrir toutes les situations factuelles antérieurement couvertes par les articles 38 à 42 C.cr. Certaines décisions affirment à propos de la Réforme de 2013, et plus particulièrement concernant son impact sur la défense des biens, que « le nouvel article 35 du *Code criminel* est la codification d'une défense déjà existante et ne change pas fondamentalement l'application de celle-ci »[474]. Cependant, cette position ne saurait, à notre avis, emporter l'adhésion car « il n'est pas manifeste que le nouvel article 35 ne fait que reformuler et rendre plus intelligibles les règles de la défense relative à la défense des biens […]. *Comme c'est le cas pour la légitime défense* […], l'on peut en effet anticiper des cas où les circonstances dans lesquelles une base factuelle qui ne donnerait pas ouverture à la défense prévue au nouvel article 35 pourrait néanmoins paver la voie à une défense admissible en vertu des anciens articles 38 à 42 » [475] et vice-versa. La proportionnalité jouera d'ailleurs un rôle déterminant – et controversé sur le plan du droit comme nous le verrons – dans ce qui pourrait distinguer les conclusions à tirer sur l'applicabilité ou non de la défense des biens à une trame factuelle à la lumière des règles édictées soit par l'ancien ou le nouveau régime juridique.

[120] Pour qu'une personne accusée puisse invoquer la défense des biens en vertu du « nouvel » article 35 C.cr., il y a « quatre conditions cumulatives, qui doivent [...] toutes être rencontrées pour que [c]e moyen de défense soit accessible »[476]. La quatrième et dernière condition de la défense des biens est celle qui retiendra notre attention. Elle prévoit, en vertu de l'alinéa 35(1)d) C.cr., que la personne accusée doit avoir agi de façon *raisonnable* dans les circonstances[477]. Cela signifie qu'un possesseur paisible[478] est justifié d'appliquer une force raisonnable contre un intrus pour défendre cette possession. Il a été décidé par un tribunal que « [p]our être jugé raisonnable, l'acte posé doit se limiter à une

---

[473] *Cormier*, *supra* note 128, par. 47.
[474] *R. c. Caine*, 2014 QCCQ 8463, par. 25.
[475] *R. c. Duguay*, 2014 QCCQ 11041, par. 55 (caractères italiques ajoutés).
[476] *R. c. Poulin*, 2014 QCCQ 13476, par. 12.
[477] Alinéa 35(1)(d) C.cr.
[478] *R. c. Calmès*, 2021 QCCQ 1933, par. 81 : « La possession « paisible » désigne une possession qui n'est pas sérieusement contestée physiquement ou juridiquement par d'autres personnes »; voir également *Poulin*, *supra* note 476, par. 48; *R. c. George*, 2000 CanLII 5727 (ON CA), par. 40-48; *R. c. Born With a Tooth*, 1992 ABCA 244, par. 29.

conduite *nécessaire* pour éloigner l'intrus ou pour protéger ses biens »[479]. Or, ni la nécessité d'une riposte, ni sa proportionnalité qui plus est – même sous sa forme induite de « force nécessaire », n'apparaissent explicitement dans le libellé de l'article 35 C.cr.

2.2 La présence implicite de la proportionnalité *avant* la Réforme de 2013

[121] Certaines des dispositions portant sur la défense des biens, concernant soit les biens mobiliers ou les biens immobiliers, prévoyaient avant la Réforme de 2013 qu'une personne pouvait user de la force pour repousser un intrus dans la mesure où cette force ne dépassait pas la *force* qui est *nécessaire*[480]. Considérant l'absence de référence explicite à la proportionnalité dans les anciennes dispositions relatives à la défense des biens, il convient, ce faisant, d'examiner le rôle et la place de la proportionnalité, le cas échéant, qui lui étaient dévolus avant la Réforme de 2013.

2.2.1 L'*équivalence* des concepts de « force nécessaire » et de proportionnalité

[122] Comme nous avons vu précédemment lors de notre examen de la légitime défense[481], la jurisprudence a considéré que le concept de « force nécessaire » pouvait soit équivaloir à celui de proportionnalité[482] ou que la notion de « force nécessaire » pourrait inclure une exigence de proportionnalité[483]. Le même raisonnement s'applique à la défense des biens[484] alors que le terme de proportionnalité n'est mentionné explicitement à aucun moment dans le libellé des anciens articles 38 à 42 C.cr., mais que le concept de « force nécessaire » y apparaît à plusieurs endroits[485]. Partant, il n'y aurait pas, à notre avis et contrairement à ce qu'affirme un auteur[486], une référence explicite à la proportionnalité

---

[479] *Calmès*, *ibid*, par. 86; *R. c. Nida*, 2020 QCCQ 182, par. 96; *Corbeil c. R.*, 2018 QCCS 5177, par. 117, autorisation d'appel rejetée : 2019 QCCA 375; *R. c. Steimer*, 2020 QCCQ 2011, par. 50-52.
[480] Anciens par. 39(1), art. 40 et par. 41(1) C.cr.; Côté-Harper, Rainville et Turgeon, *supra* note 7, p. 1211; voir également *Vallée c. R.*, [1994] R.J.Q. 330, 334 (C.A.), par. 29.
[481] Voir le paragraphe [47] de ce mémoire.
[482] *Hebert*, *supra* note 174, par. 23; *Kong*, *supra* note 169, par. 66; voir également, plus récemment, *Hunter*, *supra* note 175, par. 16 .
[483] *Gilley*, *supra* note 176, par. 77; Fletcher (2000), *supra* note 140, p. 870.
[484] *R. c. Cardinal*, 2001 ABPC 92, par. 71 : « The second element or criteria for s. 40 is the *proportionality* of the force. In that section the force can as "as much force as is necessary" to prevent any person from forcibly entering the dwelling-house »; par. 72 : « *Proportionate* force is also an element or criteria applicable to s. 41(1). The force there is necessary force to prevent trespass » (caractères italiques ajoutés).
[485] Anciens par. 39(1), art. 40 et par. 41(1) C.cr.
[486] Weisbord (2018), *supra* note 271, p. 383.

dans certains des anciens articles relatifs à la défense des biens, mais la proportionnalité y serait plutôt incluse implicitement[487]. Puisque la proportionnalité impose, par le biais de l'utilisation des termes de « force nécessaire », une certaine limite à l'usage de la force dans le contexte de la riposte, il serait erroné d'affirmer, comme semble le prétendre Kathol, que le paragraphe 39(1) C.cr.[488], par exemple, permettrait l'utilisation de *toute* force nécessaire (« *the use of* whatever *force is necessary* »[489]) afin de récupérer un bien personnel. Le Rapport du Sous-comité sur la recodification de la Partie générale du Code criminel du Canada du Comité permanent de la justice et du Solliciteur général (ci-après 'Rapport du Sous-comité') publié en 1993 affirme, dans le même esprit que celui de Kathol, que le *Code criminel* alors en vigueur « ne limit[ait] *aucunement* le degré de force qu'on peut employer pour affirmer son emprise sur un bien »[490]. Cette compréhension du droit applicable serait erronée, à notre avis, si elle devait signifier qu'il n'y a pas de limite au-delà de laquelle la force ne serait plus acceptable car le moyen choisi pour l'exercice de la force nécessaire doit, selon Fletcher, correspondre à ce qui serait la force *minimale* dans les circonstances[491], ce qui impose un devoir de réserve à celui qui agit en riposte. Toutefois, la CSC apporte une nuance à cet égard en précisant dans l'arrêt *McKay* qu'elle ne souscrit pas à l'opinion « selon laquelle la défense des biens ne justifiera jamais à elle seule le recours à une force autre que minime contre un intrus »[492].

2.2.2 La *proximité* des concepts de nécessité d'un acte, de raisonnabilité et de proportionnalité

[123] L'affirmation susmentionnée de Kathol consistant à suggérer « l'utilisation de *toute* force *nécessaire* » dans le contexte de la défense des biens pourrait être adéquate s'il fallait la comprendre autrement, soit comme prévoyant l'encadrement (et la limitation[493]) de la

---

[487] Suivant le même raisonnement que pour la légitime défense pour laquelle « [l]a condition de proportionnalité […] n'est pas explicite mais implicite » (Lareau, *supra* note 35, p. 112), il en serait de même pour la défense des biens.
[488] Notons au passage que l'article 41(1) est sensiblement au même effet, mais qu'il porte sur les biens immeubles : *R. c. Wawatie*, 2002 CanLII 34646 (QC CQ), par. 24-25.
[489] Kathol, *supra* note 195, p. 465 (caractères italiques ajoutés).
[490] Rapport du Sous-comité, *supra* note 467, p. 49 (caractères italiques ajoutés).
[491] Fletcher (2000), *supra* note 140, p. 870.
[492] *R. c. McKay*, 2007 CSC 16, par. 2.
[493] Voir, par exemple, l'arrêt *Baxter*, *supra* note 194, p. 113: « the use of force […] is subject to the restriction that the force used is necessary ».

force par le critère de la *nécessité* d'un acte. Par souci de cohérence, cette dernière compréhension devrait être privilégiée, selon nous, car le concept de *raisonnabilité* de la riposte, qui impose aussi certaines limites à l'utilisation de la force, semble avoir pris naissance et avoir été appliqué en droit pénal canadien, incluant la défense des biens, *avant* même d'avoir été expressément prévu par la législation[494]. Or, comme nous avons vu précédemment dans le cadre de la légitime défense[495], la raisonnabilité et la nécessité d'un acte dans le contexte de la riposte sont des concepts partageant une certaine proximité sur le plan des idées; il en va de même pour la proportionnalité[496]. Cela est confirmé par la jurisprudence qui inclut dans l'arrêt *Boilard*[497], par exemple, au titre des conditions d'ouverture de l'ancien paragraphe 41(1) C.cr. que la force employée doive être *raisonnable* dans les circonstances alors que ce terme est absent de l'ancien régime juridique applicable à la défense des biens.

2.2.3 La *confusion* existant entre les concepts de « force nécessaire » et de nécessité d'un acte : le rôle incertain de la proportionnalité

[124] En 1998, le Ministère de la Justice du Canada donnait son interprétation de la signification des dispositions relatives à la défense des biens qui étaient alors en vigueur. Cette interprétation conclut que la défense des biens de l'époque permettait, sauf pour ce qui est de l'exception de l'ancien article 38 C.cr., l'emploi de la force mortelle pour la défense des biens : « La plupart des dispositions du régime actuel permettent implicitement l'emploi de la force mortelle (seul l'article 38 interdit de causer des lésions corporelles) en autorisant l'emploi de la force *nécessaire* pour défendre ses biens »[498]. Ce raisonnement

---

[494] Alinéa 35(1)d) C.cr.
[495] Voir le paragraphe [54] de ce mémoire.
[496] La Cour d'appel de l'Ontario dans l'arrêt *George*, *supra* note 478, mentionnait, au paragraphe 49, dans le contexte de l'application de l'ancien paragraphe 41(1) C.cr que « the amount of force used must be *reasonable* in the circumstances » s'appuyant pour faire cette affirmation sur l'arrêt *Baxter*, *supra* note 194, dans lequel la même cour écrivait, à la p. 113, que « the use of force in such force in such circumstances is subject to the restriction that the force used is necessary; that is, that the harm sought to be prevented could not be prevented by less violent means and that the injury or harm done by, or which might reasonably be anticipated from the force used is not *disproportionate* to the injury or harm it is intended to prevent » (caractères italiques ajoutés).
[497] *R. c. Boilard*, 2018 QCCA 1025, par. 11; voir également *Wawatie*, *supra* note 488, par. 26; *George*, *supra* note 477, par. 37; *Born With a Tooth*, *supra* note 478, par. 26.
[498] Ministère de la Justice du Canada (1998), *supra* note 114, p. 45 (caractères italiques dans la version originale).

nous apparaît bancal pour plusieurs raisons. Bien qu'il ne s'agisse que d'un détail stylistique et qu'il ne saurait à lui seul entraîner de conséquences substantielles pour l'interprétation du droit, il est tout de même indicatif de noter que le Ministère de la Justice du Canada n'a mis que le terme « nécessaire » en italique dans la citation qui précède tandis que le concept pertinent que le Ministère de la Justice du Canada semble vouloir plutôt mettre en exergue est celui de « force nécessaire ». Ce dernier se distingue du concept de *nécessité* de l'acte de défense, comme nous l'avons vu précédemment dans le chapitre sur la légitime défense[499]. Par ailleurs, en droit pénal français, lorsque la riposte répond à un dommage aux biens, le législateur exige en plus de la proportionnalité, la « stricte nécessité » de l'acte[500], ce qui ne fait que confirmer la distinction à faire entre ces deux concepts.

[125] Par conséquent, l'ancien régime juridique de la défense des biens ne permettrait pas, à notre avis, même implicitement, contrairement à ce qu'affirme le Ministère de la Justice du Canada, l'emploi de la force mortelle en autorisant le recours à la « force nécessaire » pour défendre ses biens, du moins dans le sens où l'entend le Ministère de la Justice du Canada, soit que « [l]es dispositions actuelles n'établissent pas de limite supérieure au *degré de force* autorisée pour défendre ses biens. La seule limite au degré de force autorisée est celle de la *force nécessaire* pour empêcher que les biens ne soient enlevés ou qu'il y ait intrusion sur la propriété »[501]. La compréhension du Ministère de la Justice du Canada de la relation entre ce qu'est le degré de force, d'une part, et ce que constitue la force nécessaire dans ce contexte, d'autre part, paraît être antinomique et erronée. En effet, la « force nécessaire » *requiert* que l'on s'attarde au *degré de force* qui a été employé en riposte, donc, par définition, à la proportionnalité de cette force[502]. De plus, l'utilisation de la « force nécessaire » implique une obligation de réserve quant à l'intensité du moyen choisi pour la riposte, intensité qui s'ajustera en fonction des circonstances[503]. Ainsi, le raisonnement du Ministère de la Justice du Canada pourrait être un des multiples

[499] Voir les paragraphes [56] et suivants de ce mémoire.
[500] Chavent, *supra* note 23, p. 440.
[501] Ministère de la Justice du Canada (1998), *supra* note 114, p. 53.
[502] *R. c. Gabriel*, 2001 CanLII 4016 (QC CQ).
[503] Fletcher (2000), *supra* note 140, p. 870.

exemples illustrant la confusion qui existerait, tant dans la doctrine que dans la jurisprudence (dont nous avons préalablement discuté dans le chapitre sur la légitime défense), entre le concept de « force nécessaire », qui soit inclut *en lui-même* la proportionnalité[504] soit constitue un concept équivalent à cette dernière[505], et le concept de nécessité de l'acte commis en riposte, qui lui « n'exige *pas* expressément que le tribunal détermine si le *degré de force* employée était proportionnel au préjudice que l'on voulait éviter »[506].

[126] Il est étonnant de voir que le Ministère de la Justice du Canada persiste et signe en ajoutant dans le même rapport que « [b]ien que le libellé des dispositions [relatives à la défense des biens] n'appuie pas cette interprétation, certains tribunaux ont *supposé* que [c]e moyen de défense comportait un critère de proportionnalité ou un critère de raisonnabilité »[507]. Même s'il est vrai qu'en vertu de l'ancien article 38 C.cr. le possesseur paisible ne doit pas infliger des lésions corporelles, incluant la mort, à un intrus[508], il n'en demeure pas moins que, contrairement à ce qu'affirme le Ministère de la Justice du Canada, ce n'est pas le seul article qui limite le recours à la force parmi les anciens articles relatifs à la défense des biens. Les tribunaux n'auraient, en fait, rien *supposé* du tout, pour reprendre le terme utilisé par le Ministère de la Justice du Canada, car le libellé même de certaines anciennes dispositions relatives à la défense des biens, nommément celui des paragraphe 39(1), de l'article 40 et du paragraphe 41(1) C.cr., inclut les termes de « force nécessaire », lesquels requièrent, par définition, la considération de la proportionnalité, comme nous venons de le voir ci-haut. Interprétée correctement, la « force nécessaire » implique l'application de deux exigences : « (1) that the means chosen be the minimal force necessary under the circumstances; and (2) that the force not be unreasonable or *disproportionate* relative the interest defended »[509].

---

[504] *Ibid*; *Gilley*, *supra* note 176, par. 77.
[505] *Hebert*, *supra* note 174, par. 23; *Kong*, *supra* note 169, par. 66.
[506] Ministère de la Justice du Canada (1998), *supra* note 114, p. 54 (caractères italiques ajoutés).
[507] *Ibid*, p. 52 (caractères italiques ajoutés).
[508] Commission de réforme du droit (1982), *supra* note 90, p. 127.
[509] Fletcher (2000), *supra* note 140, p. 870 (caractères italiques ajoutés); voir cependant la nuance apportée par la CSC dans l'arrêt *McKay*, *supra* note 492, par. 2, quant à l'utilisation de la force minimale.

2.3 L'inclusion de la proportionnalité au sein de certaines propositions de réformes législatives *avant* la Réforme de 2013

[127] À l'instar de notre analyse portant sur certaines des propositions suggérant des modèles de réforme pour la légitime défense, nous ferons le même exercice ici, de façon plus condensée (car les bases en ont déjà été jetées dans le chapitre sur la légitime défense), mais cette fois-ci pour la défense des biens, en mettant l'accent, tout comme l'approche qui a été adoptée pour la légitime défense, sur la place dévolue à la proportionnalité dans le cadre de ce moyen de défense.

2.3.1 La proportionnalité et le chevauchement de la défense des biens et de la légitime défense

[128] Il a été proposé en 1982 par la Commission de réforme du droit du Canada que l'application de la défense des biens soit exclue lorsque la force employée en riposte cause des lésions corporelles ou la mort[510] pour ainsi favoriser plutôt l'utilisation *exclusive* en pareils cas de la légitime défense[511]. La Commission de réforme du droit du Canada adopta substantiellement la même position en 1987 dans son Rapport 31, *Pour une nouvelle codification du droit pénal*[512]. De même pour le *Rapport du Sous-comité* publié en 1992 et 1993[513]. Si la proposition de la Commission de réforme du droit du Canada en 1982, notamment, avait été mise en vigueur en droit pénal canadien, elle aurait peut-être pu avoir l'avantage de mettre fin à un certain chevauchement dans l'application de ces deux moyens de défense[514], et ce, en les distinguant de façon tranchée. Cette approche aurait peut-être aussi pu coller admirablement, en théorie, à la compréhension qu'ont certains de ce que signifie l'absence de proportionnalité dans le « nouvel » article 35 C.cr. En effet, l'exclusion du champ d'application de la défense des biens d'une riposte causant des lésions corporelles ou la mort pourrait, sur le plan des principes, justifier plus aisément l'absence d'exigence de proportionnalité dans le libellé de ce dernier article dans la mesure

---

[510] Commission de réforme du droit du Canada, *supra* note 72, p. 124.
[511] Ministère de la Justice du Canada (1998), *supra* note 114, p. 45.
[512] Commission de réforme du droit du Canada, Rapport 31 (1987), *supra* note 279, p. 44.
[513] Rapport du Sous-comité, *supra* note 467, p. 51.
[514] Voir, par exemple, Quigley (1994), *supra* note 118, p. 11 : « [M]ême si dans bon nombre de situations on pourra invoquer les deux moyens de défenses parce qu'il y a à la fois menaces contre la personne et menaces contre les biens »; voir également *Cormier*, *supra* note 128, par. 50 et 61; Roach, *supra* note 128, p. 293.

où cette exigence pourrait y devenir inutile, ou moins pressante, en comparaison avec la légitime défense où elle y jouerait toujours un rôle, potentiellement[515] prépondérant (comme c'est le cas actuellement), dans l'évaluation de la riposte. Vu sous cet angle, l'utilisation de la proportionnalité dans la légitime défense servirait alors, en quelque sorte, de Mur d'Hadrien[516] ou de Mur d'Antonin[517] juridiques, soit de rempart contre la barbarie d'une liberté à tout crin qui permettrait, à toute fin pratique, à toute personne de faire ce que bon lui semble en réponse à une agression physique ou face à la menace d'une telle agression.

2.3.2 L'interaction entre les exigences de raisonnabilité et la proportionnalité

[129] Certains, comme le sous-comité parlementaire sur la nouvelle codification du *Code criminel*[518], soutiendront que le fait d'interdire l'utilisation de la force mortelle restreindrait de façon arbitraire le recours à la défense des biens. Ceux-ci estiment que « [l]e critère de l'emploi de la force *raisonnable* »[519], lequel n'était cependant pas prévu expressément par le *Code criminel* à l'époque, mais uniquement par « certains tribunaux »[520], « évitera[it] les abus de ce moyen de défense »[521]. Le critère de raisonnablité servirait alors de garde-fou juridique pour délimiter l'application de ce moyen de défense, sans qu'il y ait besoin d'interdire l'utilisation de la force mortelle *en toutes circonstances.* Au critère de raisonnabilité s'ajouterait celui de proportionnalité, selon Quigley, pour qui les exigences relatives à ces deux critères « devraient suffire pour permettre aux juges des faits de déterminer si le degré de force utilisé dans les circonstances était excessif »[522]. Cela nous fait nous demander quels critères devraient être retenus, selon ce que nous venons de voir,

---

[515] N'oublions pas que la proportionnalité prévue à l'alinéa 34(2)g) C.cr. est un « facteur » dont il faut tenir compte, parmi les autres facteurs inclus dans une liste non exhaustive, pour l'évaluation du caractère raisonnable de l'acte commise en riposte (par. 34(2) C.cr.). La proportionnalité n'est plus une condition d'ouverture comme elle l'était avant la Réforme, donc la proportionnalité est *potentiellement* déterminante désormais.
[516] Le mur d'Hadrien fut construit sur les ordres de l'empereur romain Hadrien pour se protéger des Pictes, tribu celtique considérée comme barbare ayant vécu en Écosse.
[517] Le mur d'Antonin fut construit sur les ordres de l'empereur romain Antonin le Pieux pour doubler la fortification déjà construite par son père, l'empereur Hadrien.
[518] Ministère de la Justice du Canada (1998), *supra* note 114, p. 54.
[519] Rapport du Sous-comité, *supra* note 467, p. 52.
[520] Ministère de la Justice du Canada (1998), *supra* note 114, p. 52.
[521] Rapport du Sous-comité, *supra* note 467, p. 52.
[522] Quigley (1994), *supra* note 118, p. 16 (caractères italiques ajoutés).

afin de bien circonscrire l'application de la défense des biens à un acte commis en riposte : la raisonnabilité seule ou la combinaison de la raisonnabilité et de la proportionnalité ? De plus, ce qui précède soulève la question de savoir si le champ d'application de ces deux critères se chevauchent ou s'ils sont distincts ? Nous y reviendrons. Chavent indique que « [r]efuser l'homicide volontaire comme défense possible revient à admettre que ce résultat est foncièrement disproportionné à une atteinte, aussi grave soit-elle, contre les biens, et à reconnaître une présomption irréfragable de disproportion en ce cas précis »[523]. Le même raisonnement s'appliquerait à la liste d'exclusions, laquelle inclut l'infraction de meurtre, de la défense de contrainte. Ces exclusions empêchent les personnes accusées d'invoquer ce moyen de défense. Les infractions identifiées dans la liste d'exclusions de l'article 17 C.cr. ne seraient jamais considérées comme étant proportionnelles, peu importe la gravité de la menace reçue. Ces infractions sont la haute trahison ou la trahison, le meurtre, la piraterie, la tentative de meurtre, l'agression sexuelle, l'agression sexuelle armée, menaces à une tierce personne ou infliction de lésions corporelles, l'agression sexuelle grave, le rapt, la prise d'otage, le vol qualifié, l'agression armée ou infliction de lésions corporelles, les voices de faits graves, l'infliction illégale de lésions corporelles, le crime d'incendie, l'enlèvement ou la séquestration d'une jeune personne.

[130] La position susmentionnée du sous-comité parlementaire sur la nouvelle codification du *Code criminel* se trouve en porte-à-faux avec celle de « plusieurs tribunaux [qui] ont déclaré qu'***en règle générale***, la force mortelle ne peut jamais être justifiée pour défendre ses biens seulement, soutenant que la vie humaine et la sécurité de la personne doivent toujours prévaloir sur les intérêts à l'égard des biens »[524]. Que la force mortelle ne soit pas utilisée dans la majorité des cas, *en règle générale*, pour défendre un bien est une affirmation qui ne saurait soulever les passions ni même causer une controverse. En effet, cette position mi-figue mi-raisin, fade et générale, pour ne pas dire générique, pourrait n'être rien d'autre, vu sa banalité, qu'un songe creux qui serait du ressort de l'évidence. En effet, nul ne remettra en cause le fait que le droit pénal au Canada ne saurait, moralement ou en principe, légitimer, par exemple, une situation (que ce soit par exemple par le biais

[523] Chavent, *supra* note 23, p. 444 (caractères italiques ajoutés).
[524] Ministère de la Justice du Canada (1998), *supra* note 114, p. 45 (caractères gras ajoutés).

soit de la proportionnalité, de la raisonnabilité ou de la nécessité de l'acte) dans laquelle celui qui agit en riposte utilise un lance-roquettes pour trucider une personne qui aurait subtilisé son trousseau de clés ou aurait détruit son bricolage laissé en plan. Cela étant dit, cette position générale des tribunaux, si elle était rigoureusement décrite ici, donnerait quand même la possibilité d'utiliser de façon acceptable, à leurs yeux, la force mortelle pour défendre un bien, mais dans des cas *exceptionnels*.

2.3.2.1 L'*alternance* entre les exigences de raisonnabilité et de proportionnalité

[131] Le choix du législateur de ne pas inclure la proportionnalité dans le libellé du « nouvel » article 35 C.cr. n'est certainement pas dû au fait de ne pas avoir été au courant des recommandations faites par plusieurs organisations, dont des entités gouvernementales, de l'y ajouter[525]. Par exemple, l'une de ces propositions suggérait « d'adopter une des approches formulées par les tribunaux, à savoir que les nouvelles règles pourraient prévoir expressément que le degré de force employée doit être nécessaire et raisonnable **ou** *proportionnel* »[526]. Or, le « dialogue »[527] qui existe de façon harmonieuse, généralement, entre les tribunaux et le législateur pourrait avoir été un dialogue de sourds à cet égard car le législateur n'a pas inclus de proportionnalité de manière explicite dans l'article 35 C.cr. en dépit du fait que plusieurs des propositions faites par ces organisations allaient en ce sens.

2.3.2.2 Le *cumul* des exigences de raisonnabilité et de proportionnalité

[132] Une autre proposition de changement à apporter à l'ancien régime juridique de défense des biens suggérée par le modèle d'article de 1993[528] consistait à prévoir au projet

---

[525] Roach (2018), *supra* note 101, p. 388.
[526] Ministère de la Justice du Canada (1998), *supra* note 114, p. 52 (caractères gras, italiques et soulignement ajoutés).
[527] Fraser, Catherine A. « Constitutional Dialogues Between Courts and Legislatures: Can We Talk? » (2005) 14 *Forum Constitutionnel* 3, p. 7: « The relationship between courts and legislatures is often characterized in terms of a dialogue »; voir également Hogg, Peter W. et Allison A. Bushell. « The Charter Dialogue Between Courts and Legislatures (or Perhaps the Charter of Rights Isn't Such a Bad Thing After All » (1997) 35 *Osgoode Hall Law Journal* 75.
[528] *Propositions de modification du Code criminel (Principes généraux)*, *supra* note 286, p. 12 : « 38. (1) N'est pas coupable la personne qui, en possession paisible d'un bien fondée sur un droit dont l'existence est réelle ou prétendue telle, le défend si, dans les circonstances telles qu'elle les perçoit : […] *c*) son action est *raisonnable* et *proportionnée* à cette intervention » (caractères italiques ajoutés).

d'article 38 une « double exigence ayant trait au caractère raisonnable *et proportionnel* […] Au cours de l'enquête, on examinerait si l'emploi de la force était *raisonnable* dans les circonstances **et** si le recours à la violence contre une autre personne était *proportionnel* au préjudice que l'on voulait éviter, nommément l'intervention à l'égard du bien »[529]. Cette proposition nous permet de souligner la différence qui existe entre le champ d'application de la raisonnabilité, d'une part, et celui de la proportionnalité, d'autre part. S'il n'y avait aucune différence entre ces deux concepts et que ceux-ci étaient parfaitement synonymiques en droit, il aurait été inutile de spécifier l'utilisation *spécifique* faite pour chacun d'eux dans la proposition qui est avancée. Toutefois, il convient de noter que l'acception de la proportionnalité dans ce contexte précis se limiterait peut-être à la comparaison entre deux maux. Cette dernière acception pourrait alors ne pas inclure la considération de la *justesse* de la riposte, laquelle ajoute un élément *moral* à l'évaluation de la proportionnalité[530], car cet aspect serait couvert par l'évaluation du caractère raisonnable de l'acte. Toutes choses étant égales par ailleurs, ce que nous venons d'exprimer pourrait éventuellement expliquer (et justifier) cette proposition qui consiste à combiner à la fois la raisonnabilité et la proportionnalité, où cette dernière serait comprise uniquement, jusque dans une certaine mesure, dans sa dimension mathématique.

2.3.2.3 La *fusion* des exigences de raisonnabilité et de proportionnalité

[133] De façon complémentaire, Quigley suggère de modifier le projet d'article 38 susmentionné en y prévoyant plutôt que l'acte de la personne accusée commis en riposte devrait être « raisonnablement *proportionnel* », plutôt que « raisonnable *et* proportionnel » comme le suggère le modèle d'article de 1993, pour être couvert par la défense des biens. Cela mettrait l'accent, selon lui, « sur le fait que l'évaluation de la proportionnalité devrait être *souple* »[531]. La souplesse de l'évaluation de la proportionnalité dans le cadre de l'évaluation d'un acte commis en riposte serait, selon cet auteur, soutenue par le fait d'être évaluée à travers le prisme de la raisonnabilité. La CSC observait dans l'arrêt *Khill*, à

[529] Ministère de la Justice du Canada (1998), *supra* note 114, p. 52 (caractères gras, italiques et soulignement ajoutés).
[530] Coughlan (2008), *supra* note 8, p. 156. Pour la légitime défense, par exemple, voir Uniacke, *supra* note 23, p. 262-263
[531] Quigley (1994), *supra* note 118, p. 16 (caractères italiques ajoutés).

propos de la légitime défense (mais ce qu'elle exprime à ce sujet s'applique, à notre avis, tout autant à la défense des biens), que la Réforme de 2013 avait « accordé un degré sans précédent de *souplesse* aux juges des faits » et que « [c]ette souplesse *se manifeste* clairement par l'exigence d'évaluer le caractère *raisonnable* de la réaction de la personne accusée *par renvoi à une liste non exhaustive de facteurs* »[532]. Cette liste inclut notamment la proportionnalité à l'alinéa 34(2)g) C.cr. de la légitime défense post-Réforme de 2013. La comparaison de la proposition de Quigley avec l'observation de la CSC pourrait-elle signifier que l'absence de quelque facteur que ce soit au « nouvel » article de la défense des biens devrait être interprétée de manière *rigide* car elle n'inclut pas de proportionnalité de façon expresse ? Nous y reviendrons lors de notre discussion portant sur la défense des biens suite à la Réforme de 2013. Contentons-nous de dire pour l'instant que cela nous paraît peu probable considérant l'existence du critère de raisonnabilité qui est inclus au « nouvel » alinéa 35(1)d) C.cr.

[134] La proposition de Quigley, à savoir que l'acte de la personne accusée commis en riposte devrait être « raisonnablement proportionnel », semble aussi aller à contre-sens avec l'observation de la CSC voulant que l'évaluation de la raisonnabilité de cet acte, en vertu du « nouvel » alinéa 34(1)c) C.cr., puisse éventuellement s'appliquer à l'aide du facteur de proportionnalité prévu à l'alinéa 34(2)g) C.cr. Exprimé autrement, le cœur du binôme conceptuel « proportionnalité-raisonnabilité » est la proportionnalité pour Quigley, alors que c'est l'inverse pour ce qui est observé par la CSC. Cela s'ajoute au fait que le facteur de proportionnalité peut éventuellement ne pas être considéré du tout lors de l'application du « nouvel » article 34 C.cr. puisque l'utilisation des facteurs énumérés dans la liste du paragraphe 34(2) C.cr. est discrétionnaire. La formulation de Quigley présente aussi, selon nous, certains problèmes d'application. Comme nous l'avons mentionné en introduction, la proportionnalité se réfère, au-delà d'une simple équation mathématique, à une idée de *juste mesure*[533]. Par conséquent, la souplesse de la raisonnabilité, selon la

[532] *Khill*, *supra* note 91, par. 3 (caractères italiques ajoutés).
[533] Coquin, *supra* note 3, p. 50-51; voir également Piché, *supra* note 26, p. 554-555. « La proportionnalité utilisée en droit pénal se distingue donc de la notion mathématique en ce qu'elle est un instrument de comparaison entre valeurs humaines et non exclusivement chiffrables » : Chavent, *supra* note 23, p. 42. Cependant, son origine terminologique est mathématique: Chavent, *ibid*, p. 3.

compréhension de cet auteur, qualifierait, en quelque sorte, la proportionnalité. Cependant, la raisonnabilité en tant que facteur de souplesse dans la formulation de Quigley pourrait, à notre avis, faire double emploi avec la souplesse qui devrait déjà être induite par la juste mesure de la proportionnalité qui consiste, selon la définition que nous avons retenue, à évaluer la différence entre la nature et la gravité du préjudice dont on est menacé, d'une part, et la nature et la gravité de l'infraction commise en riposte.

2.4 L'absence d'une exigence explicite de proportionnalité *après* la Réforme de 2013

[135] La proportionnalité dans la défense des biens et dans la légitime défense n'a pas connu la même évolution à la suite de la Réforme de 2013. Même s'il aurait été légitime de s'attendre à une certaine similarité des changements apportés à ces deux moyens de défense quant au rôle donné à la proportionnalité, puisqu'ils ont tous les deux été l'objet de la même réforme législative, leur évolution a plutôt été *asymétrique* à cet égard. Plutôt que d'être prévue explicitement au sein de la disposition portant sur la défense des biens, comme ce fut le cas pour la légitime défense au paragraphe 34(2)g) C.cr., la proportionnalité n'a pas été incluse du tout, que ce soit de façon implicite (par l'inclusion de termes apparentés, par exemple) ou explicite, dans le libellé du « nouvel » article 35 C.cr. Cela nous fait nous interroger sur le sens et la place à donner à la proportionnalité dans le cadre de la défense des biens qui, à première vue, semble se distinguer de la légitime défense, à tout le moins pour ce qui est de la législation applicable.

[136] Contrastant avec le paragraphe 34(2) C.cr. qui enumère des facteurs précis, dont la proportionnalité, pour l'évaluation du caractère raisonnable de l'acte dans le cadre de la légitime défense, l'article 35 C.cr. ne prévoit aucun facteur et ne donne aucune indication sur ce qui est considéré être raisonnable en ce qui concerne la défense des biens[534]. Par conséquent, la proportionnalité jouerait pour la « nouvelle » défense des biens un rôle encore moins important que pour la légitime défense[535]. De plus, « ni la loi, ni la

[534] Voir, par exemple, Flynn, Alexandra et Estair Van Wagner. « A Colonial Castle : Defence of Property in *R. v. Stanley* » (2020) 98 *R. du B. can.* 2, p. 367.
[535] Roach, Kent. « Reforming Self-Defence and Defence of Property: Choices to Be Made » (2011) 57 *Crim. L.Q.* 151, p. 153-154.

jurisprudence [post-Réforme de 2013] ne propose de balises pour l'évaluation du caractère raisonnable du geste »[536]. La même conclusion avait été tirée, de façon générale, avant cette réforme, notamment par « la Commission de réforme du droit du Canada [, qui] recommandait [alors] de prévoir des limites précises [au *Code criminel*] quant au degré de force permis dans la défense des biens »[537]. La Commission de réforme du droit du Canada avait aussi proposé, de façon plus spécifique et toujours avant cette réforme, d'encadrer la défense des biens en suggérant que son application suive une approche subjective, laquelle prévoirait que « [l]e degré de force *raisonnable* dans les circonstances est affaire de jugement et [que] la personne qui emploie la force sera jugée sur sa perception des circonstances »[538]. Cette approche, selon le Ministère de la Justice du Canada, permettrait « d'évaluer chaque situation dans son contexte […] puisque c'est [elle] qui s'adapte[rait] le mieux aux erreurs quant à la nécessité d'utiliser la force et au degré de force requis »[539].

2.4.1 Les différentes interprétations du critère du caractère raisonnable

[137] La nature incertaine de l'évaluation à faire du caractère raisonnable de l'acte commis en riposte pour la défense des biens, suite à la Réforme de 2013, ouvre la porte à plusieurs interprétations possibles, parfois divergentes. Cela laisse aussi place à une certaine confusion et à une certaine contradiction entre les différentes approches mises de l'avant, et ce, à plusieurs niveaux. Par exemple, certains prétendront que l'évaluation du caractère raisonnable du paragraphe 34(2) C.cr. est la « codification de l'exigence de *nécessité* requise dans le libellé des anciennes dispositions de la défense des biens »[540], alors que d'autres affirmeront que « l'exigence que l'accusé ait agi de façon raisonnable dans les circonstances *incorpore* les concepts de force nécessaire, de juste mesure et de *proportionnalité* »[541], lesquels concepts sont différents, rappelons-le, du concept de

[536] *R. c. Hassani*, 2019 QCCQ 1820, par. 85; *Cormier*, *supra* note 128, par. 47 *in fine*.
[537] Quigley (1994), *supra* note 118, p. 16 (caractères gras dans l'original).
[538] Commission de réforme du droit du Canada, Rapport 31 (1987), *supra* note 279, p. 44 (caractères italiques ajoutés).
[539] Quigley (1994), *supra* note 118, p. 13.
[540] Santerre, Christine. « Interprétation circonstancielle » dans JurisClasseur Québec, coll. « Droit pénal général », *Légitime défense, obéissance à la loi et correction des enfants*, fasc. 15, Montréal, LexisNexis, no. 15.2, par. 28, à jour au 1er novembre 2017 (caractères italiques ajoutés).
[541] *Poulin*, *supra* note 476, par. 79 (caractères italiques ajoutés).

« nécessité » que nous avons vu précédemment[542]. Ajoutant à la confusion concernant l'évaluation du caractère raisonnable prévue au paragraphe 34(2) C.cr., certaines décisions jurisprudentielles prétendront que cette évaluation nécessite une analyse *objective modifiée*, qui exige d'étudier ce qu'une personne raisonnable aurait fait dans les mêmes circonstances que celles dans lesquelles s'est trouvée la personne accusée[543], alors que d'autres décisions jurisprudentielles diront que le caractère raisonnable de l'acte doit être évalué selon un standard *objectif*[544]. Par conséquent, on ne sait plus à quel saint se vouer. Cette situation est préoccupante car la question la plus cruciale en ce qui concerne la défense des biens sera souvent de décider si les actes de la personne accusée étaient raisonnables dans les circonstances[545].

2.4.1.1 La proportionnalité comme composante du critère du caractère raisonnable en droit pénal anglais

[138] La législation de certaines juridictions étrangères pourrait représenter un certain intérêt afin de clarifier la question de l'interprétation à donner au critère du caractère raisonnable du paragraphe 34(2) C.cr., mais l'aide donnée par la possibilité de recourir à des sources étrangères demeurerait, à notre avis, relativement limitée à cet égard. Par exemple, comme nous l'avons vu précédemment[546], l'article 3 du *Criminal Law Act 1967* de l'Angleterre et du pays de Galles prévoit qu'« [u]ne personne peut utiliser la force qui est *raisonnable* dans les circonstances pour prévenir un crime »[547]. Par *raisonnable*, des auteurs anglais expliquent qu'il s'agit de mesurer la *proportionnalité* de la riposte[548]. Ainsi, il serait possible, basé sur cette prémisse et par un raisonnement analogique[549], de pencher en faveur d'une interprétation du caractère raisonnable de l'acte qui *incorporerait* le

---

[542] Voir les paragraphes [56] et suivants de ce mémoire.
[543] *R. c. Schubert*, 2016 SKQB 137, par. 58; *R. c. Fleming*, 2014 ONCJ 26.
[544] *R. c. Keenan*, 2020 QCCQ 2534, par. 21.
[545] Roach (2018), *supra* note 101, p. 384.
[546] Voir le paragraphe [109] de ce mémoire.
[547] *Criminal Law Act* 1967, c. 58, art. 3 (R.-U.); version originale : « *A person may use such force as is* reasonable *in the circumstances in the prevention of crime* » (caractères italiques ajoutés).
[548] Herring, *supra* note 432, p. 283.
[549] Voir, par exemple, à propos de l'analogie en droit : Lafrance, Sébastien. « Une alternative possible à la conclusion du raisonnement par analogie comme fondement logique à la reconnaissance éventuelle de la protection constitutionnelle du droit de grève : la théorie conséquentialiste », texte primé lors de la première édition du concours organisé par la Chaire de rédaction juridique Louis-Philippe-Pigeon, 2011.

concept de *proportionnalité*[550], et non celle qui y verrait une codification de l'exigence de *nécessité*[551]. De plus, cette incorporation faite par le droit anglais et du pays de Galles n'aurait pas le désavantage de faire possiblement un lien fautif entre la jurisprudence de l'ancien et du nouveau régime juridique applicable à la défense des biens, comme nous le verrons plus loin.

[139] Cependant, il faut mettre un bémol en ce qui concerne l'étendue de l'aide qu'une telle analogie pourrait nous fournir dans la mesure où aucune *autre* indication utile n'est donnée dans le *Criminal Law Act 1967*, notamment à propos du degré de force qui pourrait être admissible pour prévenir un crime contre les biens[552]. Ce que nous savons cependant à propos du degré de force admissible, c'est qu'« [e]n matière de biens, le seuil de tolérance [quant à la force utilisée dans la riposte] est forcément revu à la baisse [en comparaison avec la légitime défense], car le juge ne peut admettre une riposte physique importante face à une atteinte patrimoniale »[553], si et seulement si cette atteinte ne vise uniquement qu'un bien[554]. Cette différence entre la légitime défense et la défense des biens concernant le seuil de tolérance de la force utilisée dans la riposte tient probablement du fait qu'en droit pénal canadien, notamment, il ne peut être raisonnable de tuer une autre personne pour empêcher un crime ne visant qu'un bien[555]. Les droits pénaux français[556], britannique[557] et australien[558], par exemple, vont dans le même sens. Le principe sous-jacent étant que l'intégrité physique a plus de valeur que les biens matériels. Il y aurait ainsi un jugement de valeur qui s'appliquerait *de façon différente* à la proportionnalité lorsqu'on l'applique soit à la légitime défense ou à la défense des biens. En d'autres termes, la dimension morale de la proportionnalité viendrait spécifiquement resserrer l'étau autour de ce qui serait

---

[550] *Poulin*, *supra* note 476, par. 79 (caractères italiques ajoutés).
[551] Santerre, *supra* note 540 (caractères italiques ajoutés).
[552] Leverick, *supra* note 16, p. 132.
[553] Grégory, *supra* note 40, p. 72.
[554] Kathol, *supra* note 195, p. 470.
[555] *Gunning*, *supra* note 422; *Gee*, *supra* note 231, p. 302; *R. c. Clark*, 1983 ABCA 64, par. 31 et 34; voir également l'arrêt de principe *Baxter*, *supra* note 194, p. 114 : « Firing at a mere trespasser is, of course, not justifiable […] killing or causing grievous bodily harm to a trespasser could only be justified in self-defence ».
[556] Coquin, *supra* note 3, p. 127 : « tuer volontairement pour défendre un bien sera toujours disproportionné ».
[557] Leverick, *supra* note 16, p. 131.
[558] Lambeth, Kenneth. « Dismantling the purported right to kill in defence of property » (2001) 5 *Southern Cross University Law Review* 82, p. 83.

permissible en tant que riposte pour la défense des biens tandis que la proportionnalité serait plus permissive, toutes proportions gardées (sans vouloir faire de mauvais jeu de mots), pour la légitime défense. Par exemple, la loi reconnaîtrait le droit d'employer une force fatale lorsque le danger comprendrait une combinaison d'une menace pour un bien et pour la personne[559] car la défense des biens serait alors englobée par, ou se fondrait à, la légitime défense vu la primauté de cette dernière sur la première en pareils cas[560].

2.4.1.2 La proportionnalité comme composante du critère du caractère raisonnable en droit pénal canadien

[140] La confusion qui existe dans l'interprétation à donner de ce qui est raisonnable ou non au sens de l'alinéa 35(1)d) C.cr. n'a pas empêché la Cour du Québec d'affirmer en 2021 dans la décision *Calmès*, affaire portant sur la défense des biens, que « la "*proportionnalité*" de la réaction fait partie des *facteurs* pertinents pour déterminer si le possesseur paisible a utilisé une force raisonnable »[561]. Cette observation nous mène au cœur de l'une des questions centrales quant aux composantes de la défense des biens à la suite de la Réforme de 2013. Cette question est la suivante : puisqu'elle n'apparaît pas de façon explicite dans le libellé du « nouvel » article 35 C.cr., la proportionnalité aurait-elle disparu de ce moyen de défense (auquel cas cette dernière décision de la Cour du Québec pourrait avoir commis une erreur en s'y référant dans ses motifs) ou bien la proportionnalité aurait-elle maintenant, de façon légitime d'un point de vue juridique, une présence que nous pourrions qualifier de fantomatique dans le sens où elle jouerait toujours un rôle pour ce moyen de défense, en dépit de son absence à l'article 35 C.cr., dans la détermination de la raisonnabilité d'un acte ? Si la réponse est affirmative, il y aura lieu de se pencher sur le rôle et la place qui lui sont attribués dans le « nouveau » régime juridique de défense des biens. Puisque l'intégration de la proportionnalité à l'article 35 C.cr. ne tient pas nécessairement de l'évidence, il sera utile de discuter du débat entourant cette question.

---

[559] Yeo, Stanley. « Killing in Defence of Property » (2010) 36 *Commw. L. Bull.* 281, p. 281 (ci-après « Yeo (2010b) ».
[560] Voir le paragraphe [115] de ce mémoire.
[561] *Calmès*, *supra* note 478, par. 91 (caractères italiques ajoutés).

[141] Si nous devions répondre par la négative à la dernière question posée ci-haut, un défendeur pourrait avoir, selon certains[562], un argument convaincant voulant que la proportionnalité ait été omise délibérément par le législateur à l'article 35 C.cr., ce qui en exclurait l'application. Cet argument a été soulevé, par exemple, par la personne accusée dans la décision *Spahan* de la Cour provinciale de Colombie-Britannique en 2014. Elle y soutenait que la « nouvelle » disposition du *Code criminel* concernant la défense des biens, l'article 35 C.cr., a une portée beaucoup plus large que la légitime défense car elle n'implique pas l'obligation statutaire de considérer la proportionnalité pour pouvoir invoquer ce moyen de défense[563]. Cet argument n'est pas nouveau en dépit du fait que la Réforme de 2013 venait tout juste d'entrer en vigueur, un an avant que cette décision ne soit rendue. Par exemple, un argument similaire avait été soulevé, et ce avant la Réforme de 2013, notamment par le *Rapport du Sous-comité* qui affirmait en 1993 que le critère de force nécessaire de l'époque « ne limita[ait] aucunement le degré de force qu'on peut employer pour affirmer son emprise sur un bien, [alors que pour] la légitime défense, il n'[était] permis d'employer que la force nécessaire pour se défendre »[564] *sous certaines conditions*. En réponse à l'argument de la personne accusée présenté dans *Spahan*, la poursuite affirma qu'une interprétation extensive (« *reading in* »[565]) devrait s'appliquer à ce « nouvel » article de la défense des biens pour y inclure la proportionnalité[566]. La Cour provinciale de Colombie-Britannique semble avoir partagé l'argument de la poursuite, puis elle ajoute de manière succincte : « [i]f Parliament had intended to include the factors set out in s. 34 in the assessment of reasonableness in s. 35, Parliament would have made it clear this was to be so. Parliament specifically codified those factors under s. 34 only. However, *proportionality <u>must</u> be a part of any assessment of reasonableness. "Reasonable in the circumstances" <u>means</u> that there is proportionality in the response when compared to the threat or perceived threat* »[567].

---

[562] Weisbord (2018), *supra* note 271, p. 383.
[563] *R. c. Spahan*, 2014 BCPC 180, par. 71.
[564] Rapport du Sous-comité, *supra* note 467, p. 49.
[565] Voir, par exemple, *Syndicat de la fonction publique du Québec c. Québec (Procureur général)*, *supra* note 229, par. 98 *in fine*; par. 115.
[566] *Spahan*, *supra* note 563, par. 75.
[567] *Ibid*, par. 87 (caractères italiques et soulignement ajoutés).

[142] À notre avis, le raisonnement relatif à la proportionnalité de la décision *Spahan*, lequel n'est pas propre à cette décision, pourrait poser un problème important d'interprétation législative que nous devons soulever : si la proportionnalité devait, comme le suggère cette décision, faire partie de toute évaluation du caractère raisonnable d'un acte et que, pour ce faire, elle devait être incluse dans la compréhension de l'alinéa 35(1)d) C.cr., comment pourrait-on alors justifier la présence explicite de la proportionnalité dans la légitime défense au paragraphe 34(2)g) C.cr. ? La proportionnalité prévue à ce dernier paragraphe ne deviendrait-elle pas alors totalement superfétatoire du seul fait que la proportionnalité pourrait, de façon *indépendante* du paragraphe 34(2)g) C.cr. et de façon *équivalente* à celle de la défense des biens, être incluse, *implicitement*, dans l'évaluation du caractère raisonnable de l'acte posé en légitime défense prévue à l'alinéa 34(1)c) C.cr., et ce, d'autant plus que le libellé respectif des alinéas 35(1)d) pour la défense des biens et 34(1)c) C.cr. pour la légitime défense sont parfaitement identiques ? De façon prosaïque, la proportionnalité du paragraphe 34(2)g) C.cr. ne se retrouverait-elle pas à être en pareil cas, de façon imagée, la troisième roue de la bicyclette car son inutilité dans les facteurs du paragraphe 34(2) C.cr., *si tel était le cas*, ne ferait alors, selon ce schème de pensée, aucune différence dans l'évaluation du caractère raisonnable de l'acte puisque la proportionnalité y serait considérée de toute façon par son inclusion *implicite* à l'alinéa 34(1)c) C.cr. ?

[143] En nous appuyant[568] sur le principe d'interprétation qui présume l'harmonie et la cohérence entre les dispositions d'une loi (plus particulièrement en ce qui nous occupe, les articles 34 et 35 C.cr.), lesquelles sont destinées à s'appliquer ensemble d'une façon logique et rationnelle[569], on ne pourrait alors avaliser ce raisonnement de la décision *Spahan* qui rendrait la proportionnalité du paragraphe 34(2)g) C.cr. caduque et non avenue. Il y a une différence notable pour ce qui est de la légitime défense entre le fait (qui a pu survenir par la mise en vigueur de la Réforme de 2013) de transformer le rôle de la proportionnalité en le faisant passer d'une condition essentielle à un facteur qui se trouve

---

[568] Le paragraphe 3(3) de la *Loi d'interprétation* fédérale, L.R.C. 1985, c. I-21, prévoit qu'à moins d'incompatibilité « toute règle d'interprétation utile peut s'appliquer à un texte de loi fédérale », donc au *Code criminel*.

[569] Sullivan, R. *Sullivan and Driedger on the Construction of Statutes*, 4e éd., Toronto, Butterworths, 2002, p. 262-263; *Friends of the Oldman River Society c. Canada (Ministre des Transports)*, [1992] 1 R.C.S. 3, p. 38; *Murphy c. Welsh; Stoddard c. Watson*, [1993] 2 R.C.S. 1069, p. 1079.

parmi une liste non exhaustive de facteurs, d'une part, et la possibilité de devoir conclure à son inutilité, d'autre part, ce à quoi mène inéluctablement le raisonnement de la décision *Spahan*. Cette dernière possibilité consistant à avoir adopté une disposition inutile ne pourrait avoir été l'intention du législateur car, comme le veut l'adage, « le législateur ne parle pas pour rien dire ». La présomption de l'effet utile[570] devrait donc suffire pour contrecarrer cette possible interprétation.

2.4.1.3 La proportionnalité et le caractère raisonnable : réconcilier l'irréconciliable (*deuxième partie*)

[144] N'y aurait-il pas alors une façon de s'assurer que l'interprétation relative à la proportionnalité dans la défense des biens et la légitime défense soit cohérente l'une avec l'autre contrairement à ce qui résulte du raisonnement tenu dans la décision *Spahan*, par exemple ? Il faut noter préalablement que la solution des deux concepts distincts de proportionnalité que nous avons proposée pour la légitime défense ne pourrait trouver application, d'une manière ou d'une autre, pour la défense des biens car il n'y a aucun rattachement *direct* possible du concept de proportionnalité à l'un des éléments de l'article 35 C.cr., principalement parce qu'il n'y a pas d'équivalent de l'article 34(2)g) C.cr., lequel prévoit explicitement la proportionnalité.

[145] La solution qu'il nous faudrait alors examiner pour inclure la proportionnalité à l'article 35 C.cr. serait de tenter de démontrer, et ainsi tenter de réconcilier ce qui semble a priori irréconciliable, soit que la proportionnalité doit faire partie, en effet, de toute évaluation du caractère raisonnable, comme le suggère maladroitement la décision *Spahan*. Selon nous, hors de cette solution, point de salut, vu l'absence de mention de la proportionnalité, de façon explicite, à l'article 35 C.cr. Cette proportionnalité « vivrait » à l'extérieur des paramètres du *Code criminel*. Comme pour la légitime défense[571], elle serait *subsumée* au concept de caractère raisonnable de l'acte, tout comme en Australie, par exemple, où l'exigence de proportionnalité, notamment, n'est plus, pour la défense des

---

[570] *Bell ExpressVu Limited Partnership c. Rex*, [2002] 2 R.C.S. 559, par. 37.

[571] Hay, *supra* note 188, p. 181 : « the *twin* requirements of necessity and proportion have largely been collapsed into one […] both of which are often *subsumed* by the term "reasonable" » (caractères italiques ajoutés).

biens, un élément séparé de l'analyse, mais elle est *subsumée* à la raisonnabilité (« *subsumed as an ingredient of reasonableness* »)[572]. Ce mode d'analyse qui lierait l'alinéa 34(1)c) C.cr. (pour la légitime défense), étudié précédemment, à l'alinéa 35(1)d) C.cr. (pour la défense des biens), soit de comprendre la proportionnalité dans un sens large, s'intègrerait dans l'analyse du caractère raisonnable des actes posés par la personne accusée. Puisque le libellé des alinéas 34(1)c) et 35(1)d) C.cr. est identique et que ces alinéas prévoient tous deux l'évaluation du caractère raisonnable, il n'y aurait alors aucune raison pour que ce mode d'analyse ne s'applique pas à la défense des biens. Ce qui s'applique à l'un devrait s'appliquer à l'autre. Le principe d'interprétation qui présume l'harmonie et la cohérence entre les dispositions d'une loi appuierait cette conclusion.

[146] Des renseignements utiles sur la façon d'interpréter la défense des biens peuvent être glanés à partir de la jurisprudence antérieure à la Réforme de 2013[573], et ce, même si selon certains, le droit applicable de l'époque « impos[ait] des limites plus strictes à l'emploi de la force en cas de légitime défense que lorsque quelqu'un veut défendre son bien »[574]. Cette jurisprudence, plus particulièrement celle concernant la proportionnalité, pourrait en principe, ou *devrait* selon certains[575], servir à déterminer le caractère *raisonnable* de la « nouvelle » défense des biens. Cependant, celle-ci pourrait éventuellement nous envoyer sur une fausse route pour ce qui est de l'interprétation (correcte) du droit, à tout le moins en théorie. Par exemple, il serait aisé de prétendre qu'il existe un lien entre la proportionnalité et le caractère raisonnable de l'acte de l'alinéa 35(1)d) C.cr. en se reposant simplement sur le lien qui avait été fait à cet égard par la CSC avant la Réforme de 2013[576]. Là où le bât pourrait blesser si cette avenue devait être empruntée, c'est que ce lien avait été établi à partir de dispositions qui incluaient dans ses fondements le concept de proportionnalité, de façon implicite notamment par l'utilisation des termes de « force nécessaire »[577]. Toutefois, le « nouvel » article 35 C.cr. n'inclut

---

[572] Lambeth, *supra* note 558, p. 107.
[573] Roach (2012), *supra* note 128, p. 296; Kathol, *supra* note 195, p. 454-455.
[574] Rapport du Sous-comité, *supra* note 467, p. 49-50.
[575] Roach (2018), *supra* note 101, p. 385.
[576] *Szczerbaniwicz*, *supra* note 422, par. 20; *Gunning*, *supra* note 422, par. 25.
[577] ***Contra*** : Canada. Chambre des Communes. *Débats de la Chambre des Communes*, 3ème sess., 40e Lég., Numéro 139 (4 mars 2011), Première lecture de la *Loi modifiant le Code criminel (arrestation par des citoyens et moyens de défense relativement aux biens et aux personnes)*, 2012, c. 9 (Honorable Robert

aucun de ces termes qui pourraient être considérés comme *équivalent* à la proportionnalité, par exemple les termes de « force nécessaire ». Certaines décisions judiciaires seraient tombées dans ce piège dressé par les règles de l'interprétation législative[578], s'il en est un.

[147] Par ailleurs, la CSC rappelait dans l'arrêt *Rawluk* que « le législateur est présumé ne pas s'écarter du droit existant "sans exprimer de façon incontestablement claire son intention de le faire" »[579]. N'est-ce pas précisément ce que le législateur aurait fait en l'occurrence, c'est-à-dire de s'exprimer de façon claire à propos de sa volonté de s'écarter du droit antérieur, en n'incluant pas la proportionnalité explicitement dans le « nouvel » article 35 C.cr., alors que celle-ci a été incluse de façon claire au paragraphe 34(2)g) C.cr. ? Par exemple, un député de la Chambre des communes, ancien ministre de la justice avait affirmé, en 2011 lors de la deuxième lecture du projet de loi qui donna naissance à la Réforme de 2013, que « la proportionnalité est un principe pertinent, voire un principe général, qui pourrait aussi s'appliquer aux cas de défense relativement aux biens »[580]. Même si « la fiabilité et le poids des débats parlementaires sont limités », il n'en demeure pas moins qu'ils sont « pertinents quant au contexte et quant à l'objet du texte législatif »[581]. De plus, les propositions d'amendements faites par le gouvernement en 1993 prévoyaient la proportionnalité dans la défense des biens[582]. Or, la proportionnalité n'a finalement pas été retenue dans le libellé de l'article 35 C.cr. en dépit des suggestions claires d'anciens acteurs proéminents de la scène politique canadienne. Par conséquent, la validité d'un argument fondé sur un regard *rétrospectif* concernant la jurisprudence

---

Nicholson, ministre de la Justice et procureur général du Canada) : « La nouvelle loi sur les biens, *tout comme celle en vigueur*, n'impose aucune limite explicite quant aux mesures pouvant être prises pour défendre des biens » (caractères italiques ajoutés). Toutefois, nous savons aujourd'hui que les tribunaux n'ont pas vu la chose du même œil.

[578] *Poulin*, *supra* note 476, par. 79 : « *Tenant pour acquis que les notions développées à l'époque de l'ancien article 41 C.cr. ont été incorporées au nouvel article 35(1) C.cr.*, l'exigence que l'accusé ait agi de façon raisonnable dans les circonstances *incorpore* les concepts de force nécessaire, de juste mesure et de *proportionnalité* » (caractères italiques et soulignement ajoutés). L'ancien article 41(1) C.cr. incluait les termes de « force nécessaire » tandis que le « nouvel » article 35 C.cr. n'inclut rien de la sorte.

[579] *Rawluk c. Rawluk*, [1990] 1 R.C.S. 70, p. 90 citant *Goodyear Tire & Rubber co. of Canada c. T. Eaton Co.*, [1956] R.C.S. 610, p. 614.

[580] Canada. Chambre des Communes. *Débats de la Chambre des Communes*, 1re sess., 41e Lég., Numéro 58 (1er décembre 2011), Deuxième lecture de la *Loi modifiant le Code criminel (arrestation par des citoyens et moyens de défense relativement aux biens et aux personnes)*, 2012, c. 9 (Honorable Irwin Cotler, député de la Chambre des communes, ancien ministre de la justice).

[581] *R. c. Morgentaler*, [1993] 3 R.C.S. 463, p. 484.

[582] Roach, *supra* note 535, p. 153-154.

antérieure à la Réforme de 2013 nous semblerait quelque peu critiquable car il serait possible d'attaquer ce lien, de manière légitime, en distinguant, avec la proportionnalité comme prisme d'analyse, les dispositions pertinentes qui étaient applicables avant la Réforme de 2013 de celle qui est applicable après celle-ci, et ce, en mettant l'accent sur l'absence de proportionnalité dans la « nouvelle » disposition.

[148] Qu'en serait-il alors d'un regard *prospectif* sur la jurisprudence qui interpréterait la place de la proportionnalité dans le « nouveau » régime de défense des biens ? Suite à l'entrée en vigueur de la Réforme de 2013, la Cour d'appel du Nouveau-Brunswick dans l'arrêt *Cormier* affirmait que « [c]'est la jurisprudence qui *devra* déterminer ce qui est raisonnable au sens de l'art. 35 »[583] car le législateur ne fournit aucune aide, comme nous l'avons vu, à cet égard. N'était-ce pas d'ailleurs ce qui était déjà la situation *mutatis mutandis* avant cette réforme car ce sont les *tribunaux*, et non le législateur, qui avaient alors « imposé des limites au degré de force qu'on peut employer pour défendre des biens [alors que] *ces limites [n'avaient] pas été codifiées* » ?[584]. Par conséquent, la détermination par la jurisprudence de la portée du caractère raisonnable au sens de l'alinéa 35(1)d) C.cr. pourrait alors s'incrire dans une certaine continuité avec la situation antérieure à la Réforme de 2013. Ce sont certains *tribunaux*[585], rappelons-le[586], qui avaient *supposé* que la défense des biens « comportait un critère de proportionnalité ou un critère de raisonnabilité », même si « le libellé des dispositions [relatives à ce moyen de défenses à l'époque] n'appu[yait] pas cette interprétation »[587]. Or, le critère de raisonnabilité est maintenant, depuis la Réforme de 2013, expressémment prévu par l'alinéa 35(1)d) C.cr. Il n'y aurait alors qu'un pas à franchir pour les tribunaux pour y inclure la proportionnalité s'ils devaient suivre l'approche interprétative qu'ils avaient eux-mêmes adoptée précédemment.

[149] Ainsi, prouver que la proportionnalité doit faire partie de toute évaluation du caractère raisonnable pourrait peut-être passer, hypothétiquement, par une décision

---

[583] *Cormier*, *supra* note 128, par. 48 (caractères italiques ajoutés).
[584] Rapport du Sous-comité, *supra* note 467, p. 49-50 (caractères italiques ajoutés).
[585] Ministère de la Justice du Canada (1998), *supra* note 114, p. 52 (caractères italiques ajoutés).
[586] Voir le paragraphe [132] de ce mémoire.
[587] *Ibid*, p. 52 (caractères italiques ajoutés).

judiciaire au Canada qui se reposerait sur un raisonnement par analogie, lequel ferait appel à la doctrine anglaise et du pays de Galles qui aurait plus ou moins récemment établi, comme nous l'avons vu précédemment, une *équivalence* entre le concept de caractère raisonnable et la mesure de la proportionnalité de la riposte, et ce, dans le contexte d'une disposition semblable, en partie, à l'article 35 C.cr.[588]. De plus, l'inclusion de la proportionnalité au caractère raisonnable de l'acte pourrait également s'appuyer, de façon indépendante ou concomitante à cette équivalence, sur le principe de common law voulant qu'une personne puisse avoir recours à un degré *proportionné* de force pour défendre un bien[589].

[150] Ce qui précède suffirait-il pour voir la proportionnalité être reconnue dans la jurisprudence, de façon incontestée et incontestable juridiquement, au sein du concept de « caractère raisonnable » de l'alinéa 35(1)d) C.cr. ? Cela reste à voir. Ce qui est certain pour l'instant, c'est que la jurisprudence antérieure à la Réforme de 2013 sera probablement invoquée par certains pour tenter d'imposer certaines limites à la « nouvelle » disposition sur la défense des biens. L'interdiction de recourir à l'utilisation de la force létale pour la protection d'un bien est déjà bien établie par la jurisprudence antérieure à la Réforme de 2013[590]. Cependant, pour inclure la même interdiction dans la défense des biens, il serait aussi possible pour les tribunaux de faire une interprétation extensive (« *reading in* ») de l'exigence de proportionnalité afin de ramener cette dernière dans le giron de la défense des biens à travers le concept de « caractère raisonnable » de l'acte prévu à l'alinéa 35(1)d) C.cr.[591]. Cette interprétation extensive pourrait prendre pied sur l'analogie ainsi que sur le principe de common law, qui ont été mentionnés au paragraphe précédent. Roach suggère que les tribunaux devraient avoir recours à une interprétation extensive pour inclure la proportionnalité à la défense des biens afin de prévenir le risque que certains puissent, si la proportionnalité n'y était pas incluse d'une façon ou d'une autre, tuer ou mutiler des personnes, en toute impunité du point de vue

[588] Herring, *supra* note 432, p. 283.
[589] *D.P.P. c. Bayer*, [2003] EWHC Admin 2567, par. 21.
[590] *Cormier*, *supra* note 128, par. 48.
[591] Roach (2018), *supra* note 101, p. 386.

légal, simplement pour protéger un bien[592]. Même si le recours à une interprétation extensive pourrait éventuellement être qualifié par certains d'activisme judiciaire dans le sens où elle pourrait faire dire à l'article 35 C.cr. ce qu'il n'exprime pas explicitement, cela ne signifierait pas pour autant que cet activisme, si nous devions l'appeler ainsi, soit nécessairement péjoratif et contre-productif en toutes circonstances[593].

2.4.2 *Permis de tuer*[594] pour la défense d'un bien : la proportionnalité au cœur d'une controverse juridique

[151] De façon similaire à la défense de nécessité à propos de laquelle la CSC avait affirmé dans l'arrêt *Latimer* que « [s]ur le plan conceptuel, il est difficile d'imaginer une situation où l'exigence de proportionnalité pourrait être respectée dans le cas d'un homicide »[595], la Cour d'appel du Nouveau-Brunswick, par exemple, affirma dans *Cormier* concernant la défense des biens qu'« il est difficile de concevoir comment un tribunal pourrait jamais conclure que le fait d'avoir tué une personne <u>dans le seul but</u> de défendre un bien constitue une réaction raisonnable dans les circonstances »[596]. Cette conclusion n'est pas propre à l'interprétation juridique du « nouvel » article 35 C.cr. car le même raisonnement avait été tenu par certains avant la Réforme de 2013[597]. Toutefois, rappelons que d'autres avaient aussi soutenu avant cette réforme que le fait d'interdire l'utilisation de la force mortelle restreindrait de façon arbitraire le recours à la défense des biens[598]. Le fait pour une personne de tuer délibérément une autre personne seulement pour défendre son bien est une question controversée[599].

---

[592] *Ibid*, p. 388.
[593] Pour une vue d'ensemble, voir Bedi, Shruti et Sébastien Lafrance. « The Justice in Judicial Activism: Jurisprudence of Rights and Freedoms in India and Canada » dans Salman Khurshid, Lokendra Malik et Yogesh Pratap Singh, *The Supreme Court and the Constitution – An Indian Discourse*, Wolters Kluwer, Haryana, 2020.
[594] Il s'agit ici d'une allusion au film britannique *Permis de tuer (Licence to Kill)* de la série des films James Bond. L'idée a été empruntée (et traduite) du titre d'un des articles récents de Noah Weisbord, *supra* note 127.
[595] *Latimer*, *supra* note 37, par. 40.
[596] *Cormier*, *supra* note 128, par. 50 (soulignement dans la version originale).
[597] Kathol, *supra* note 195, p. 465 : « It is difficult to conceive of a situation where killing would be justified in defence of personal property ».
[598] Ministère de la Justice du Canada (1998), *supra* note 114, p. 54.
[599] Haysom, N. « Licence to Kill Part I : The South African Police and the Use of Deadly Force » (1987) 3 *South African Journal on Human Rights* 1, p. 12-13 (ci-après « Haysom Part I »).

[152] Deux auteures affirmaient en 2020 qu'il n'y a pas eu à ce jour de décisions judiciaires concernant les effets de la suppression de la proportionnalité de la défense des biens[600]. Cela n'est pas tout à fait exact. Bien qu'il n'y ait pas une myriade de décisions à ce sujet, il n'en demeure pas moins qu'il y en a eu au moins une, l'arrêt *Cormier* précité. L'omission par le législateur d'inclure le concept de proportionnalité à l'article 35 C.cr. permettrait théoriquement de blesser grièvement ou même de tuer une personne uniquement pour défendre des biens[601]. Selon cette interprétation de l'article 35 C.cr., l'absence de critère de proportionnalité n'imposerait pas l'obligation à celui souhaitant éviter un préjudice d'avoir une réponse proportionnée quant au dommage qu'il causerait. Cela permettrait à une personne de commettre tout acte de représailles à l'encontre de celui qui a causé le dommage initial, y compris la mort. Cela étant dit, le cœur[602] de la défense des biens exige qu'une riposte doive être « raisonnable dans les circonstances » tel que le prévoit par l'alinéa 35(1)d) C.cr., ce qui pourrait mettre un certain frein à la légitimité d'une telle proposition théorique. Toutefois, si cette proposition théorique devait devenir l'état du droit, l'orientation donnée par le libellé de l'article 35 C.cr. ne serait pas suffisante, comme nous l'affirmions initialement, particulièrement parce que l'exercice d'une force létale pour défendre un bien est une question trop chargée de valeurs et une question trop controversée, comme le souligne Yeo dans un autre contexte, pour ne pas exiger du législateur qu'il édicte des règles claires et détaillées en la matière[603]. Il faut aussi noter derechef que les questions relatives au poids incommensurable du jury que nous avons soulevées précédemment auraient une importance déterminante en pareille matière.

---

[600] Flynn et Van Wagner, *supra* note 534, p. 369-370.
[601] Roach (2012), *supra* note 128, p. 281; voir également *Cormier*, *supra* note 128, par. 49-50. Dans ce dernier arrêt, la Cour d'appel du Nouveau-Brunswick, entre autres, semble attribuer, au paragraphe 49 *in fine*, cette conclusion découlant de l'absence de la proportionnalité dans la défense des biens à Kent Roach, *ibid*. Cependant, la même conclusion avait été exprimée dans une publication un an avant que Kent Roach ne publie son article. Voir, par exemple, Roach, *supra* note 535, p. 153-154 : « the abandonment of a proportionality requirement would seem to leave the door open to actually shooting trespassers ».
[602] Roach, *ibid*, p. 278.
[603] Yeo (2010b), *supra* note 559, p. 292.

2.4.2.1 L'approche binaire du droit pénal canadien

[153] Les limites imposées à l'usage de la force dans le cadre de la défense des biens n'excluraient pas pour autant la possibilité de faire usage d'une certaine violence, de façon légitime, pour protéger un bien[604], comme de donner un « coup de poing à un voleur pour l'empêcher de repartir avec l'objet de son larcin »[605]. On pourra alors se demander, comme le fait Lafontaine, « si des lésions corporelles seront toujours de gravité supérieure à des dommages à la propriété »[606]. La réponse à donner à cette question n'est pas aussi simple qu'il n'y paraît. En effet, même s'il y a une tendance lourde en droit pénal canadien à voir les choses généralement de façon binaire en matière de défense des biens (soit de considérer la vie humaine comme étant intrinsèquement supérieure à la valeur d'un bien peu importe sa nature), une approche plus nuancée que cette approche binaire, comme l'indique Finn[607], serait non seulement appropriée, mais nécessaire. Rappelons l'exemple donné par Leverick qui souligne avec justesse que « it is not obviously a categoric truth that any individual's life is of more intrinsic worth than any item of property. Is it necessarily *unreasonable* to kill a terrorist if such is the only means of preventing the destruction of priceless historic artefacts ? »[608]. Notons que ce scénario factuel n'est pas qu'hypothétique[609]. Si ce scénario devait survenir sur le territoire canadien, la réponse à donner à cette question pourrait être différente selon que l'on doive considèrer l'ancien ou le nouveau régime juridique applicable à la défense des biens. La proportionnalité de nature plus rigide dans l'ancien régime exclurait plus que probablement la protection accordée par la défense des biens dans un tel cas, alors que tel ne serait pas nécessairement le cas selon le nouveau régime de défense des biens considérant la souplesse plus accrue du concept de « caractère raisonnable ». Il s'agit d'une question de degré dans la mesure de la proportionnalité ou de la raisonnabilité.

---

[604] Maleki, *supra* note 36, p. 19; Leverick, *supra* note 16, p. 134.
[605] Grégory, *supra* note 40, p. 60.
[606] Lafontaine, Fannie. JurisClasseur Québec, Collection Droit pénal, Droit pénal général, Fascicule 16 : « Nécessité, contrainte et impossibilité », feuilles mobiles, Montréal, LexisNexis, 2013.
[607] Finn, *supra* note 130, p. 108.
[608] Leverick, *supra* note 16, p. 136 (caractères italiques ajoutés).
[609] Voir, par exemple, BBC, « Islamic State statue-smashing in Iraq was 'war crime', UN says », 27 février 2015, en ligne : https://www.bbc.com/news/world-middle-east-31663557.

2.4.2.2 La relativité de l'évaluation du degré de force utilisée

[154] Le degré de force justifiable dans la défense d'un bien devrait varier, selon la décision *Gilley*[610], en fonction de la nature du bien défendu. Toutefois, le degré de force permis pour la riposte peut être difficile à évaluer dans certains cas, car il pourrait être sujet à devoir s'ajuster en fonction des circonstances de chaque individu sans compter le fait que la réalité socio-économique de chaque individu pourrait également ne pas être la même entre différentes personnes. Par exemple, « une petite somme d'argent ne peut justifier qu'elle soit défendue ardemment », en principe, mais qu'en est-il d'une situation où cette somme représenterait « la seule économie d'une personne »[611], l'économie de toute une vie[612] ? La perte de plusieurs milliers de dollars fait certainement moins de tort à un millionnaire qu'à une personne dont c'est l'économie de toute une vie[613]. Par conséquent, il y a fort à parier que l'*intensité* de la riposte de ce millionnaire, même s'il était l'individu le plus avare et grippe-sou, en comparaison à la riposte de celui pour qui cette somme représente les économies d'une vie serait probablement fort différente. Il est probable, en effet, que ce dernier soit plus enclin, en théorie, à commettre une infraction sérieuse, un tort irréparable, comme une infraction de meurtre, que le premier. Dans ce cas, la gravité du préjudice subi serait certainement beaucoup plus élevée pour ce dernier, pour qui cette situation aurait pu le pousser dans ses derniers retranchements, que pour le premier.

2.4.2.3 La proportionnalité comme forme d'injustice

[155] L'évaluation *objective* de la proportionnalité de la riposte, requise pour la défense des biens[614], pourrait donner lieu à une certaine forme d'injustice par l'application du critère de la personne raisonnable placée dans les mêmes circonstances que la personne accusée. Pour pallier à cette injustice, il serait peut-être judicieux de suggérer l'inclusion d'une certaine *subjectivité* dans l'application de ce critère, comme la situation financière

---

[610] *Gilley*, *supra* note 176, par. 78.
[611] Maleki, *supra* note 36, 2001, p. 204; Grégory, *supra* note 40, p. 71.
[612] Hay, *supra* note 188, p. 321-322.
[613] *Ibid*, p. 263-264.
[614] Voir, par exemple, *Brandon*, *supra* note 450, par. 11, 14 et 19 *in fine*.

de la personne agressée. Cette question mérite certainement d'être posée[615]. Nous sommes tenté de nous rallier à l'opinion de Hay, un auteur britannique, qui suggère que la seule solution viable en pareils cas serait alors d'appliquer la souplesse du critère du caractère raisonnable[616]. Le critère britannique du caractère raisonnable consiste en une norme objective de l'homme raisonnable, lequel posséderait la connaissance *subjective* de la personnelle réelle impliquée[617]. Le critère du caractère raisonnable a été décrit jusqu'à présent dans ce mémoire, du moins en ce qui concerne le droit pénal canadien, comme la source de multiples problèmes, particulièrement en ce qui concerne la proportionnalité, mais il pourrait ici faire office de solution. Hay soumet l'idée qu'il y aurait des situations où la perte d'un bien serait un préjudice d'une telle énormité que le meurtre pourrait être, dans ces circonstances, justifié[618]. Cela nous mène alors à l'épineuse question de savoir s'il y a des circonstances en matière de défense des biens lors desquelles la force mortelle pourrait être acceptable d'un point de vue légal[619]. De façon plus précise, pourrait-il y avoir des circonstances où la mort de l'agresseur serait proportionnelle à la valeur des biens que l'on cherche à protéger[620]?

2.4.2.4 L'opposition des concepts de proportionnalité et de raisonnabilité

[156] Bien que le principe voulant qu'il ne puisse être raisonnable de tuer une autre personne pour empêcher un crime ne visant qu'un bien[621] semble bien ancré dans la common law[622], il n'en demeure pas moins intéressant de se pencher sur la question de

---

[615] Hay, *supra* note 188, p. 263 : « The crucial problem remains precisely this question of the ultimate standard to be applied. Should it be objective and fixed, or measured according to a subjective standard, linked to the particular circumstances of the property owner ? ».
[616] *Ibid*, p. 264.
[617] Getzler, *supra* note 143, p. 154-155.
[618] Hay, *supra* note 188, p. 262.
[619] Leverick, *supra* note 16, p. 134.
[620] Yeo, Stanley. « African Approaches to Killing in Defence of Property » (2008) 41 *Comp. & Int'l L.J. S. Afr.* 339, p. 339 (« ci-après Yeo (2008) »); Yeo (2010b), *supra* note 559, p. 281.
[621] *Gunning*, *supra* note 422; *Gee*, *supra* note 231, p. 302; *Clark*, *supra* note 554, par. 31 et 34; voir également l'arrêt de principe *Baxter*, *supra* note 194, p. 114 : « Firing at a mere trespasser is, of course, not justifiable […] killing or causing grevious bodily harm to a trespasser could only be justified in self-defence ».
[622] *Jones c. Tresilian* (1670) 86 E.R. 713 (Twisden J.) : « You cannot justify the beating of a man in defence of your possession, but you may say that you did molliter manus imponere, etc. »; décision disponible dans Hepburn, Charles M. *Cases on the Law of Torts – Selected from Decisions of English and American Courts*, St. Paul, West Publishing Company, 1915, p. 191; Lambeth, *supra* note 558, p. 83 : « At common law, Judeo-Christianity still underpins the sanctity of human life ».

savoir si le droit criminel pourrait, ou même devrait, justifier le recours à une force létale pour défendre un bien, et ce même s'il est difficile de répondre à cette question vu l'existence de plusieurs approches différentes à cet égard[623]. Plus spécifiquement, Yeo se demandait en 2008 (sans savoir, faut-il le mentionner, ce qu'allait devenir la Réforme de 2013 quelques années plus tard), si la loi devrait autoriser l'utilisation de la force létale dans la mesure où cela serait *raisonnable* et nécessaire et en faisant fi, par la même occasion, de la *proportionnalité* ou bien devrait-il y avoir une règle générale interdisant le de tuer pour la défense de la propriété, et ce, en toutes circonstances[624]? Cette idée de Yeo d'appliquer un critère de raisonnabilité pour évaluer l'utilisation de la force létale pour défendre un bien sans qu'il n'y ait de proportionnalité qui soit prévue dans ce contexte ressemble drôlement à ce qui se dégage littéralement de l'article 35 C.cr.

2.4.2.5 La possibilité d'utiliser la force létale pour défendre un bien dans certains États du Commonwealth : l'exemple de l'Afrique du Sud

[157] Tout en reconnaissant que cela contreviendrait à la tradition juridique de common law ayant cours au Canada voulant que la vie ait plus de valeur qu'un bien, cela ne serait pas la première fois où une juridiction apporterait un changement à cette approche et ferait le choix conscient de permettre l'utilisation de la force létale pour défendre un bien. Rappelons que les États membres du Commonwealth n'ont pas tous une approche uniforme à ce sujet. Certains d'entre eux reconnaissent le droit d'utiliser la force létale pour la défense d'un bien en autant que cela soit raisonnablement nécessaire et sans se reposer sur un critère de proportionnalité, tandis que d'autres États refusent de façon péremptoire de donner accès à ce droit[625]. De plus, il ne faut pas oublier les États qui adoptent une position intermédiaire à ces deux dernières positions, lesquelles se situent aux deux extrêmités de l'éventail[626]. Une de ces positions intermédiaires consiste à permettre, par exemple, l'usage

---

[623] Yeo (2008), *supra* note 620, p. 351; Yeo (2010b), *supra* note 559, p. 281.
[624] Yeo (2008), *ibid*.
[625] Le Canada est un bon exemple de pays ayant refusé de reconnaître un tel droit, du moins jusqu'à ce que la Réforme de 2013 soit mise en vigueur (car la jurisprudence pourrait évoluer dans plusieurs directions à ce sujet en ce qui concerne la défense des biens depuis lors); Yeo (2010b), *supra* note 559, p. 292; voir également p. 282; Yeo (2008), *supra* note 620, p. 340.
[626] Yeo (2010b), *ibid*, p. 292; voir également p. 282; Yeo (2008), *ibid*, p. 340.

d'une force létale mais seulement en réponse à certains types d'infractions[627]. Considérant notre observation précédente voulant que le législateur canadien pourrait avoir souhaité rendre la défense des biens disponible, par la mise en vigueur de la Réforme de 2013, aux situations où la force létale est utilisée pour défendre un bien, prenons quelques instants pour examiner en détail, particulièrement en ce qui concerne la question de la proportionnalité, le raisonnement juridique formulé par une cour de justice d'une juridiction qui a permis, dans une certaine mesure, une telle possibilité : l'Afrique du Sud.

[158] La décision de principe de l'Afrique du Sud qui a permis l'utilisation de la force létale pour défendre un bien est la décision *Ex parte Die Minister van Justisie : In re S v Van Wik*[628] de la Cour d'appel de l'Afrique du Sud. Cette décision a été rendue en 1967, mais elle n'en est pas moins pertinente aujourd'hui[629]. Il s'agit d'une affaire où un commerçant modifia un fusil de chasse et installa un mécanisme pour faire en sorte qu'une personne qui entrerait dans son magasin par effraction déclencherait automatiquement l'arme. L'arme était placée d'une manière qui, selon ce commerçant, ne blesserait l'intrus qu'à la jambe. Un avis avertissant de la présence du piège avait été aussi placé sur la porte du magasin[630]. Une personne est entrée par effraction dans le magasin déclenchant ainsi l'engin. Elle reçut une blessure mortelle. Accusé de meurtre, le commerçant invoqua la légitime défense et fut acquitté sur ce chef d'accusation. Dans cette affaire, la poursuite n'a pas réussi à prouver qu'il existait un moyen moins dangereux, mais efficace, que la

---

[627] Voir, par exemple, l'article 103 du *Code pénal* de l'Inde « *When the right of private defence of property extends to causing death*. The right of private defence of property extends […] to the voluntary causing of death or of any other harm to the wrong-doer, if the offence [is] an offence of any of the descriptions hereinafter enumerated, namely: […] Robbery; […] House-breaking; […] Mischief by fire [and] Theft, mischief or house-trespass ».Yeo (2010b), *ibid*, p. 285-286 : « Arguably, by the standards of any society, this [article 103] extends the right to kill in defence of property too far ». L'Inde est l'un des pays permettant l'utilisation de la force létale pour la défense des biens dans le plus grand nombre de circonstances : Yeo, *ibid*, p. 290.

[628] 1967 1 SA 488 (ci-après « *Van Wyk* »).

[629] Voir, par exemple, Kagwere, Itai Ayah. « There is an intruder on my stoep : Do defensive acts amount to vigilantism? » *De Rebus* (1er mars 2021), en ligne : https://www.derebus.org.za/there-is-an-intruder-on-my-stoep-do-defensive-acts-amount-to-vigilantism/ : « This case came before the court in 1966. However, the legal issues are as much relevant today ».

[630] À noter que la présence d'un avis n'aurait pas le même effet juridique dans toutes les juridictions ou, à tout le moins, ne saurait emporter une adhésion unanime quant à ses conséquences en droit pénal, particulièrement à la lumière de l'application ou non de la proportionnalité. Voir, par exemple, Hay, *supra* note 188, p. 283: « [F]rom the moment one accepts that with such devices *disproportionate* response is always the issue, then *no amount of notice* can remove the criminality of the setter's actions and in effect justify the unjustifiable » (caractères italiques ajoutés).

personne accusée aurait pu raisonnablement utiliser pour protéger ses biens. De plus, la possibilité que le défunt ait eu connaissance de cet avis n'a pas été réfutée et demeurait une possibilité raisonnable qui n'a pas été écartée[631]. La poursuite interjetta appel afin de clarifier certaines questions de droit, comme elle peut le faire en vertu de l'article 385 de la *Criminal Procedure Act 56 of 1955* d'Afrique du Sud[632], dont celle de déterminer la portée juridique de la défense des biens. La Cour d'appel de l'Afrique du Sud a affirmé à l'unanimité, en obiter, sous la plume du juge en chef Steyn, qu'une personne puisse tuer ou blesser *délibérément*[633] une autre personne dans le seul but de protéger ses biens. Ce qui ne signifie pas pour autant que cette cour donnait un permis de tuer à volonté pour la défense d'un bien; cela dépendrait, en fait, des circonstances propres à chaque cas[634]. Le juge en chef Steyn rejeta du revers de la main l'application de la proportionnalité en l'espèce au motif que la nature de la perte du défendeur et les dommages causés à l'agresseur ne sont souvent pas similaires et qu'il peut alors être difficile de les comparer[635] et, aussi , parce que l'agresseur est considéré comme ayant renoncé à ses droits en persistant dans la commission de l'acte illicite[636]. En résumé, la Cour d'appel de l'Afrique du Sud énonce à ce sujet[637]:

> [I]t seems to me that the view of those who regard even the use of deadly force [in defence of property] as justified is to be preferred. If the use of necessary force is justified [...] then it is not clear to me why deadly force must be excluded from that principle. The objection, arising from understandable humanitarian views, concerning the imbalance between life and property, does not in my view create a persuasive basis for a general exception. ... *Proportionality will not do as a general basis for private defence*. ... [Why] should the defender, who is unquestionably

[631] *Van Wyk*, *supra* note 628, p. 588.
[632] Article 385 du *Criminal Procedure Act 56 of 1955* : « Whenever the Minister has any doubt as to the correctness of any decision given by any superior court in any criminal case on a question of law, he may submit that decision to the Appellate Division of the Supreme Court and cause the matter to be argued before it, in order that it may determine the said question for the future guidance of all courts ».
[633] Il ne faut pas confondre cette approche avec l'approche découlant de l'article 15A (*Defence of property etc*) dans la *Loi de consolidation du droit pénal 1935* de l'Australie-Méridionale (South Australian *Criminal Law Consolidation Act*) car cette dernière prévoit le droit d'utiliser la force létale pour défendre un bien à condition que le défendeur n'ait *pas* eu l'intention de tuer ou n'ait pas agi imprudemment en se rendant compte que la conduite pourrait entraîner la mort.
[634] Stuart, Don. « Killing in Defence of Property » (1967) 84 *S. African L.J.* 121, p. 124 (ci-après « Stuart (1967) »).
[635] *Van Wyk*, *supra* note 628, par. 496 (caractères italiques ajoutés); arrêt confirmée dans *S. c. Mogohlwane* 1982 (2) SA 587.
[636] Awa, Linus Tambu. *Killing in Defence of Property : A Legal Comparative Study*, mémoire de maîtrise en droit, Pretoria University of South Africa, 2015, p. 134; Stuart (1967), *supra* note 634, p. 127.
[637] *Van Wyk*, *supra* note 628, p. 496.

> entitled to protect his rights, be viewed as the one acting unlawfully if he uses deadly force rather than sacrifice his rights ?

Selon cette dernière approche, le test de proportionnalité favoriserait indûment l'agresseur[638].

[159] L'idée de la difficile comparaison entre la perte du défendeur et les dommages causés à l'agresseur n'est pas sans nous rappeler les mots de Lafontaine, évoqués précédemment, laquelle attire notre attention sur le fait qu'il est parfois ardu de déterminer « si des lésions corporelles [sont] toujours de gravité supérieure à des dommages à la propriété »[639]. Cette difficulté est-elle suffisante, cependant, pour rejeter l'application de la proportionnalité comme l'a fait la Cour d'appel de l'Afrique du Sud ? Il est permis d'en douter. Un auteur soutient que l'abandon du principe de proportionnalité par cette cour signifie que la seule limite qui s'applique désormais à l'usage de la force létale pour défendre un bien en Afrique du Sud est le principe de la force minimale selon lequel une tentative de vol mineur, par exemple, peut justifier de causer la mort du malfaiteur s'il n'y a pas d'autre moyen d'empêcher la mort[640]. Cette attaque en règle contre la proportionnalité de la Cour d'appel de l'Afrique du Sud aurait aussi pour conséquence d'élever la protection de tout droit de propriété quel qu'il soit au-dessus de la vie humaine. Cela rejoint, dans une certaine mesure, le droit allemand, au moins à une certaine époque, où l'on considérait que la propriété d'un individu (combiné à sa vie et à la protection de l'ordre juridique) l'emportait sur la valeur de la vie de la personne qui la menace[641].

[160] Si le raisonnement cité ci-haut de la Cour d'appel de l'Afrique du Sud devait être celui qui était retenu dans le cadre d'une interprétation littérale de l'article 35 C.cr., qui prendrait acte de l'*absence* de proportionnalité, il y aurait alors un renversement du tout au tout de l'approche préconisée jusqu'à maintenant au Canada concernant la primauté de la vie sur les biens dans le contexte du droit pénal. Un tel changement au Canada entrerait aussi en collision frontale avec la jurisprudence canadienne pertinente qui a fait droit à la

---

[638] Stuart (1967), *supra* note 634, p. 128.
[639] Lafontaine, *supra* note 606.
[640] Haysom Part I, *supra* note 599, p. 14.
[641] Leverick, *supra* note 16, p. 136.

prétention voulant que la valeur de la vie prévale sur la valeur d'un bien[642]. Par conséquent, même si l'interprétation logique de l'absence de proportionnalité dans la « nouvelle » disposition de défense des biens pourrait commander de conclure à une marge de manoeuvre plus grande pour celui qui agit en riposte, incluant potentiellement la possibilité d'utiliser légitimement la force létale, nous sommes d'avis qu'il est fort peu probable que ce changement de cap ou ce pivotement à cent quatre vingt degrés soit emprunté de façon convaincante et convaincue par la jurisprudence à venir.

[161] Il est intéressant de noter à cet égard que la jurisprudence sud-africaine plus récente a ouvert la porte à un retour de l'application de la proportionnalité en droit pénal, et ce, d'une façon « Ines Pérée et Inat Tendue » qui, contrairement à cette pièce de théâtre de Réjean Ducharme[643], ne serait pas surréaliste ni ne ferait appel aux limites de l'absurde. En effet, le juge Kriegler de la Cour constitutionnelle d'Afrique du Sud semble redonner vie, peut-être de façon timide, à la proportionnalité en droit pénal sud-africain en passant par le chemin, pour ce faire, des principes fondamentaux, incluant le droit à la vie, prévus par la Constitution[644]:

> The state is called upon to set an example of measured, rational, reasonable and *proportionate* responses to antisocial conduct and should never be seen to condone, let alone to promote, excessive violence against transgressors. Its role in our violent society is rather to demonstrate that we are serious about the human rights the Constitution guarantees for everyone, even suspected criminals.

Selon Yeo, le droit à la vie protégé par la Constitution lui accorderait une valeur supérieure à la propriété rendant ainsi insoutenable l'arrêt *Van Wyk*[645]. Or, si le meurtre d'un individu était légalement permis pour la défense d'un bien, cela impliquerait alors qu'il y ait une violation du droit à la vie de cette personne[646]. Puisque le droit à la vie est aussi constitutionnellement protégé au Canada[647], cet argument pourrait également y être soulevé éventuellement contre la possibilité que la défense des biens permette le meurtre

---

[642] Voir, par exemple, *Gunning*, *supra* note 422; *Gee*, *supra* note 231.
[643] Ducharme, Réjean. *Ines Pérée et Inat Tendu*, Leméac, 1976.
[644] *In re S. c. Walter*, [2002] ZACC 6, par. 47.
[645] Yeo (2008), *supra* note 620, p. 341.
[646] Leverick, *supra* note 16, p. 135.
[647] Article 7 de la *Charte*, *supra* note 5.

d'un malfaiteur; cette possibilité pourrait éventuellement être déclarée inconstitutionnelle. Un auteur sud-africain soutient *a contrario*, pour sa part et concernant le développement du droit en Afrique du Sud à cet égard, que si une cour de justice devait considérer la même situation maintenant, même après l'avènement de la Constitution sud-africaine en 1996 qui protège le droit à la vie à son article 11[648], il est probable, selon lui, que cette cour arrive à la même conclusion que dans l'arrêt *Van Wyk* décidé en 1967 ou la décision *Mogohlwane* décidée en 1982, qui confirme l'arrêt *Van Wyk*[649]. Toutefois, cet auteur n'épilogue pas longuement à ce sujet et n'appuie pas ses dires sur de la doctrine ou de la jurisprudence, ce qui laisse, à notre avis, planer un doute sur le bien-fondé de son opinion.

[162] À l'inverse, si les mêmes faits de l'arrêt *Van Wyk* devaient survenir maintenant au Canada et que, contrairement à l'approche de la Cour d'appel de l'Afrique du Sud, nous retenions plutôt une approche qui *inclurait* la proportionnalité de façon *subsumée*, par exemple, au « caractère raisonnable » de l'acte comme nous l'avons suggéré précédemment comme une des possibilités concernant l'interprétation de l'alinéa 35(1)d) C.cr., la conclusion que nous devrions tirer à propos des faits de cette affaire serait diamétralement opposée à la conclusion à laquelle la Cour d'appel de l'Afrique du Sud est parvenue dans *Van Wyk*. Même si plusieurs jugements permettent une violence considérable dans le cadre de la défense des biens pour arrêter un malfaiteur contrevenant à un bien dans des situations impliquant deux ou plusieurs êtres humains[650], la situation est différente dans *Van Wyk*, où c'est un engin automatique qui causa la mort de l'agresseur, soit un fusil de chasse dont le tir a été déclenché automatiquement par un mécanisme. Comme l'indique Maleki, « un être humain est capable de *proportionner* sa riposte selon la situation, un engin automatique réagit à l'aveugle »[651]. Elle ajoute que « [l]e point le plus important dans l'appréciation de ces moyens de défense, et le plus débattu, concerne la mesure de la riposte, la *proportionnalité* entre l'agression et la défense automatique. […] En effet, l'engin réagit d'une seule et unique façon, il n'y a pas moyen de moduler la riposte

[648] The Bill of Rights of the Constitution of the Republic of South Africa. (1996). Government Gazette. (No. 17678).
[649] Awa, *supra* note 636, p. 134.
[650] Getzler, *supra* note 143, p. 154-155.
[651] Maleki, *supra* note 36, p. 245 (caractères italiques ajoutés).

selon les circonstances, les risques que celle-ci soit excessive sont donc grands voire certains »[652], comme tel a été le cas dans l'arrêt *Van Wyk* où un fusil supposé ne blesser que la jambe de l'intrus, selon le commerçant, l'a plutôt assassiné. Ainsi, comme l'exprime élégamment Hay, « the inescapable objection is simply that the use of such devices constitutes a flagrant breach of the *proportionality* rule »[653]. En somme, nous avons vu que la présence ou l'absence de la proportionnalité dans le régime juridique de la défense des biens jouera un rôle prépondérant dans la détermination de ce qui adviendra lorsque la défense d'un bien entre en jeu.

[652] *Ibid*, p. 241.
[653] Hay, *supra* note 188, p. 282-283 (caractères italiques ajoutés). Il s'appuie sur l'exemple des faits provenant de l'affaire écossaise *Craw, James* (1826) Syme 188, 210, dans laquelle il a été décidé qu'il était disproportionné de tuer un braconnier (qui utilisait un engin automatique) simplement pour protéger la propriété de quelques faisans.

3. La défense de provocation : la possible existence d'une exigence de proportionnalité

[163] La défense de provocation sert principalement à réduire une inculpation de meurtre en homicide involontaire coupable[654] si la personne qui l'a commis a ainsi agi dans un accès de colère causé par une provocation soudaine[655]. Toutefois, « tous les actes accomplis dans un accès de colère ne sont pas assujettis à la doctrine de la provocation »[656]. Ce moyen de défense partiel qu'est la défense de provocation est utilisé peu fréquemment car l'infraction de meurtre n'est pas, heureusement, l'infraction la plus communément répandue. Les questions concernant l'existence de la proportionnalité en ce qui concerne ce moyen de défense nous semblent dignes d'intérêt, non seulement d'un point de vue théorique, vu les différentes approches qui s'y rapportent, mais aussi sous un angle pratique car, pour prendre l'exemple des femmes victimes de violence conjugale, celles-ci choisissent souvent d'utiliser une arme pour se défendre plutôt que d'affronter leur agresseur à mains nues, ce qui fait de la proportionnalité, vu le caractère potentiellement excessif de l'utilisation d'une arme en pareils cas, une question centrale dans de telles situations[657]. Il convient toutefois de noter que les situations dans lesquelles la provocation peut être en cause ne se limitent pas à ces situations[658].

[164] Comme le souligne le professeur Rainville, « [l]a provocation constitue le *seul* moyen de défense partiel que connaisse le droit pénal canadien »[659]. Les tribunaux

---

[654] Simard, Jimmy. *La défense de provocation: une articulation des principes de détermination de la peine*, mémoire de maîtrise, faculté de droit, Université de Montréal, 2012, p. 1.

[655] Canada. Chambre des communes. *Débats de la Chambre des communs*, vol. 135, 1re sess., 36e lég., 11 mai 1999, p. 15049 (M. John Reynolds, député de West Vancouver – Sunshine Coast); *Tran*, *supra* note 352, par. 38 : « La soudaineté est exigée pour distinguer l'acte motivé par la vengeance de l'acte qui est provoqué. Elle s'applique donc tant à l'acte de provocation qu'à la réaction de l'accusé ».

[656] *R. c. Hill*, [1986] 1 R.C.S. 313, par. 15.

[657] Clough, Amanda. « Battered Women: Loss of Control and Lost Opportunities » (2016) 80 *Journal of International and Comparative Law* 279, p. 285, cité dans Douglas, Heather et Allan Reed. « The Role of Loss of Self-Control in Defences to Homicide: A Critical Analysis of Anglo-Australian Developments » (2021) 72(1) *Northern Ireland Legal Quarterly* 271, p. 290, note de bas de page 118 : « Proportionality is equally problematic with battered women often choosing to arm themselves rather than face their attacker with bare fists. This often makes the violence a battered woman uses to defend herself seem excessive when she is really resorting to a form of violent self-help ».

[658] *R. c. Simard*, 2019 BCSC 531, par. 36, demande d'autorisation d'appeler rejetée, C.S.C., 16 janvier 2020, nº 38672.

[659] Rainville, *supra* note 354, p. 206 (caractères italiques ajoutés).

canadiens n'ont pas reconnu, par exemple, la possibilité pour un individu d'employer une force excessive en légitime défense comme constituant un moyen de défense partiel valide au Canada[660]. L'usage de la force excessive est toutefois reconnu dans certaines juridictions autres que le Canada[661]. Rappelons, pour poursuivre avec l'exemple de la légitime défense, que la disproportion peut s'exprimer sous différentes formes, notamment celle d'une « force excessive »[662]. Or, si les tribunaux canadiens devaient reconnaître la validité de l'emploi d'une force excessive au soutien de la légitime défense, cela pourrait avoir comme conséquence, si nous devions donner une signification et un champ d'application équivalents à ces deux notions que sont la force excessive et la disproportion, de mener à la reconnaissance par ceux-ci de la légitimité en droit pénal canadien de l'utilisation d'une force disproportionnée.

[165] Par ailleurs, l'absence de moyens de défense partiels en droit pénal canadien, autres que la provocation, pourrait contraindre une personne accusée à présenter un plaidoyer de culpabilité dans certains cas. Une personne accusée aurait peut-être fait un autre choix que celui de plaider coupable si elle avait eu accès à un moyen de défense partiel autre que la défense de provocation, par exemple. Or, la paucité de différents moyens de défense partiels en droit pénal canadien réduirait les choix offerts à une personne accusée, lesquels se résumeraient bien souvent à une situation manichéenne de « tout ou rien », sans nuances possibles, ce qui a été critiqué par certains auteurs[663].

---

[660] *Faid*, *supra* note 231, p. 271 : « Lorsqu'un homicide résulte de l'emploi de force excessive en légitime défense, l'accusé perd la justification fournie par l'art. 34. Il n'existe pas de justification partielle aux termes de [cet] article »; voir également *Gee*, *supra* note 231, p. 302; *Brisson*, *supra* note 103, p. 258; Côté-Harper, Rainville et Turgeon, *supra* note 7, p. 1196-1198.
[661] Roach, *supra* note 128, p. 290.
[662] *Leroux*, *supra* note 17, par. 28.
[663] Roach, *supra* note 128, p. 290-291; voir également, par exemple, Shaffer, Martha. « The Battered Woman Syndrome Revisited: Some Complicating thoughts Five Years after *R. v. Lavallee* » (1997) 47 *U. Toronto L.J.* 1, p. 25 : « [T]he stakes may be too high to go to trial when the Crown has offered a plea bargain, particularly where the accused has been charged with murder. As between a possible murder conviction with a mandatory sentence of life imprisonment and a guilty plea to manslaughter with no minimum sentence, many people may be inclined to take the manslaughter plea rather than risk an adverse decision at trial ».

3.1 Le champ d'application

[166] Sir Edward East, auteur britannique du dix-neuvième siècle, décrivait en 1803 la défense de provocation comme devant être « such a provocation as the law presumes might in human frailty heat the blood to *proportionable degree* of resentment, and keep it boiling to the moment of the fact; so that the party may rather be under a temporary suspension of reason than from any deliberate motive »[664]. La proportionnalité était alors incluse comme un élément de la défense de provocation. De même, Lord Devlin affirmait en 1963 dans l'arrêt *Lee Chun-Chuen* qu'il y avait trois éléments constitutifs à la défense de provocation, à savoir un acte de provocation, la perte du pouvoir de se maîtriser et une riposte *proportionnée* à la provocation[665]. Dans ce contexte, le concept de proportionnalité est un principe normatif pouvant distinguer les homicides qui pourraient justifier une défense de ceux qui ne justifient aucune défense du tout[666]. Clarifions dès le départ une chose. La proportionnalité appliquée à la défense de provocation ne signifie pas que la personne accusée ayant subi la provocation doit nécessairement répondre avec une force égale dans sa riposte à la force utilisée par le provocateur[667], même si l'exigence de proportionnalité pour ce moyen de défense peut exister, *entre autres*, en tant que *règle distincte* qui compare l'acte provocateur avec la riposte[668]. N'oublions pas que la doctrine de provocation excuse *partiellement* l'utilisation de la force mortelle, même lorsque le provocateur n'utilise aucune force physique, sans nier qu'il puisse y avoir une certaine *force* à la force des mots, particulièrement dans le contexte de ce moyen de défense.

---

[664] East, Edward Hyde. *A Treatise of the Please of the Crown*, vol. 1, 1803, p. 238 (caractères italiques ajoutés), cité dans Law Reform Commissioner Victoria, Working Paper No. 6, *Provocation as a Defence to Murder*, Melbourne, Australie, 1979, p. 6. Notons que la défense de provocation a été abolie en 2005 dans la région de Victoria en Australie par le *Crimes (Homicide) Act, 2005*, No. 77/2005, par. 3B qui amende le *Crimes Act, 1958*; Quigley (1991), *supra* note 15, p. 249-250 : « Under the common law, it was a requirement […] that there must have been some proportionality between the provocation offered and the homicide ».

[665] *Lee Chun-Chuen c. R.*, [1963] A.C. 220, p. 231-232.

[666] Reilly, Alexander. « The Heart of the Matter: Emotion in Criminal Defences » (1997) 29(1) *Ottawa L. Rev.* 117, p. 135.

[667] Lee, Cynthia. « Reasonable Provocation and Self-Defense: Recognizing the Distinction Between Act Reasonableness and Emotion Reasonableness » dans Robinson, Paul H., Stephen Garvey et Kimberly Ferzan (eds.), *Criminal Law Conversations*, Oxford University Press, 2009, p. 2-3.

[668] Wan, No Chee et Chiu Hse Yu. « Provocation in Singapore: The Reasonable Person Test and the Proportionality Requirements » (1995) 16 *Sing. L. Rev.* 376, p. 398-399.

[167] De 1892 à 2015, la substance de l'article pertinent du *Code criminel* concernant la provocation n'a à peu près pas changé[669]. Deux éléments principaux définissaient la défense de provocation, laquelle est prévue à l'article 232 C.cr. : « [p]remièrement, un élément objectif, qui suppose la présence d'une *action injuste ou d'une insulte suffisante* pour priver une *personne ordinaire* du pouvoir de se maîtriser. Deuxièmement, la preuve d'un élément subjectif établissant que l'accusé a agi en raison de la provocation, sous l'impulsion du moment et avant d'avoir pu reprendre son sang-froid »[670].

[168] La « personne ordinaire », aussi appelée « personne raisonnable », dans le contexte de la défense de provocation s'entend, selon la CSC, « d'une personne qui a un tempérament et un niveau de maîtrise de soi normaux. Il en découle que la personne ordinaire n'est pas exceptionnellement excitable ou querelleuse, ni en état d'ivresse »[671]. Au Canada, le test de la « personne ordinaire » s'apprécie de façon *objective*[672]. Ce critère objectif ne s'applique toutefois pas de façon stricte, pouvant inclure « l'âge, le sexe et l'origine raciale de l'accusé »[673], et tutti quanti. Cela n'est pas sans rappeler, d'une façon ou d'une autre, la souplesse du critère objectif utilisé, par exemple, pour la légitime défense, lequel a été discuté précédemment[674].

---

[669] Canada. Chambre des communes. *Débats de la Chambre des communs*, vol. 135, 1re sess., 36e lég., 11 mai 1999, p. 15049 (M. John Reynolds, député de West Vancouver – Sunshine Coast); Fitz-Gibbon, Kate et Elizabeth Sheehy. « The Merits of Restricting Provocation to Indictable Offences: A Critical Analysis of Provocation Law Reform in Canada and New South Wales, Australia » (2019) 31(2) *Canadian Journal of Women and the Law* 197, p. 206; Renke, Wayne N. « Calm Like a Bomb: An Assessment of the Partial Defence of Provocation » (2010) 47(3) *Alberta Law Review* 729, p. 733-734.

[670] *Buzizi*, *supra* note 377, par. 33 (caractères italiques ajoutés); *Tran*, *supra* note 352, par. 23; *R. c. Parent*, [2001] 1 R.C.S. 761, par. 10; *Thibert*, *supra* note 353, par. 4. Certains auteurs restreignent la définition de la défense de provocation pour la limiter à son aspect objectif. Voir, par exemple, Mousourakis, George. « Reason, Passion and Self-Control: Understanding the Moral Basis of the Provocation Defence » (2007) 38 *R.D.U.S.* 215, p. 218: « [t]he provocation defence is understood to *hinge* upon two interrelated elements : the wrongful act of provocation and impaired volition or loss of self-control » (caractères italiques ajoutés) (ci-après (« Mousourakis (2007) »). Cette dernière compréhension de la défense de provocation serait incomplète en droit pénal canadien.

[671] *Hill*, *supra* note 656.

[672] Vanasse, Norma. *L'excuse de provocation en droit pénal canadien*, mémoire de maîtrise, Université de Montréal, 1977, p. 2 (caractères italiques ajoutés).

[673] *Thibert*, *supra* note 353, par. 11. Vanasse, *ibid*, p. 114; *Tran*, *supra* note 352, par. 32-33 : « les tribunaux ont finalement opté pour une démarche moins rigide où la notion de « personne ordinaire » était appliquée en tenant compte de certaines des caractéristiques personnelles de l'accusé ».

[674] Voir les paragraphes [53] et [109] de ce mémoire.

[169] Avant l'amendement législatif de 2015, l'intensité requise de la provocation pouvait varier allant de celle d'une nature moins grave (par exemple, une provocation verbale) à celle impliquant des actes répréhensibles plus sérieux (par exemple, une provocation impliquant de la violence physique).

3.1.1 L'amendement législatif de 2015 et la possible création d'une certaine forme de proportionnalité

[170] En 2015, la *Loi sur la tolérance zéro face aux pratiques culturelles barbares*[675] a été adoptée afin d'élever le seuil minimal permettant d'avoir accès à la défense de provocation. Comme le note la CSC dans l'arrêt *Khill*, arrêt qui concerne toutefois la légitime défense, « [l]es modifications [apportées en] 2015 [au paragraphe 232(2) C.cr.] ont *remplacé* « [u]ne action injuste ou une insulte » par « [u]ne conduite de la victime, qui constituerait un acte criminel prévu à la présente loi passible d'un emprisonnement de cinq ans ou plus »[676]. La Cour d'appel du Québec affirme erronément en 2019 dans l'arrêt *Gendron* que « l'insulte doit être *assez grave* objectivement pour provoquer la perte de maîtrise de soi et doit répondre aux *nouvelles* exigences du paragraphe 232(2) C.cr. La frustration ou la colère ne sont pas *en soi* suffisantes, il doit y avoir perte du pouvoir de se maîtriser »[677]. En fait, les « nouvelles » exigences du paragraphe 232(2) C.cr. requièrent *stricto sensu* que l'acte provocateur soit un acte criminel prévu au *Code criminel* qui doit être passible d'un emprisonnement de cinq ans ou plus. Il n'existe pas spécifiquement de crime d'insulte au *Code criminel* du Canada, contrairement à d'autres États comme la

---

[675] L.C. 2015, c. 29 (ci-après « *Loi sur la tolérance zéro* »).

[676] *Khill*, *supra* note 91, par. 96 (caractères italiques ajoutés). Cet arrêt ne concerne pas la défense de provocation ni la *Loi sur la tolérance zéro face aux pratiques culturelles barbares*, L.C. 2015, c. 29, mais la CSC en fait mention; voir également *Loi sur la tolérance zéro*, *ibid*, art. 7. La Cour supérieure de l'Ontario affirme, pour sa part, dans la décision *R. c. MacKinnon*, 2021 ONSC 4763, au paragraphe 786, que « [s]ection 232(2) was amended in 2015 to *add* a requirement that *the wrongful act or insult* under the first branch of the provocation analysis must be something that would constitute an indictable offence under the *Criminal Code* that is punishable by five or more years imprisonment » (caractères italiques ajoutés). La Cour supérieure de l'Ontario fait erreur car l'amendement en question n'a rien *ajouté* au paragraphe 232(2) C.cr. concernant *spécifiquement* « une action injuste ou une insulte », mais cet amendement a plutôt *remplacé* ces termes qui n'apparaissent plus à ce paragraphe du *Code criminel*. En fait, « no longer can perceived insults or even « wrongful acts » ground the defence » : Fitz-Gibbon et Sheehy, *supra* note 669, p. 198; voir également p. 211.

[677] *Gendron*, *supra* note 402, par. 17 (caractères italiques ajoutés). La Cour d'appel du Québec s'appuie sur l'arrêt *Tran*, *supra* note 352, par. 29, rendu *avant* l'amendement législatif de 2015 pour faire cette affirmation.

Thaïlande[678], par exemple. Par conséquent, peu importe le degré de gravité de l'insulte proférée, celle-ci ne pourrait pas *en elle-même* obéir aux exigences du nouveau paragraphe 232(2) C.cr.

[171] Les modifications législatives de 2015 vinrent amender l'une des deux conditions d'ouverture de ce moyen de défense en intensifiant le degré de gravité requis pour l'acte provocateur. Ce faisant, la « nouvelle » défense de provocation ne s'appliquerait pas dans de nombreuses situations, lesquelles auraient pu antérieurement être couronnées de succès[679]. En principe, des infractions telles que les voies de fait, les agressions sexuelles, le harcèlement criminel et les menaces de mort pourraient soutenir des allégations de provocation, par exemple. Rappelons toutefois qu'une personne accusée doit donner un caractère de vraisemblance (« *air of reality* ») à de telles prétentions, le cas échéant. De plus, la décision *Fredette* indique que la *Loi sur la tolérance zéro face aux pratiques culturelles barbares* « ne renferme aucun exposé explicite de son objectif législatif, mais son intitulé abrégé donne à penser qu'elle vise à éliminer certaines pratiques culturelles à l'endroit des femmes »[680]. Or, cela pourrait être difficile, particulièrement pour des femmes victimes de violence conjugale dont les conjoints ont rarement besoin, selon Fitz-Gibbon et Sheehy, de donner suite à leurs menaces pour assurer leur emprise sur elles[681].

3.1.2 Les différentes manifestations de la proportionnalité

[172] Dans la défense de provocation en vigueur au Canada figure un grand absent : la proportionnalité, du moins de façon expresse. Il ne faut pas s'en surprendre si l'on s'attarde

---

[678] Article 112 du *Code criminel* de Thaïlande : « Whoever defames, *insults*, or threatens the King, the Queen, the Heir-apparent, or the Regent, shall be punished with imprisonment of three to fifteen years » (caractères italiques ajoutés; version anglaise).
[679] Fitz-Gibbon et Sheehy, *supra* note 669, p. 218.
[680] *Fredette*, *supra* note 389, par. 51.
[681] Fitz-Gibbon et Sheehy, *supra* note 669, p. 224. Pour la Nouvelle-Galles du Sud (Australie), voir Crofts, Thomas et Arlie Loughnan. « Provocation, NSW Style : Reform of the Defence of Provocation in NSW » (2014) 2 *Criminal Law Review* 109, p. 14 : « limiting provocation to a 'serious indictable offence' […] make[s] the defence difficult to access for a person who kills in response to on-going emotional abuse, such as belittling, persistent taunts and criticism ». ***Contra*** : « Domestic violence, particularly long-term abuse, will generally involve conduct involving serious indictable offences », extrait tiré du discours du procureur général, Brad Hazzard, prononcé à l'Assemblée législative du 8 mai 2014 en deuxième lecture de la loi modificative de 2014 et cité par la Cour suprême de Nouvelle-Galles du Sud dans l'arrêt *Rogers c. R.* [2021] NSWCCA 61, par. 49.

à ce que la Cour d'appel de l'Ontario affirmait dans l'arrêt *Hill* en 2015, ce qui a été réitéré par la suite dans l'arrêt *Boukhalfa* en 2017[682], à savoir que « [u]nlike some defences, e.g. self-defence and duress, provocation does not measure the conduct of the accused against standards of reasonableness or proportionality »[683]. Il est toutefois permis de se demander à cet égard si les modifications apportées au paragraphe 232(2) C.cr., et invalidées depuis par certaines cours d'appel[684], n'avaient pas pour objet d'instituer une certaine forme de proportionnalité entre l'acte subi, soit le meurtre, et l'acte provocateur, sur la base du fait que ce dernier doit être, depuis l'amendement législatif de 2015, d'un certain niveau de gravité pour éventuellement donner ouverture à ce moyen de défense. Par exemple, le fait pour la victime de s'être emparée d'une bouteille de parfum et d'avoir menacé la personne accusée avec celle-ci n'excuserait pas cette dernière d'avoir étouffé la victime à mort. Cette menace ne saurait être suffisamment grave pour que les « nouvelles » exigences du paragraphe 232(2) C.cr. soient réunies [685]. Partant, de simples insultes ou des menaces, encore que répétées voire graves, ne suffisent plus aux yeux du législateur pour justifier une défense, même partielle, en matière d'homicide involontaire. Ainsi, est-ce que le fait de prendre la vie d'une personne en réaction à une telle provocation pourrait, par exemple, avoir été considéré par le législateur comme étant en soi foncièrement disproportionné, ce qui pourrait, si tel était le cas, expliquer son exclusion du champ d'application de la défense de provocation ?

3.1.3 Des infractions foncièrement disproportionnées

[173] Certains parallèles utiles à notre étude de la proportionnalité peuvent être établis entre la défense de provocation et la défense de contrainte à propos du caractère foncièrement disproportionné de certaines infractions. Comme nous le mentionnions brièvement en introduction et ce sur quoi nous allons revenir de façon plus détaillée dans le chapitre portant sur ce moyen de défense, l'exclusion de certaines infractions du champ d'application de la défense de contrainte pourrait éventuellement s'expliquer par le fait que celles-ci aient pu être considérées par le législateur comme étant foncièrement

[682] *R. c. Boukhalfa*, 2017 ONCA 660.
[683] *R. c. Hill*, 2015 ONCA 616, par. 88.
[684] Nommément la Cour d'appel du Québec et la Cour suprême de Colombie-Britannique.
[685] *Gendron*, *supra* note 402, par. 10, 18, 19, 20 et 25.

disproportionnées. Ainsi, un argument similaire pourrait aussi, selon nous, être soutenu *mutatis mutandis* pour la « nouvelle » défense de provocation. Cet argument reposerait sur la prétention que le législateur canadien aurait exclu *ab initio*, comme il l'a fait pour la défense de contrainte, la possibilité d'invoquer ce moyen de défense lorsque l'acte provocateur de la victime ne constitue pas un acte criminel passible d'un emprisonnement de cinq ans ou plus[686], et ce, parce que de tels actes seraient considérés comme étant foncièrement disproportionnés lorsqu'ils sont comparés au degré de gravité de l'acte subi.

[174] De plus, certains ont soutenu que le thème unificateur pouvant justifier la liste des infractions exclues de la défense de contrainte, prévue à l'article 17 C.cr., pourrait reposer sur le fait que ces infractions constituent des infractions *graves* impliquant de la violence[687]. On pourrait y voir un thème récurrent si l'on compare ce dernier argument, par analogie, avec ce que prévoit le *Coroners and Justice Act 2009* du Royaume-Uni, lequel a aboli la défense de provocation en droit pénal anglais, mais en conservant une défense partielle de perte de maîtrise de soi pour l'infraction de meurtre. Le *Coroners and Justice Act 2009* prévoit, à son paragraphe 55(3), la nécessité qu'il y ait une crainte de violence *sérieuse* (« *fear of serious violence* »), comme élément déclencheur (« *trigger* ») de la riposte, lequel est prévu au paragraphe 55(2) de la même loi, pour que la personne accusée puisse éventuellement être considérée avoir perdu la maîtrise de soi[688]. Or, une exigence de « violence grave » ne se rapproche-t-elle pas, comme le remarque Edwards, de la nécessité pour la personne accusée d'avoir eu une riposte *proportionnée* ou cette exigence

---

[686] *Simard*, *supra* note 658. En guise d'aparté, rappelons que « when the Court dismisses applications for leave to appeal, it chooses to remain silent on the issues at stake. […] It chooses not to use cases denied leave to contribute to the development or clarification of the law » : Ryder, Bruce et Taufiq Hashmani. « Managing Charter Equality Rights: The Supreme Court of Canada's Disposition of Leave to Appeal Applications in Section 15 Cases, 1989-2010 » (2010) 51 *Supreme Court Law Review* 505, p. 508-509. Cela se vérifie par le silence de la CSC dans l'arrêt *Khill*, *supra* note 91, rendu en 2021 dans lequel le juge en chef Wagner fait mention, au paragraphe 96 de ses motifs, des modifications législatives de 2015 apportées à l'article 232 C.cr. sans faire allusion au fait qu'elle a rejeté la demande d'autorisation d'appeler de la décision *Simard* qui pourtant a déclaré en 2019 inconstitutionnels et inopérants les termes suivants inclus au paragraphe 232(2) C.cr. : « qui constituerait un acte criminel prévu à la présente loi passible d'un emprisonnement de cinq ans ou plus ».

[687] *R. c. Allen*, 2014 SKQB 402, par. 50. Il s'agissait de l'argument présenté par la Couronne, lequel n'a toutefois pas été retenu par la cour.

[688] Edwards, Sarah. « Recognising the Role of the Emotion and Fear in Offences and Defences » (2019) 83(6) *J. Crim. L.*, p. 452.

ne constitue-t-elle pas, à tout le moins, quelque chose qui se situe sur le continuum de la *proportionnalité* ?[689].

[175] Qui plus est, le libellé de l'article 17 C.cr. est muet quant à l'exigence voulant que l'infraction commise soit proportionnée à la menace reçue. La proportionnalité y est implicite[690]. Il pourrait alors en être de même pour la défense de provocation qui aurait inclus, suite à l'amendement de 2015, une certaine forme de proportionnalité, dans la mesure où nous l'avons décrite précédemment, et ce, sans l'énoncer expressément.

3.1.4 Le caractère imparfait de la proportionnalité

[176] S'il fallait conclure à l'instauration d'une certaine forme de proportionnalité par l'adoption des modifications législatives de 2015, il nous faudrait toutefois souligner que celle-ci serait imparfaite si on la compare, par exemple, à la défense de nécessité, laquelle exige qu'il y ait au moins, depuis l'arrêt *Latimer*[691], équipollence entre le mal redouté et le mal subi. La CSC avait d'ailleurs exprimé dans ce dernier arrêt qu'« il est difficile d'imaginer une situation où l'exigence de proportionnalité pourrait être respectée dans le cas d'un homicide »[692], quoiqu'elle y avait laissé « ouverte [...] la question de savoir s'il est possible de respecter l'exigence de proportionnalité dans le cas d'un homicide »[693]. Par comparaison, la proportionnalité, si elle devait exister pour la défense de provocation serait, imparfaite car il ne peut exister d'équipollence entre le mal subi et l'acte provocateur, le mal subi étant « le crime le plus grave en droit, soit le meurtre »[694].

---

[689] *Ibid*, p. 468, cité dans Douglas et Reed, *supra* note 657, p. 290, note de bas de page 117 : « [T]he "serious violence" requirement contemplates something approximating a proportionate response, or at least inhabits a position on the proportionality continuum ».
[690] Paciocco (2010), *supra* note 79, p. 286.
[691] *Latimer*, *supra* note 37, par. 31.
[692] *Ibid*, par. 40.
[693] *Ibid*, par. 40.
[694] *Ibid*, par. 2.

3.1.5 La possible émergence d'une certaine proportionnalité : la comparaison nécessaire avec certains États australiens

[177] Le projet de loi S-7, ayant conduit à l'adoption de la *Loi sur la tolérance zéro face aux pratiques culturelles barbares*, n'a pas suivi un processus législatif habituel[695]. Il a été présenté directement au Sénat plutôt qu'à la Chambre des communes[696]. Le rapport émis par le Sénat à son sujet n'a recommandé aucun changement[697]. Puis, le comité de la Chambre des communes assigné à l'étude de ce projet de loi l'a recommandé sans proposer de modifications, faisant fi, notamment, de considérer celles suggérées par les partis d'opposition[698]. En somme, aucun changement n'a été apporté à ce projet de loi lors du processus parlementaire[699]. De plus, les consultations menées auprès de différents groupes et de certaines personnes à propos de ce projet de loi n'ont pas été rendues publiques[700]. Rangeon écrit qu'« [u]n texte juridique est le résultat d'une synthèse entre des objectifs et des intérêts divergents »[701]. Ainsi, il est permis de s'interroger sur l'existence de la dialectique parlementaire ayant mené à l'adoption de ce projet de loi, même si on ne peut passer sous silence que la fiabilité et le poids des débats parlementaires sont limités[702]. Par conséquent, vu la paucité de documents parlementaires examinant en profondeur ce projet de loi, d'un point de vue juridique, il faut se tourner, pour les fins de notre étude, vers d'autres juridictions qui auraient peut-être modifié leur législation de façon similaire au Canada.

[178] Fitz-Gibbon et Sheehy observent que « la substance de la défense partielle *réformée* de provocation au Canada [adoptée en 2015] *ressemble de façon frappante* à celle de l'État australien de la Nouvelle-Galles du Sud, adoptée un an plus tôt, en 2014. Dans les deux juridictions, la provocation continue d'être disponible comme défense partielle pour le

---

[695] Fitz-Gibbon et Sheehy, *supra* note 669, p. 207 : « the unusual legislative process undertaken for Bill S-7 » (caractères italiques ajoutés).
[696] *Ibid*, p. 208.
[697] *Ibid*.
[698] *Ibid*.
[699] *Ibid.*
[700] *Ibid.*
[701] Rangeon, François. « Réflexions sur l'effectivité du droit » dans *Les usages sociaux du droit*, Paris, Presses Universitaire de France, 1989, p. 135.
[702] *Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada c. Canada (Procureur général)*, [2014] 2 R.C.S. 135, par. 47.

meurtre réduisant une infraction d'homicide à un homicide involontaire […]. [Pour ces deux « nouvelles » défense de provocation], *seule* la conduite criminelle équivalant, en Nouvelle-Galles du Sud, à un acte criminel « grave » [« *serious* » *indictable offence*] et, au Canada, à un acte passible d'une peine de cinq ans d'emprisonnement ou plus, peut donner ouverture à ce moyen de défense »[703]. Plus spécifiquement, un acte criminel « grave » est en Nouvelle-Galles du Sud tout acte criminel punissable de cinq ans d'emprissonement ou plus[704]. Or, le *Crimes Amendment (Provocation) Act 2014* de Nouvelle-Galles du Sud a abrogé l'article 23 du *Crimes Act 1900* et l'a remplacé par une défense de « provocation *extrême* ». Cette « nouvelle » approche a pour effet d'exclure certaines conduites de l'application de la défense de provocation[705], tout comme c'est le cas au Canada.

[179] Cependant, ce qui distingue le paragraphe 232(2) C.cr. du *Crimes Act 1900* est que le libellé de l'ancienne disposition pertinente du *Crimes Act 1900*, le paragraphe 23(3), prévoyait *explicitement* qu'il n'était pas nécessaire que l'acte ayant causé la mort soit *proportionné* à l'acte provocateur[706]. Ainsi, même si la Cour d'appel de l'Ontario a clairement rejeté sans équivoque, et ce à deux reprises, soit dans l'arrêt *Hill*[707] en 2015 et dans l'arrêt *Boukhalfa* en 2017[708] comme nous le mentionnions précédemment, l'application de la proportionnalité à la défense de provocation, n'y aurait-il pas tout de même certaines similitudes pertinentes entre l'évolution de la défense de provocation au Canada et en Nouvelle-Galles du Sud ? Nous croyons devoir répondre par l'affirmative. Ainsi, puisque l'ancien paragraphe 23(2) du *Crimes Act 1900* excluait expressément la

---

[703] Fitz-Gibbon et Sheehy, *supra* note 669, p. 198; voir également p. 211 (caractères italiques ajoutés; traduction de l'auteur). Il convient de noter que la défense de provocation telle qu'elle a été adoptée par la Nouvelle-Galles du Sud en 2014 diffère aussi de celles prévues par les autres provinces australiennes, voir, par exemple, *Rogers*, *supra* note 681, par. 45. À ce sujet, il faut mentionner, de façon générale, que « most criminal law is state based and, hence, varies across Australia » : Crofts et Loughnan, *supra* note 681, p. 3. Cela étant dit, « [t]he partial defence of provocation has [also] been restricted in other States and Territories » : *Rogers*, *supra* note 681, par. 43. L'Australie-Méridionale l'a même abolie purement et simplement : *Rogers*, *ibid*, par. 44.

[704] Article 4 du *Crimes Act 1900 No 40* (Nouvelle-Galles du Sud) (Australie); voir également Crofts et Loughnan, *ibid*, p. 13.

[705] Crofts et Loughnan, *ibid*, p. 14.

[706] Paragraphe 23(2) du *Crimes Act 1900 No 40* (Nouvelle-Galles du Sud) (Australie) : « There is no rule of law that provocation is negatived if: (a) there was not a reasonable *proportion* between the act or omission causing death and the conduct of the deceased that induced the act or omission ».

[707] *Hill*, *supra* note 683, par. 88.

[708] *Boukhalfa*, *supra* note 682.

proportionnalité du champ d'application de la défense de provocation et qu'il a été remplacé, notamment, par une disposition, l'alinéa 23(2)(b), qui limite la possibilité d'invoquer ce moyen de défense aux situations où l'acte provocateur est suffisamment « grave », ne faudrait-il pas voir dans le « nouvel » article 232(2) C.cr., par analogie, un possible établissement par le législateur d'une certaine proportionnalité entre l'acte subi et l'acte commis ? Il semble que tel est le cas. Pour s'en convaincre, examinons la défense de provocation dans un autre État australien, plus particulièrement en ce qui a trait à la proportionnalité.

[180] Même si l'État australien de Victoria a aboli, comme le Royaume-Uni, la défense de provocation et même si cet État australien a transféré certaines des composantes de ce moyen de défense aux considérations relatives à la peine[709], le rapport de recherche de Stewart et Freiberg portant sur la provocation dans cet État demeure pertinent pour notre étude. Ces auteurs soutiennent que « le tribunal devrait examiner [...] la relation, ou la proportionnalité, entre l'infraction [commise] et la provocation. Pour *l'homicide, la tentative d'homicide* et les infractions non mortelles les plus *graves* contre la personne, *seule* la provocation *grave* devrait être considérée comme ayant donné [à la personne accusée] le sentiment justifiable d'avoir été lésé »[710]. Ces auteurs précisent[711] :

> Where the offender reacted particulary violently or intentionally caused serious harm or death, *only the most serious examples of provocation* are likely to reduce the offender's culpability. Where the harm caused by the offender is less serious, a lower degree of provocation may warrant a reduction in the offender's culpability.

Il nous apparaît que le même type de relation, ou de *proportionnalité*, entre l'infraction commise en riposte et la provocation existerait également pour la défense de provocation

---

[709] *Crimes (Homicide) Act 2005* (Vic), 2005/77; voir également Fitz-Gibbon et Sheehy, *supra* note 669, p. 200. N'oublions pas que « de façon générale, la provocation ne constitue pas un moyen de défense mais plutôt une circonstance atténuante : elle ne peut écarter la culpabilité, mais il est possible d'en tenir compte lors de la détermination de la sentence » : Commission de réforme du droit du Canada, *L'homicide*, Document de travail 33, Ottawa, Ministère des Approvisionnement et Services, 1984, p. 81

[710] Stewart, Felicity et Arie Freiberg. *Provocation in Sentencing – Research Report*, deuxième édition, Sentencing Advisory Council, juillet 2009, p. 4 [par. 1.1.10] (caractères italiques et soulignement ajoutés; traduction de l'auteur); voir également Fitz-Gibbon, Kate. « Homicide Law Reform in New South Wales: Examining the Merits of the Partial Defence of 'Extreme' Provocation » (2017) 40 *Melbourne Law Journal* 769, p. 796-797.

[711] Stewart et Freiberg. *ibid*, p. 47, par. 8.6.3 (caractères italiques ajoutés); voir également Fitz-Gibbon, *ibid*, p. 796-797.

en droit pénal canadien depuis l'amendement législatif de 2015. Bien qu'il ne saurait y avoir de parfaite équipollence entre quelque provocation que ce soit et un homicide, les modifications législatives de 2015 auraient tout de même opéré un certain resserrement qualitatif, illustré par l'intensification du degré de gravité requis pour l'acte provocateur. Par conséquent, l'acte provocateur, sans être parfaitement équivalent à l'acte subi, le meurtre, serait à tout le moins plus proportionnel en comparaison avec ce dernier. Or, la proportionnalité entre l'acte subi et la provocation pourrait constituer en droit pénal canadien le vecteur de ce resserrement qualitatif. Par conséquent, tout nous porte à croire, à la lumière de ce qui précède, que le « nouveau » paragraphe 232(2) C.cr. aurait institué une certaine forme de proportionnalité, imparfaite, dans la défense de provocation.

3.1.6 La proportionnalité à l'origine de la violation de la *Charte*

[181] La Cour suprême de Colombie-Britannique dans la décision *Simard* rendue en 2019 a conclu à l'inconstitutionnalité de l'amendement législatif de 2015 voulant que la défense de provocation soit limitée aux situations où la conduite de la victime constituerait un acte criminel prévu à la présente loi passible d'un emprisonnement de cinq ans ou plus[712]. La Cour supérieure du Québec est parvenue à la même conclusion en 2019 dans la décision *Fredette* précitée[713]. Plus récemment, en 2021, la Cour d'appel de l'Ontario dans l'arrêt *MacKinnon* a pris acte des décisions judiciaires rendues à propos de l'inconstitutionnalité du « nouveau » paragraphe 232(2) C.cr., mais elle ne les a pas considérées dans ses motifs, premièrement, parce que cette question n'avait pas été soulevée au stade du procès et, deuxièmement, parce qu'il n'y avait pas de décisions d'appel à ce sujet en Ontario lorsque la décision du tribunal d'instance a été rendue dans cette affaire[714].

[182] Comme nous venons de l'examiner, le « nouveau » paragraphe 232(2) C.cr. aurait institué une certaine forme de proportionnalité dans la défense de provocation. Or, la décision *Simard* notait[715]:

---

[712] *Simard*, *supra* note 658.
[713] *Fredette*, supra note 389, par. 219 et 222.
[714] *MacKinnon*, *supra* note 676, par. 786.
[715] *Simard*, *supra* note 658, par. 53 (traduction de l'auteur).

> Le caractère draconien des mesures utilisées par le législateur rendra[it] [le paragraphe 232(2) C.cr.] trop strict dans certaines circonstances, empêchant l'accès à la défense de provocation alors qu'elle devrait être disponible pour servir l'objectif de protection des femmes placées dans une situation de vulnérabilité. D'un autre côté, on pourrait faire valoir que les exigences ne sont pas suffisamment strictes dans d'autres circonstances, de sorte qu'elles n'offriraient aucun obstacle supplémentaire dans les situations où la défense de provocation ne devrait pas être disponible, ce qui aurait pour effet de ne pas protéger les femmes placées dans une situation de vulnérabilité.

Par conséquent, l'institution d'une certaine forme de proportionnalité dans la défense de provocation, qui tirerait sa source de l'amendement législatif de 2015, pourrait alors avoir eu pour effet de contevenir aux principes de justice fondamentale en vertu de l'article 7 de la *Charte* en ne permettant pas à une personne accusée, plus particulièrement les femmes placées dans une situation de vulnérabilité[716], de bénéficier de la défense de provocation. Comme le souligne d'ailleurs la décision *Fredette*, « les modifications [apportées au paragraphe 232(2) C.cr.] ne permettent plus à la femme victime de violence conjugale qui réagit par une attaque mortelle incontrôlée face à la violence verbale de son conjoint d'invoquer la défense de provocation afin de diminuer l'accusation de meurtre à celle d'homicide involontaire coupable, et ce même si le syndrome de la femme battue était existant »[717] .

3.1.7 Les interprétations stricte et élargie de la proportionnalité

[183] Dans son sens strict, l'exigence de proportionnalité suppose, comme règle distincte[718], une comparaison *directe* entre la provocation et la riposte[719]. Il serait difficile, selon certains[720], d'appliquer une telle règle quand des mots seuls, par exemple, peuvent constituer un acte provocateur. Cependant, un auteur affirme que la proportionnalité pourrait quand même avoir un rôle à jouer dans la défense de provocation, mais certainement pas, écrit-il, en examinant le lien causal entre la riposte et le meurtre[721]. Ainsi,

---

[716] *Fredette*, *supra* note 389, par. 51.
[717] *Ibid*, par. 135.
[718] Wan et Yu, *supra* note 668, p. 398-399.
[719] Ashworth, *supra* note 76, p. 318.
[720] Wan et Yu, *supra* note 668, p. 398.
[721] Mousourakis (1991), *supra* note 768, p. 69.

la proportionnalité pourrait, si on lui donne un sens plus large[722] – ce qu'elle a toujours eu de façon générale selon certains[723], se concevoir plutôt comme étant *subsumée* dans le concept de maîtrise de soi dans le sens où il faut se demander si la conduite provocatrice serait suffisante pour amener une « personne ordinaire » à perdre le contrôle au point de réagir d'une telle manière[724], soit celle de commettre le crime ultime qui est celui de prendre la vie d'une autre personne[725]. Dans le même esprit, Mousourakis remarque à propos de l'application de la proportionnalité (et de la raisonnabilité) à la défense de provocation[726]:

> […] considering the accused's mode of retaliation in relation to the provocation offered may be important in answering the question of whether the accused was provoked to lose her self-control *to such a degree as to commit an intentional killing*. This approach consorts with the position that *any reference to reasonableness or proportionality in the context of the provocation defence can only be relevant to answering the question of whether the provocation was such as to make the accused's giving way to anger and losing her self-control to such a degree as to lead her to commit an intentional killing* appear a likely or not unexpected reaction.

[184] En réponse à l'interprétation élargie du concept de maîtrise de soi, il faut souligner que le paragraphe 232(2) C.cr. se contente de ce que le comportement soit « de telle nature qu'[il] suffise à priver une personne ordinaire *du pouvoir de se maîtriser* ». Le professeur Rainville note d'ailleurs, de façon générale, à propos du pouvoir de se maîtriser qu'il s'agit pour l'inculpé de déroger « aux normes sociales escomptées s'il perd son sang froid lors même qu'une personne ordinaire ne se serait pas emportée »[727]. Le libellé du paragraphe 232(2) C.cr. n'inclut pas le fait pour une personne accusée d'agir de telle manière que cela lui fasse commettre un homicide. Cette inclusion correspondrait à une réécriture de ce paragraphe du *Code criminel*. Or, interpréter un article n'autorise pas de le réécrire en lui ajoutant des mots qui n'y figurent point[728].

---

[722] Wan et Yu, *supra* note 668, p. 398; Ashworth, *supra* note 76, p. 295.
[723] Ashworth, *ibid*, p. 295-296.
[724] Wan et Yu, *supra* note 668, p. 398-399.
[725] Voir, par exemple, *R. c. Charrette*, 2015 QCCS 3452, par. 155.
[726] Mousourakis (2007), *supra* note 670, p. 224 (caractères italiques et soulignement ajoutés).
[727] Rainville, *supra* note 354, p. 206.
[728] Voir, par exemple, dans un autre contexte : *Orphan Well Association c. Grant Thornton Ltd.*, [2019] 1 R.C.S. 150, par. 101; *McIntosh*, *supra* note 99, par. 71; *R. c. Macdonald*, 2012 ONCJ 877, par. 167; *Rivière-*

[185] Puisque certains ne reconnaissent pas la validité d'une exigence de proportionnalité qui puisse exister validement dans la comparaison entre l'acte provocateur et la riposte dans le sens où cette proportionnalité dépendrait du type et du degré de force utilisés[729], supputation qui a été décriée par plusieurs, et ce de plusieurs façons[730], la subsomption de la proportionnalité dans le concept de maîtrise de soi aurait tout de même l'intérêt, sur le plan des principes, de mettre l'accent sur la personne accusée plutôt que sur une telle comparaison[731]. Le lien causal devant être examiné dans ce contexte serait de comparer l'acte provocateur avec la perte de la maîtrise de soi, plutôt qu'un lien causal entre un tel acte et le meurtre[732]. Comme le souligne Wing Cheong, ce lien causal « may be viewed in one of two ways : by comparing the acts of provocation and the manner of killing the deceased; or *by comparing the acts of provocation and* ***the degree of loss of self-control***. *Disproportionality* between the two *in the later view* is only a *factor* to be considered in determining if the offender had completely lost his self-control on grave and sudden provocation »[733]. Ainsi, pour cette dernière approche, plus l'acte provocateur serait intense ou sévère, plus la personne subissant l'acte provocateur devrait fournir un effort psychologique pour garder le contrôle ses actions[734]. Cette approche reposerait légalement sur le fait qu'il n'y aurait pas d'exigence, selon Wan et Yu, d'une perte *totale* de la maîtrise de soi de sorte qu'il serait logique, de considérer une « personne ordinaire » dans le contexte de ce moyen de défense qui soit, par exemple, une personne irritée par une insulte provocatrice, mais qui saurait garder un certain contrôle sur l'intensité de sa riposte[735], le tout en fonction des circonstances de chaque cas.

---

du-Loup (Ville de) c. Lemieux, 2001 CanLII 18055 (QC CQ); *Coffrages Roca inc.*, 1998 CanLII 12999 (QC CA); *R. c. McDonald*, 1998 CanLII 13327 (ON CA).

[729] Lee, *supra* note 667, p. 2-3.

[730] Mousourakis (1991), *supra* note 768, p. 66.

[731] Wan et Yu, *supra* note 668, p. 397-399.

[732] Mousourakis (2007), *supra* note 670, p. 224-225; Quigley (1991), *supra* note 15, p. 249-250.

[733] Wing Cheong, Chan. « The Present and Future of Provocation As a Defence to Murder in Singapore » (2001) *Singapore Journal of Legal Studies* 453-474, p. 467 (caractères gras et italiques ajoutés).

[734] Mousourakis (2007), *supra* note 670, p. 224-225.

[735] Wan et Yu, *supra* note 668, p. 397.

3.2 Une proportionnalité subsumée au concept de « personne ordinaire » : lubie ou réalité ?

[186] Selon un auteur anglais, la norme de la « personne ordinaire » a été adoptée en droit anglais afin d'apporter une mesure (« *gauge* ») de proportionnalité à la défense de provocation[736]. Par conséquent, n'existerait-il pas alors une dichotomie entre, d'une part, le fait pour le droit pénal positif canadien d'exclure la proportionnalité de la défense de provocation, tandis que certaines juridictions autres que le Canada, d'autre part, considèrent que la proportionnalité est une des composantes de ce moyen de défense, et ce, par le biais, tant pour le Canada que pour ces autres juridictions, d'un **même** test juridique, soit celui de la « personne ordinaire » ? C'est ce sur quoi nous allons nous pencher immédiatement.

3.2.1 Le caractère hétérogène du test de la « personne ordinaire »

[187] Il ne faut pas se méprendre : le test de la « personne ordinaire » n'est pas appliqué de façon uniforme dans les juridictions de common law à toutes les situations où la défense de provocation peut être invoquée. Par exemple, la Haute Cour de Justice (Cour d'appel) d'Écosse a considéré ce test, dans l'arrêt *Gillon*[737], comme étant indésirable (« *undesirable* ») pour les cas de provocation pour cause de violence (« *provocation by violence* »). Elle avait pourtant indiqué auparavant dans l'arrêt *Drury*[738] qu'il faudrait appliquer un critère de *proportionnalité* en pareils cas. Le test de la « personne ordinaire » demeure toutefois applicable dans les cas de provocation pour cause d'infidélité (« *provocation by infidelity* »). L'exigence de proportionnalité serait incompatible, selon certains, avec l'idée que la découverte de l'adultère puisse être une provocation suffisante pour qu'on doive en mesurer la proportionnalité[739]. La provocation pour cause de violence

---

[736] McAviney, Vincent Patrick. *Should Anger Mitigate Murder? An examination of the Doctrine of Loss of Control*, mémoire de maîtrise, faculté de droit, Durham University, 2011, p. 35 (caractères italiques ajoutés).
[737] Chalmers, J. et Leverick, F. « Murder through the look glass: *Gillon v HM Advocate* » (2007) *Edinburgh Law Review* 11(2), p. 235; *Gillon c. HM*, 2006 S.L.T. 799.
[738] Chalmers et Leverick, *ibid*, p. 233; *Drury c. HM Advocate*, 2001 S.L.T. 1013.
[739] Singer, Richard. « The Resurgence of Mens Rea: I – Provocation, Emotional Disturbance, and the Model Penal Code » (1986) 27 *B.C.L. Rev.* 243, p. 264.

et la provocation pour cause d'infidélité sont les deux catégories relatives à la défense de provocation qui existent en droit écossais[740].

[188] Au Canada, il n'y a qu'un seul moyen de défense visant la provocation, lequel est prévu par l'article 232 C.cr. Il couvrirait ces deux catégories de provocation susmentionnées. L'article 232 C.cr. aurait peut-être l'avantage de la simplicité, sur papier, étant une disposition unique, tentaculaire, qui a vocation à couvrir l'ensemble des situations, mais cette simplicité pourrait peut-être constituer une boîte de Pandore lorsque vint le temps, comme ce fut le cas en 2015 par exemple, d'actualiser la disposition pertinente, ce qui confronta la défense de provocation de plein fouet, entre autres choses, avec son état supposément anachronique[741]. La décision *Fredette* précitée indique clairement que les modifications apportées à l'article 232 C.cr. visaient particulièrement un sujet qui se rattache à l'une des deux catégories de la provocation, si de telles catégories existaient en droit pénal canadien comme celles du droit pénal écossais, soit d'interdire la violence envers les femmes dans le contexte d'une infidélité[742]. Il serait alors possible d'en déduire si on utilisait par analogie la grille d'analyse bicéphale de défense de provocation en Écosse, que ces modifications ne visaient pas la provocation pour cause de violence. Si cette grille d'analyse était appliquée au droit pénal canadien, cela pourrait ainsi créer en droit pénal canadien un certain déséquilibre conceptuel, sinon une incohérence, au sein même de la défense de provocation au Canada qui n'a, rappelons-le, qu'une *seule* disposition la couvrant dans son entièreté. Or, celle-ci serait alors divisée, sinon *dévorée* en termes imagés, de l'intérieur sur le plan des principes par la présence de ce déséquilibre.

---

[740] *Drury c. HM Advocate*, *supra* note 738, par. 5-6 (Opinion de Lord Nimmo Smith).

[741] En guise de comparaison, voir New South Wales Law Reform Commission, Discusson Paper 31, *Provocation, Diminished Responsibility and Infanticide*, August 1993, par. 3.121 : « Section 232 of the *Criminal Code* is essentially the same as s. 160 of the Tasmanian Code » (ci-après « New South Wales Law Reform Commission (1993) »). Or, la défense de provocation a été abolie en 2003 en Tasmanie par *Criminal Code Amendment (Abolition of Defence of Provocation) Act 2003 – An Act to amend the Criminal Code Act 1924*.

[742] *Fredette*, *supra* note 389, par. 51.

3.2.2 Les deux formes concurrentes du test de la « personne ordinaire »

[189] Le test de la « personne ordinaire » aurait deux formes concurrentes. La première forme serait représentée par la règle des représailles raisonnables (« *reasonable retaliation* ») qui, selon Yeo, perpétuerait l'erreur d'insister sur l'examen rationnel de la proportionnalité de la riposte de la personne accusée alors que le fondement de la défense de provocation est la perte de maîtrise de soi. En revanche, la deuxième forme écarte cette règle et serait alors, selon Yeo, celle à privilégier[743]. L'évolution du test de la « personne ordinaire » ayant suivi deux voies différentes dans la jurisprudence, lesquelles voies existent en parallèle, a peut-être été rendue possible par le fait que le concept de « personne ordinaire » « constitue […] un cas type de ce que Hart appelait la « texture ouverte » du droit, en ce qu'il s'agit d'une notion au contenu suffisamment indéterminé pour demeurer adaptable à des situations diverses et à des contextes culturels évolutifs […] la jurisprudence fournit un nombre suffisant d'indices permettant sinon d'en identifier les traits les plus essentiels »[744]. Ainsi, la flexibilité induite par le fait d'être une notion au contenu indéterminé, selon ce que nous venons de voir, aurait permis, à notre avis, au test de la « personne ordinaire » d'exister sous deux formes différentes.

3.2.2.1 L'*inclusion* de la proportionnalité dans le test de la « personne ordinaire »

[190] La première forme du test de la « personne ordinaire », adoptée principalement par certaines décisions anglaises, australiennes et singapouriennes, exige, selon ce qu'indique par exemple la Chambre des lords dans l'arrêt *Camplin*[745], qu'une personne ordinaire ait perdu le pouvoir de se maîtriser *au point d'agir*, en tuant la personne ayant commis l'acte

---

[743] Yeo, Stanley. « Lessons on Provocation from the Indian Penal Code » (1992) 41 I.C.L.Q. 615, p. 620-621 (ci-après « Yeo (1992) ».

[744] Tremblay, Ugo Gilbert. « Provocation, Anger and Self-Control : Can the Ordinary Person Survive to the Rise of Neuroscience » (2016) 50 *R.J.T.* n.s. 273, p. 231; voir également Hart, Herbert L.A. *The Concept of Law*, Oxford, Clarendon Press, 1961.

[745] *D.P.P. c. Camplin* [1978] A.C. 705, p. 718: « the question is *not merely* whether such a person would in like circumstances be provoked to lose his self-control but *also* whether he would react to the provocation *as the accused did* » (caractères italiques ajoutés). ***Contra*** : *R. c. Carpenter*, 1993 CanLII 8591 (ON CA), p. 197 : « The question *is not* whether an ordinary person would have done *as the accused did*, but whether an ordinary person would have lost the power of self-control » (caractères italiques ajoutés). Le droit pénal anglais contraste ici de façon évidente avec le droit pénal canadien.

provocateur, ***de la même façon*** *que la personne accusée*. L'approche adoptée par ce courant jurisprudentiel met l'accent sur la proportionnalité[746].

[191] La Haute Cour d'Australie affirme dans l'arrêt *Masciantonio* que « it is now well established that the question of proportionality is *absorbed* in the application of the test on the effect of the provocation upon the ordinary person »[747]. Dans l'arrêt *Stingel*[748], la même cour cite avec approbation la décision *Parker* qui avait été précédemment rendue par la Cour des appels du conseil privé d'Australie, laquelle affirmait que « the question is not whether there was some loss of self-control, but *whether the loss of self-control was of such* ***extent and degree*** as to provide an explanation for, or to constitute, in some measure, an excuse for the acts causing death »[749]. Pour sa part, la Commission de réforme du droit du Queensland australien affirma que la défense de provocation « implicitly recognises that loss of self-control is a question of degree »[750]. Cela étant dit, la Commission de réforme du droit du Queensland se repose à ce sujet sur l'article 269 du *Code criminel* du Queensland, lequel prévoit à son paragraphe 1 que la force utilisée dans le contexte de la riposte ne soit pas *disproportionnée* à la provocation (« *the force used is not disproportionate to the provocation* »)[751]. Par conséquent, il va de soi, si l'on peut s'exprimer ainsi, pour la Commission du droit du Queensland d'inclure la proportionnalité dans sa conception de la défense de provocation, ne serait-ce que par simple souci de cohérence avec la législation applicable.

[192] L'arrêt *Vijayan* de la Cour d'appel criminel de Singapour suggère une approche en deux volets : « the test to be applied is, whether the act or acts alleged to constitute provocation have deprived a reasonable man of his self-control and induced him to the act which cause the death of the deceased <u>and</u> [then] in applying this test *it is relevant to look*

---

[746] Roach (2018), *supra* note 101, 2018, p. 456.
[747] *Masciantonio c. R.* (1995) 183 CLR 58, par. 29 (caractères italiques ajoutés); un autre extrait de cet arrêt est cité avec approbation par la Cour d'appel de l'Ontario dans l'arrêt *Hill*, *supra* note 683, par. 95, mais sur un autre sujet que la proportionnalité.
[748] *Stingel c. R.* [1990] HCA 61, par. 17.
[749] *Parker c. R.* [1964] UKPCHCA 1, p. 641 (caractères gras et italiques ajoutés).
[750] *Ibid*.
[751] *Criminal Code Act 1899*, Queensland, Australie.

at and compare the act of provocation with the fact of retaliation »[752]. Selon cette dernière approche, la riposte de la personne accusée doit être raisonnablement *proportionnée* au *degré* de provocation auquel elle est confrontée[753]. Ainsi, la considération d'un degré, ou d'une juste mesure, en pareille occurrence, implique la notion de proportionnalité, et ce, pour les trois juridictions que nous venons d'évoquer. Selon Ashworth, le *degré* de perte de maîtrise de soi lorsqu'il est lié à la gravité de la provocation serait le véritable fondement (« *the true basis* ») de l'exigence de proportionnalité pour la défense de provocation[754]. Toutefois, nous verrons plus loin que ce n'est pas le seul. L'exigence de proportionnalité reposerait donc, toujours selon Ashworth, sur le fait qu'il existe des *degrés* de perte de maîtrise de soi[755]. Ainsi, le concept de « personne ordinaire » serait associé à la proportionnalité également dans certaines subdivisions territoriales de l'Australie[756]. La Commission de réforme du droit de la Nouvelle-Galles du Sud en Australie qualifie d'ailleurs d'« évident » le fait que la décision *Parker* précitée soit une reconnaissance que la loi exige *toujours* un certain degré de proportionnalité (« *some degree of proportionality* ») entre l'acte provocateur et la riposte[757]. Nous devrons mettre un bémol à cette affirmation péremptoire.

3.2.2.1.1 La rétrocession de la proportionnalité au rang de facteur

[193] La Commission de réforme du droit de la Nouvelle-Galles du Sud en Australie remarquait à propos de la défense de provocation, telle qu'elle s'appliquait en 1993 sur son territoire, que la proportionnalité n'est plus un critère à considérer pour la défense de

---

[752] *Vijayan c. P.P.* [1975] 2 M.L.J. 8, p. 12 (caractères italiques et soulignement ajoutés).
[753] Wan et Yu, *supra* note 668, p. 396.
[754] Ashworth, *supra* note 76, p. 305
[755] *Ibid*.
[756] Colvin, *supra* note 70, p. 211-212 : « The accused must have fallen below the minimum self-control that would be conceivable for the ordinary person. This *dimension of proportionality* is ignored in the position adopted for murder by the Western Australian courts and in the Northern Territory Code » (caractères italiques ajoutés), mais cette dimension de proportionnalité est reconnue dans d'autres subdivisions territoriales de l'Australie.
[757] New South Wales Law Reform Commission (1993), *supra* note 741, par. 3.67 (caractères italiques ajoutés); l'article 23(3)(a) *Crimes Act 1900 No 40* (Nouvelle-Galles du Sud) (Australie) en vigueur le 1er août 1993 prévoyait que « there was not a reasonable *proportion* between the act or omission causing death and the conducty of the deceased that induced the act or omission » (caractères italiques ajoutés). Depuis lors, la défense de provocation a été remplacée par une défense d'extrême provocation et la proportionnalité n'y apparaît plus : voir art. 23 *Crimes Act 1900 No 40* (Nouvelle-Galles du Sud) (Australie), version à jour le 8 décembre 2021.

provocation et qu'elle est plutôt désormais un *facteur* (« *proportionality is merely a factor* ») servant à déterminer, dans une relation de cause à effet, si la riposte, dans une situation précise, pourrait avoir été causée par la provocation[758]. Cette rétrocession de la proportionnalité au rang de facteur pour ce qui est de la défense de provocation en Australie pourrait donner l'impression que celle-ci s'apparente à la rétrocession qu'a connue la proportionnalité dans le cadre de la légitime défense au Canada depuis la Réforme de 2013. Toutefois, il faut se garder de tirer une conclusion trop hâtive à ce sujet. La CSC dans l'arrêt *Khill* fait bien la distinction entre « le but que visait la personne accusée en commettant l'acte qui constitue l'infraction »[759], lequel est prévu par l'alinéa 34(1)b) C.cr., et l'analyse du caractère raisonnable de la riposte en vertu de l'alinéa 34(1)c) C.cr. Or, la rétrocession de la proportionnalité au rang de facteur en ce qui concerne la légitime défense touche l'analyse du caractère raisonnable de la riposte et non, comme cela semble avoir été le cas pour la défense de provocation en Australie, l'analyse du mobile ou du but poursuivi par la personne accusée, lequel, comme l'indique la CSC dans l'arrêt *Khill*, « peut évoluer à mesure qu'un incident progresse ou s'aggrave »[760].

3.2.2.1.2 La proportionnalité et le flottement entre la défense de provocation et la légitime défense

[194] N'oubliant pas les différences que nous venons d'évoquer entre la légitime défense au Canada et la défense de provocation en Australie, il n'en demeure pas moins que la proximité conceptuelle existant entre la rétrocession de la proportionnalité au rang de facteur prévue pour la première et celle décrite par la Commission de réforme du droit de la Nouvelle-Galles du Sud prévue pour la dernière ne devrait surprendre personne vu le possible flottement pouvant exister entre ces deux moyens de défense dans des situations où, par exemple, ce qui a commencé comme une riposte violente à une provocation pourrait hypothétiquement se transformer (« *morph* ») en légitime défense et vice-versa[761]. En pareils cas, il faut souligner que le moyen de défense de la personne accusée passerait d'un

[758] New South Wales Law Reform Commission (1993), *ibid*, par. 3.107 (caractères italiques ajoutés).
[759] *Khill*, *supra* note 91, par. 59.
[760] *Ibid*, par. 61.
[761] Weisbord (2020), *supra* note 127, p. 156-157; voir également, par exemple, *R. c. Rasberry*, 2017 ABCA 135.

moyen de défense (la provocation) *ne prévoyant pas expressément de proportionnalité* en droit pénal positif canadien à un autre moyen de défense (la légitime défense) qui *la prévoit* et vice-versa. Ainsi, non seulement y aurait-il un flottement possible entre ces deux moyens de défense, et ce en fonction des circonstances, mais il y aurait aussi un ajustement de l'étendue de la protection offerte par l'un ou l'autre de ces deux moyens de défense, illustrée par l'application ou non de la proportionnalité selon le cas.

3.2.2.2 L'*exclusion* de la proportionnalité dans le test de la « personne ordinaire »

[195] Pour sa part, le Canada aurait ceci de commun avec l'Inde[762] que la deuxième forme du test de la « personne ordinaire » s'appliquerait dans ces deux pays[763]. Celle-ci veut qu'une personne ordinaire ait perdu le pouvoir de se maîtriser *sans plus*[764] : il suffirait alors que la perte du pouvoir de se maîtriser soit causée par la provocation[765], contrairement à la « première forme » détaillée ci-haut. Cette « deuxième forme » n'inclurait pas de proportionnalité car cette approche éliminerait, selon Roach, toute exigence voulant que la riposte de la personne accusée soit même vaguement proportionnée (« *roughly proportionate* ») à l'acte ou à l'insulte[766].

---

[762] En aparté, notons que l'Inde a beaucoup plus en commun du point de vue légal avec le Canada que ce que le commun des mortels pourrait spontanément penser. Voir, par exemple, Lafrance, Sébastien. « Should Canadian Law Matter to Indian Jurists ? Advocating for More Substantial Legal Discussion Between the 'Long Lost Siblings' » (8 juillet 2020) *The Contemporary Law Forum*.

[763] Yeo (1992), *supra* note 743, p. 620-621 : « The first [of the two competing forms] is embraced by English, Australian and *possibly Canadian* decisions » (caractères italiques ajoutés). Toutefois, nous sommes d'avis qu'à l'époque où cet auteur a rédigé ces lignes que la « deuxième forme », non pas la première comme le suggère Yeo, était celle qui représentait l'état du droit au Canada en 1992, comme nous le décrivons plus loin dans le corps du texte.

[764] Même si « un passage de l'arrêt *Mayuran* pourrait laisser croire le contraire, mais tant la jurisprudence que la doctrine ont interprété [un] extrait [précis] comme n'ayant pas voulu ajouter, sans discussion, cette exigence de proportionnalité » : Villeneuve Ménard, Francis. JurisClasseur Québec, Collection Droit pénal, Droit pénal général, Fascicule 17 : « La provocation », feuilles mobiles, Montréal, LexisNexis, 2013, à jour au 11 novembre 2020; *R. c. Mayuran*, [2012] 2 R.C.S. 162, par. 31 : « une personne ordinaire placée dans les mêmes circonstances […] serait privée du pouvoir de se maîtriser lorsqu'on la « réprimande » à propos de son degré d'instruction, au point qu'elle en viendrait à poignarder la personne […] dans un accès de rage ».

[765] New South Wales Law Reform Commission (1993), *supra* note 741, par. 3.121.

[766] Roach (2018), *supra* note 101, p. 456; *Carpenter*, *supra* note 745, p. 197 : « The "ordinary person" test is directed to loss of control, *not the conduct flowing from that loss of control*. The question *is not* whether an ordinary person would have done *as the accused did*, but whether an ordinary person would have lost the power of self-control » (caractères italiques ajoutés); *R. c. Cameron*, 1992 CanLII 7440 (ON CA).

3.2.2.2.1 La similitude des approches indienne et canadienne

[196] La décision indienne de la Cour suprême dans l'affaire *Akhtar* rejette catégoriquement la proportionnalité pour la défense de provocation[767]:

> In determining whether an accused person was overwhelmed by a grave and sudden provocation, the Courts in this country do and must investigate whether the offender acted reasonably or normally or properly, as an average person in the position and circumstances of the offender may be expected to do, until the point in time at which the offender is actually deprived of his power of self-control. But, once his power of self-control has been lost, *it would be **futile** to expect him to retain such a **degree of control** over himself as to exercise choice over the weapon used by him for the attack or to show that his 'mode of resentment' bore 'a **reasonable relationship** to the provocation' which operated upon him*.

Notons, en guise d'éclaircissement, que la règle « variously known as the *reasonable relation*, retaliation, or ***proportion*** rule, was succinctly stated in *Mancini* »[768], qui est un arrêt de la Chambre des lords, rendu en 1942, arrêt qui a d'ailleurs fait couler beaucoup d'encre[769]. Selon Yeo, cette règle de la riposte raisonnable (« *reasonable retaliation* ») perpétue l'erreur d'orienter l'analyse à faire sur l'évaluation faite par la personne accusée de *la riposte la plus proportionnée* (« *the most proportionate mode of response* ») dans les circonstances, alors que le fondement de la défense de provocation doit mettre l'accent sur la perte du pouvoir de se maîtriser[770]. Il s'agit d'une piste intéressante à propos de laquelle nous allons revenir.

---

[767] *Akhtar c. State*, AIR 1964 All 262, p. 266 (caractères gras et italiques ajoutés); voir également Yeo, Stanley. *Unrestrained Killings and the Law – Provocative and Excessive Self-Defence in India, England and Australia*, Oxford University Press, 1998, p. 105.

[768] Smith, A.T.H., *An Analysis of Some Aspects of the Defence of Provocation in Homicide*, mémoire de maîtrise, faculté de droit, Université de Canterbury, 1972, p. 73; New South Wales Law Reform Commission (1993), *supra* note 741, par. 3.17. La CSC s'est référée à plusieurs reprises à la décision anglaise *Mancini c. D.P.P.*, [1942] A.C. 1, par exemple dans les arrêts *Cinous*, *supra* note 377, par. 145, 150-151; *R. c. Robertson*, [1987] 1 R.C.S. 918, par. 32-33; *Faid*, *supra* note 231, p. 276; *Linney c. R.*, [1978] 1 R.C.S. 646, p. 651; *Huculak c. R.* / *Workman c. R.*, [1963] R.C.S. 266, p. 273; *Latour c. R.*, [1951] R.C.S. 19, p. 25; *Taylor c. R.*, [1947] R.C.S. 462, p. 468 et p. 477, mais, à aucun moment, ne s'est-elle référée spécifiquement à la notion de proportionnalité qui y est utilisée dans le contexte de la défense de provocation; *R c. Walker*, [1969] 1 W.L.R. 311 : « [p]lainly, one *vital* element for the jury's consideration in *all* these cases is the *proportion* between the provocation and the retaliation » (caractères italiques ajoutés); Mousourakis, George. *Shifting Grounds of Criminal Liability: Justification and Excuse in the Theory of Provocation*, thèse de doctorat, faculté de droit, University of Edinburgh, 1991, p. 69 : « *Mancini* has now been overruled by s. 3 of the Homicide Act 1957 » (ci-après « Mousourakis (1991) »).

[769] *Mancini c. D.P.P.*, *ibid*; voir également *Holmes c. D.P.P.* [1946] Q.C. 588, p. 597.

[770] Yeo (1992), *supra* note 743, p. 620-621 (caractères italiques ajoutés).

[197] Une auteure canadienne soutient la même position, à toute chose près, concernant la proportionnalité dans le contexte de la défense de provocation que celle avancée dans la décision indienne précitée[771]:

> Il est ***illusoire*** d'exiger la modération dans la rage, surtout dans le choix d'une arme appropriée aux représailles; celui qui tue lorsque privé de la maîtrise de soi, le fait avec n'importe quel objet à sa portée. *L'être humain n'équilibre pas sa réaction à la provocation reçue :* ***il perd son sang-froid ou il le conserve***; et fréquemment, *la preuve que l'accusé a répondu à la provocation de façon raisonnable indique qu'il a gardé un degré quelconque de contrôle*.

3.2.2.2.2 Une équation algébrique excluant la proportionnalité

[198] Lorsqu'il rejette l'application de la proportionnalité à la défense de provocation, Coughlan semble faire une affirmation qui s'inspire d'une règle de trois[772]. Il utilise comme termes (variables) de cette équation : les moyens de défense, la proportionnalité et la raisonnabilité. Il affirme : « where the other defences *combine* aspects of reasonableness and proportionateness, it is clear that to kill in response to provocation is *not* proportionate. Provocation does, though, incorporate a reasonable standard »[773].

« Affirmation-équation » de Coughlan

$\boldsymbol{x}$ = proportionnalité

$\boldsymbol{y}$ = raisonnabilité

Moyens de défenses *autres* que la défense de provocation = $\boldsymbol{x} + \boldsymbol{y}$

$\boldsymbol{x} \not\subset$ défense de provocation, donc tuer $\neq \boldsymbol{x}$

---

[771] Vanasse, *supra* note 672, p. 96-97 (caractères gras et italiques ajoutés); Selon cette compréhension de la défense de provocation, « killing under provocation can be the antithesis of a proportional response and still fall with the partial defence created by s. 232 » du *Code criminel* : *Hill*, *supra* note 683, par. 77; Lee, *supra* note 667, p. 429 : « Some would reject a proportionality requirement in provocation doctrine on the ground that once a person has been provoked into a heat of passion, he [or she] cannot control the mode or degree of force he uses to retaliate against his provoker. This criticism might be persuasive if the presence of passion completely obliterated the ability to control one's actions. *The law, however, assumes that there are degrees of loss of self-control* » (caractères italiques ajoutés). Cependant, le droit pénal positif au Canada, à savoir tant le *Code criminel* que la jurisprudence, ne présume pas pareille chose; voir également Wan et Yu, *supra* note 668, p. 597.

[772] En mathématiques, la règle de trois est une méthode pour trouver le quatrième terme parmi quatre termes ayant un même rapport de proportion lorsque trois de ces termes sont connus.

[773] Coughlan (2008), *supra* note 8, p. 177 (caractères italiques ajoutés).

Ce rejet de la proportionnalité pour la défense de provocation est formulé de façon simple, peut-être trop simple à notre avis, si bien qu'il nous semble devoir être critiqué de plusieurs façons, façons pertinentes en l'occurrence. En voici deux. Comme nous l'avons suggéré précédemment, la proportionnalité qui existe depuis la Réforme de 2013 pour la légitime défense pourrait, entre autres possibilités examinées, prendre sa source dans la possibilité d'être *subsumée* à la raisonnabilité [774]. La proportionnalité et la raisonnabilité *cohabiteraient* ainsi dans le même ensemble conceptuel, un peu à la manière d'un diagramme de Venn[775]. Cette dernière possibilité remettrait alors en question la validité de l'« affirmation-équation », pour faire un néologisme, formulée par Coughlan. En effet, selon notre propre raisonnement, ou selon notre propre matrice (pour poursuivre l'utilisation d'une terminologie propre aux mathématiques) donnée dans notre exemple concernant la légitime défense, il serait possible, en appliquant cet exemple *mutatis mutandis* à la défense de provocation, de tuer une personne et que ce soit considéré comme étant *à la fois* proportionnel et raisonnable, *seulement* sur cette base logique d'une règle de trois où les termes (*variables*) auraient été légèrement modifiés par les prémisses de notre exemple. À notre avis, ce serait trop réducteur comme raisonnement et cela n'est pas un raisonnement juridique, même si cela peut être imparable du point de vue des mathématiques algébriques.

[199] Par ailleurs, s'il fallait appliquer (ou calquer) l'« affirmation-équation » de Coughlan à la défense des biens post-Réforme de 2013, ce qui serait logiquement possible dans la mesure où ce moyen de défense n'inclut pas (comme la défense de provocation), rappelons-le, de proportionnalité au sein de son « nouveau » libellé, contrairement à la légitime défense, mais inclut seulement une condition de raisonnabilité[776] (encore une fois, comme la défense de provocation), il serait alors possible de suggérer, en toute logique, l'équation suivante qui reprend la formulation exprimée par Coughlan, en ne remplaçant que le terme (*variable*) « provocation » dans cette dernière par le terme « défense des

[774] Hay, *supra* note 188, p. 181 : « the *twin* requirements of necessity and proportion have largely been collapsed into one […] both of which are often *subsumed* by the term "reasonable" » (caractères italiques ajoutés).
[775] Lareau, *supra* note 35, p. 111.
[776] Alinéa 35(1)d) C.cr.

biens » : « it is clear that to kill in defense of property is *not* proportionate. Defence of property does, though, incorporate a reasonable standard ». Cette affirmation est pourtant problématique car l'absence de proportionnalité dans le libellé de la défense des biens pourrait plutôt mener, au moins selon certains, si on en fait une lecture littérale, à une conclusion diamétralement opposée. Par conséquent, cette « affirmation-équation » qui aurait pu être *prima facie* un syllogisme intéressant nous apparaît plutôt être, sous toutes réserves, possiblement du domaine du sophisme.

3.2.3 L'incertitude concernant la place accordée à la proportionnalité

[200] Afin de tenter d'élucider, autant que faire se peut, la question de la place accordée à la proportionnalité dans le cadre du test de la « personne ordinaire » qui s'applique pour la défense de provocation en droit pénal canadien, jettons de nouveau un coup d'œil à certaines décisions judiciaires, différentes de celles qui ont fait l'objet de nos commentaires jusqu'à présent, et qui font partie de la « première forme », laquelle inclut la proportionnalité entre l'acte provocateur et la riposte. Nous pourrons alors tenter de vérifier s'il est possible que la proportionnalité puisse éventuellement trouver application dans le test de la « personne ordinaire » pour la défense de provocation en droit pénal canadien.

3.2.3.1 L'évolution en dents de scie de la proportionnalité en droit pénal anglais

[201] La pérennité de la place qu'occupe la proportionnalité dans la défense de provocation ne semble pas avoir été déterminée en droit pénal anglais, jusqu'à son abolition il y a un peu plus d'une décennie[777]. Jusqu'au moment où ce coup de grâce législatif mette fin à l'existence de ce moyen de défense, la proportionnalité semble y avoir été en pleine mouvance, y compris dans la jurisprudence plus ou moins récente. Par exemple, la Chambre des lords dans l'arrêt *Smith* de 2001 semblait, d'une part, mettre de l'avant la prépondérance de la proportionnalité dans le cadre de la défense de provocation en affirmant que la proportionnalité devrait s'appliquer à la comparaison entre l'acte

[777] Article 56 du *Coroners and Justice Act 2009* : « The common law defence of provocation is abolished ». Voir également Douglas et Reed, *supra* note 657, p. 271.

provocateur et la riposte[778]. Cela pourrait coïncider avec la conception que l'on se faisait de la proportionnalité en Angleterre il y a quelques décennies alors qu'elle était érigée à un rang allant au-delà d'un simple facteur (« *elevated the proportion test into something more than a mere factor* »)[779].

[202] Cependant, à l'inverse, l'importance de la proportionnalité dans le contexte de ce moyen de défense semble aussi avoir été amenuisée par la même cour, la Chambre des lords, dans l'arrêt *Acott*, rendu en 1997 – quatre ans avant l'arrêt *Smith* précité, dans lequel elle qualifiait la proportionnalité d'élément factuel important (« *important factual element* ») même s'il n'y a plus, en droit anglais, de règle de proportionnalité qui s'applique à la comparaison entre l'acte provocateur et la riposte[780]. Ainsi, l'évolution en dents de scie, ou ce mouvement de va-et-vient pour être plus précis (vu l'ensemble des décisions anglaises répertoriées et discutées dans ce document), que semble connaître la proportionnalité en droit pénal anglais la rend d'une utilité modérée pour nos fins. Il faudrait donc regarder ailleurs pour trouver, peut-être, un exemple probant, qui a traversé l'épreuve du temps, portant sur la proportionnalité dans le contexte de ce moyen de défense, qui pourrait être utile afin de mieux comprendre notre propre droit pénal et ce qui pourrait, ou non, le composer éventuellement[781].

3.2.3.2 Certains doutes planant sur l'existence de la proportionnalité en droit pénal canadien

[203] Ce qui précède pourrait sonner le glas de la possible existence de la proportionnalité au sein de la défense de provocation. Devrions-nous arrêter là notre analyse ? Nous croyons devoir répondre par la négative et suggérons de la pousser un cran plus loin car, comme le soulève un auteur britannique, « [t]o what extent proportionality remains a requirement of the defence [of provocation] is open to doubt »[782], y compris, à notre avis, au Canada. De

---

[778] *R. c. Smith*, [2001] 1 A.C. 146 : « there should be a proportionality between the provocation and the response measured by what is acceptable to society ».
[779] Smith, A.T.H., *supra* note 768, p. 85; voir également *Att.-Gen. for Ceylon c. Kumarasinghege Don John Perera Perera* [1953] A.C. 200.
[780] *R. c. Acott*, [1997] 1 All E.R. 706 (H.L.).
[781] Gautam et Lafrance, *supra* note 85.
[782] Ashworth, *supra* note 76, p. 302.

plus, certains soulignent que « [t]he requirement of proportionality attracted some criticism initially as it was thought illogical to expect an angry man to react *proportionally* »[783]. La question de la place de la proportionnalité demeure complexe, dans un contexte où, comme celui du droit pénal canadien, la proportionnalité n'est pas prévue explicitement par la législation pour la défense de provocation. Certains arrêts en droit pénal canadien pourraient avoir semé quelques doutes quant au rôle joué par la proportionnalité dans la défense de provocation. Nous allons en examiner un plus spécifiquement.

3.2.3.2.1 Un premier doute : la personne ordinaire placée dans les mêmes circonstances que la personne accusée

[204] La Cour d'appel de l'Ontario a rendu l'arrêt *Hill* en 2015, lequel pourrait donner l'impression d'insuffler un vent de changement à propos du test de la « personne ordinaire » qui s'applique pour la défense de provocation, car elle y exprime que « [t]he impact of the provocative act on the ordinary person must also be *contextualized, meaning it must be considered in the context of the circumstances* ***faced by the accused****. The question is – would an ordinary person,* ***placed in the circumstances of the accused****, be deprived of the power of self-control ?* »[784]. Semblant ainsi prendre ses distances d'avec l'approche étroite de la « première forme » du test de la « personne ordinaire », ce qu'exprime ici la Cour d'appel de l'Ontario dans *Hill* se rapproche beaucoup de ce qu'affirmait la Chambre des lords dans l'arrêt *Camplin*[785], soit de déterminer si la « personne ordinaire » aurait agi de la même façon que la personne accusée dans les circonstances. Or, l'arrêt *Camplin* appartient à un courant jurisprudentiel qui met l'accent sur la proportionnalité à cet égard[786]. Pris isolément, cette affirmation de la Cour d'appel de l'Ontario pourrait laisser croire à un possible changement d'orientation concernant l'approche à adopter pour le test de la « personne ordinaire ». Cette affirmation pourrait

---

[783] Queensland Law Reform Commission, *A Review of the Defence of Provocation, Discussion Paper*, WP No 63, Août 2008, p. 204 (caractères italiques ajoutés).
[784] *Hill*, *supra* note 683, par. 80 (caractères gras et italiques ajoutés). Voir également *Tran*, *supra* note 352, par. 35 : pour la défense de provocation, « il existe une distinction importante entre la contextualisation de la norme objective, qui est nécessaire et opportune, et *son individualisation, qui contrecarre son objectif même* » (caractères italiques ajoutés); *Cairney*, *supra* note 377, par. 40.
[785] *Camplin*, *supra* note 745, p. 718: « whether [the "ordinary person"] would react to the provocation *as the accused did* »; voir également *Homicide Act, 1957*, 5 and 6 Eliz. Ch. 11, article 3.
[786] Roach (2018), *supra* note 101, 2018, p. 456.

aussi laisser croire à un certain réalignement de cette cour avec le droit anglais de l'époque. Toutefois, la Cour d'appel de l'Ontario prend soin dans le même arrêt de clarifier que *contrairement au droit anglais*, le paragraphe 232(2) C.cr. n'exige pas expressément qu'une personne ordinaire, qui a perdu la maîtrise d'elle-même, *agisse comme la personne accusée a agi*[787]. L'accent est mis en droit pénal canadien, toujours selon cette cour, sur la perte de la maîtrise de soi (« *loss of control* »)[788]. Toutefois, cette clarification de la Cour semble peu convaincante lorsqu'on la compare avec ce qu'elle exprimait elle-même à propos de la question qu'il convient de se poser en matière de défense de provocation, soit qu'il faille déterminer si une personne ordinaire, *placée dans les mêmes circonstances que la personne accusée*, aurait été dépourvue du pouvoir de se maîtriser. Cette clarification apparaît encore moins convaincante lorsqu'on constate que la Cour d'appel de l'Ontario cite, avec approbation[789], un paragraphe de l'arrêt *Masciantonio* de la Haute Cour d'Australie qui énonce sans ambiguité que la question qu'il faut se poser est « whether an ordinary person could have lost control *to the extent that the accused did* »[790].

3.2.3.2.2 Un second doute : la présence de différents degrés de perte de contrôle de soi

[205] Même si la Cour d'appel de l'Ontario soutient dans le même arrêt que nous venons d'examiner que la défense de provocation ne mesure pas la conduite de la personne accusée selon des standards de raisonnabilité ou de *proportionnalité*[791], il n'en demeure pas moins qu'un doute supplémentaire concernant l'existence d'une certaine forme de proportionnalité pourrait surgir, à notre avis, lorsqu'elle y affirme que *tout* type de perte de maîtrise de soi ne saurait rencontrer le critère de la « personne ordinaire » de la défense de provocation[792]. La CSC affirme la même chose dans l'arrêt *Tran*, au paragraphe 22, soit

---

[787] *Hill*, *supra* note 683, par. 93 (caractères italiques ajoutés).
[788] *Ibid* (caractères italiques ajoutés).
[789] *Ibid*, par. 95.
[790] *Masciantonio*, *supra* note 747, par. 34 : « The question is not whether an ordinary person, having lost his self-control, would have regained his composure sooner than the accused nor is it whether he would have inflicted a lesser number of wounds. It is whether an ordinary person could have lost control *to the extent that the accused did* » (caractères italiques ajoutés).
[791] *Hill*, *supra* note 683, par. 88.
[792] *Ibid*, par. 94 : « I do not […] read the authories from this court […] as suggesting that any level of loss of self-control by the [...] ordinary person would satisfy the ordinary person component of the provocation test ».

que « [l]a perte de la maîtrise de soi n'est pas excusée dans tous les cas »[793]. Or, la CSC soutient également dans l'arrêt *Tran* au même paragraphe « qu'en raison de la fragilité humaine, l'accusé a réagi de façon intempestive et *disproportionnée*, mais compréhensible, à une action injuste ou une insulte suffisamment grave »[794], ce qui pourrait laisser entendre, même si cet arrêt a déjà été cité à l'appui du rejet de la proportionnalité pour la défense de provocation[795], que la CSC y aurait entériné, dans une certaine mesure, l'existence d'une certaine forme de proportionnalité au sein de ce moyen de défense.

[206] Au soutien de cette prétention voulant que *tout* type de perte de maîtrise de soi ne saurait rencontrer le critère de la « personne ordinaire » de la défense de provocation, la Cour d'appel de l'Ontario dans l'arrêt *Hill* donne l'exemple de la « personne ordinaire » qui insulte, en riposte, l'individu ayant commis l'acte provocateur. Dans un cas semblable, le *degré* (« *degree of loss of control* ») de perte de maîtrise de soi n'obéirait pas au test de la « personne ordinaire » de la défense de provocation parce que cette provocation ne devrait pas mener cette personne à former l'intention de tuer ou d'infliger des lésions corporelles graves. Il pourrait alors y avoir, en droit pénal canadien, différents *degrés* de perte de contrôle de soi, dont seulement certaines de ses manifestations, les plus accentuées[796], seraient couvertes par l'article 232 C.cr. Cette gradation pourrait peut-être constituer, à la lumière de ce qu'affirme la CSC dans l'arrêt *Tran* précité, une certaine proportionnalité qui prendrait forme dans la comparaison entre l'acte commis par la personne accusée et ce qu'aurait fait la « personne ordinaire » en pareilles circonstances.

[207] De plus, il est étonnnant de voir la Cour d'appel de l'Ontario dans ce dernier arrêt s'appuyer sur l'arrêt *Masciantonio* de la Haute Cour d'Australie pour affirmer à propos du degré de perte de maîtrise de soi que ce dernier arrêt offre une approche *appropriée* (« *proper approach* »). À ce titre, la Cour d'appel de l'Ontario cite un extrait de cet arrêt de la Haute Cour d'Australie qui fait référence au *degré* de gravité devant être considéré

---

[793] *Tran*, *supra* note 352, par. 22.
[794] *Ibid*.
[795] *Hill*, *supra* note 683, par. 88; Renke, *supra* note 669, p. 746.
[796] *Parker*, *supra* note 749, p. 641 : la question est « *whether the loss of self-control was of such* ***extent and degree*** as to provide an explanation for, or to constitute, in some measure, an excuse for the acts causing death » (caractères gras et italiques ajoutés).

pour l'acte provocateur[797]. Or, l'arrêt *Masciantonio* énonce aussi, et ce de façon péremptoire, que « it is now well established that the question of *proportionality* is *absorbed* in the application of the test on the *effect* of the provocation upon the *ordinary person* »[798].

3.2.4 La difficile réconciliation entre les interprétations étroite et élargie de la proportionnalité dans le test de la « personne ordinaire »

[208] Il nous apparaît difficile de réconcilier la conception *étroite* en termes de degré de perte de contrôle de la « personne ordinaire », conception qui semble représenter le droit pénal positif présentement en vigueur au Canada, et la conception *élargie* qui reposerait sur le fait de ne *pas* exiger une perte *totale* de la maîtrise de soi permettant ainsi une certaine gradation, donc une certaine proportionnalité, à cet égard. En somme, la proportionnalité *subsumée* au concept de « personne ordinaire », entre autres, ne serait pas une lubie *en soi*, car elle s'appliquerait comme telle dans certaines juridictions. Toutefois, la proportionnalité ne serait pas une réalité en droit pénal canadien pour la défense de provocation[799], en dépit de certaines incertitudes à ce sujet, à moins que l'état du droit actuel fasse l'objet d'une réorientation substantielle.

[797] *Hill*, *supra* note 683, par. 95.
[798] *Masciantonio*, *supra* note 747, par. 29.
[799] Voir, par exemple, *Hill*, *supra* note 683, par. 88.

4. La défense de nécessité : le rôle surdimensionné de la proportionnalité

[209] Un exemple classique, remontant à Cicéron, permet d'illustrer la défense de nécessité : « deux naufragés se retrouvent sur un radeau trop fragile pour les supporter tous les deux, si l'un deux repousse l'autre loin du radeau pour éviter à ce dernier de chavirer, il aura agi en état de nécessité »[800]. Ainsi, « [d]ans l'état de nécessité ordinaire, la victime éventuelle constitue parfois le danger : ainsi dans l'exemple de Cicéron, c'est le naufragé possesseur de la planche qui fait obstacle à mon salut. Eh bien! Non. Là encore, c'est une insuffisante observation qui fait confondre une simple circonstance avec la cause même du péril. Le danger véritable, c'est l'immensité de l'Océan [*sic*] sans secours, c'est l'inévitable engloutissement qui guette le naufragé »[801]. La défense de nécessité comprendrait, de façon générale, « deux aspects, dont le premier consiste dans la tentative d'éviter un plus grand mal ou de réaliser un plus grand bien. Le deuxième aspect a trait à la difficulté de se conformer à la loi dans les situations d'urgence »[802]. La proportionnalité représente un intérêt pratique incontestable car l'évaluation de la proportionnalité à la lumière de l'intensité de la riposte dans telle ou telle situation déterminera *bien souvent* (« *will often influence* ») si une personne accusée pourra invoquer avec succès la défense de contrainte[803].

4.1 Le champ d'application

[210] Même si la CSC avait de prime abord « émis des doutes sérieux sur l'existence, en théorie, de ce moyen de défense »[804], elle n'a pas tardé à reconnaître la défense de nécessité et à en établir les paramètres[805]. Ce moyen de défense se compose de trois conditions

---

[800] Maleki, *supra* note 36, p. 50, par. 56.
[801] Marchand, G. Félix. *De l'état de nécessité en droit pénal*, faculté de droit, Université de Paris, thèse de doctorat, 1902, p. 161. Cette thèse de doctorat a été publiée la même année par la maison d'édition Librarie nouvelle de droit et de jurisprudence.
[802] Commission de réforme du droit (1982), *supra* note 90, p. 108.
[803] Fehr, Colton. « (Re-)Constitutionalizing Duress and Necessity » (2017) 42:2 *Queen's L.J.* 99, p. 104 (ci-après « Fehr (2017) »).
[804] Commission de réforme du droit (1982), *supra* note 90, p. 110-111; *R. c. Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30.
[805] *Perka*, *supra* note 89; *Latimer*, *supra* note 37, par. 28.

d'ouverture, lesquelles sont cumulatives[806] : premièrement, il faut qu'il y ait un péril ou un danger imminent. Deuxièmement, la personne accusée ne doit pas avoir d'autre solution raisonnable et légale que d'agir comme elle l'a fait. Troisièmement, il doit y avoir proportionnalité entre le mal infligé et le mal évité[807]. La proportionnalité s'évalue pour ce moyen de défense en fonction d'une norme « purement objective »[808], sans avoir recours aux caractéristiques personnelles d'une personne accusée[809]. Toutefois, il faut reconnaître, qu'il y a, ou devrait y avoir, un certain degré de subjectivité lors de la pondération des maux[810], et ce, même pour la défense de nécessité, d'autant plus que ce moyen de défense partage avec la défense de contrainte les mêmes fondements légaux et que la proportionnalité « relève manifestement d'une appréciation morale »[811]. Cela n'a cependant pas empêché la Cour de *confirmer* la nature *objective* de la proportionnalité dans l'arrêt *Ryan*[812].

4.1.1 Une différence *trompeuse* concernant la proportionnalité

[211] Serions-nous alors en présence d'une différence de nature purement superficielle entre le critère de proportionnalité applicable à la défense de contrainte, qui est objectif *modifié*, tel qu'il est énoncé dans l'arrêt *Ruzic*[813], et celui de la défense de nécessité qui est purement objectif, dans le sens où cette différence ne se limiterait qu'à la description de la proportionnalité sans en affecter la substance pour ce qui est de ces deux moyens de défense ? Peut-être, d'autant plus que certains auteurs suggèrent que le fait d'avoir des tests de proportionnalité *légèrement* différents pour deux moyens de défense aussi similaires défie l'entendement[814]. De plus, le critère de proportionnalité devrait être le même pour ces deux moyens de défense car la différence normative entre le critère de proportionnalité s'appliquant à l'un et à l'autre de ces moyens de défense semble être, selon Coughlan, plus

---

[806] Guy, Paul. « R. v. Latimer and the Defence of Necessity: One Step Forward, Two Steps Back » (2003) 66 *Sask. L. Rev.* 485, p. 495-496.
[807] *Latimer*, *supra* note 37, par. 31; *Perka*, *supra* note 89, p. 252.
[808] *Latimer*, *ibid*, par. 34 *in fine*.
[809] Williams, Glenys. « Necessity: Duress of Circumstances or Moral Involuntariness » (2014) 43 *Common Law World Review* 1, p. 17.
[810] Yeo (2010a), *supra* note 30, p. 30.
[811] *Latimer*, *supra* note 37, par. 34.
[812] *Ryan*, *supra* note 31, par. 74; voir également *Aravena*, *supra* note 189, par. 25.
[813] *Ruzic*, *supra* note 32, par. 62.
[814] Roach, Kent. « The Duress Mess » (2013) 60 *Crim. L.Q.* 159, p. 160-161 (ci-après « Roach (2013) »).

accidentel qu'intentionnel[815]. Il est surprenant de voir la CSC décider de créer dans l'arrêt *Ruzic* une exigence de proportionnalité pour la défense de contrainte qui soit évaluée selon un critère objectif modifié[816], et ce sans expliquer sa décision[817], alors que l'exigence applicable à la défense de nécessité est purement objective. La CSC exprime à propos de ce critère dans l'arrêt *Ruzic*[818]:

> L'accusé assume, envers les autres êtres humains, l'obligation fondamentale d'adapter sa conduite en fonction de la gravité et de la nature des menaces proférées. Le droit applicable comporte une exigence de proportionnalité entre les menaces proférées et l'acte criminel à accomplir, évaluée en fonction de la norme à la fois objective et subjective de la personne raisonnable qui se trouve dans une situation similaire. On doit s'attendre à ce que l'accusé démontre un certain courage et oppose une résistance normale aux menaces proférées.

La CSC semble viser ici deux choses fort différentes. D'une part, la personne accusée doit croire en la mise à exécution de la menace, qui constitue le volet subjectif de ce critère, et d'autre part, l'ampleur du mal causé (et la détermination du seuil de résistance à opposer) doivent obéir à une norme sociale acceptable, ce qui caractérise le volet objectif de ce critère. Selon Coughlan, ce critère de proportionnalité objectif modifié créé par la CSC dans l'arrêt *Ruzic* pourrait, peut-être, emprunter à l'inadvertance[819]. Si tel était le cas, il n'y aurait alors plus de contradiction entre l'arrêt *Latimer* qui a donné un caractère purement objectif à la proportionnalité et l'arrêt *Ruzic* qui lui a donné un caractère objectif modifié. Ainsi, la comparaison des maux relèverait simplement de la pure analyse objective.

4.1.2 Une différence *véritable* concernant la proportionnalité

[212] L'une des possibles différences dans le champ d'application de la proportionnalité pour la défense de nécessité et celle de contrainte pourrait ressortir lorsque l'on compare, par exemple, la défense de contrainte de common law et la défense de nécessité. L'exemple

---

[815] Coughlan (2018), *supra* note 33, p. 13; Coughlan (2008), *supra* note 8, p. 167.
[816] *Ruzic*, *supra* note 32, par. 62.
[817] Coughlan (2008), *supra* note 8, p. 167 : « This approach in *Ruzic* is consistent with previous case law on common law duress […] Perhaps the Court had that in mind in attaching the modified objective standard. Still, the difference from necessity is not accompanied by any explanation, and one might wonder whether it is intentional ».
[818] *Ruzic*, *supra* note 32, par. 62.
[819] Coughlan, *supra* note 8, p. 167; Trotter, Gary T. « Necessity and Death: Lessons from *Latimer* and the Case of the Conjoined Twins » (2003) 40 *Alta. L. Rev.* 817, p. 836, note de bas de page 93.

du complice d'un meurtre est illustratif à cet égard. Celui-ci aurait droit, en vertu de la common law, à la défense de contrainte s'il avait fait l'objet de menaces de blessures graves[820]. Or, le mal redouté, comme le soulignent les professeurs Côté-Harper, Rainville et Turgeon, « est pourtant de *moindre* gravité que le mal occasionné »[821]. À l'opposé, le critère de proportionnalité exigé pour la défense de nécessité prévoit que le dommage causé soit *au moins* équivalent au préjudice évité, ce qui exclurait *de facto* l'application de ce moyen de défense au scénario évoqué ci-haut.

4.1.3 L'assouplissement de la rigidité de l'exigence de proportionnalité

[213] La CSC précise pour la défense de nécessité dans l'arrêt *Latimer* que « l'exigence [de proportionnalité] n'est pas qu'un mal (le mal évité) [qui] l'emporte toujours *nettement* sur l'autre (le mal infligé). Il faut plutôt que les deux maux soient au moins d'une *gravité comparable*. C'est dire que le mal évité doit être comparable au mal infligé ou être nettement plus grand »[822]. En assouplissant ainsi la rigidité de l'exigence de proportionnalité de l'arrêt *Perka* qui prévoit que « le mal causé soit *moindre* que celui qu'on cherche à éviter »[823], la CSC a, ce faisant, élargi dans l'arrêt *Latimer* la *portée* de la défense de nécessité dans le sens où elle couvrirait désormais des situations qui auraient été exclues en vertu de la manière dont la proportionnalité avait été formulée dans l'arrêt *Perka*[824]. Pour Yeo, « [t]his constitutes a small but *material shift* away from a clearly justificatory expression of proportionality with its support for the "rightness" of the defendant's action, *to a less demanding one*, which permits that action to be "tolerable" or "permissible" »[825]. La flexibilité induite alors au critère de proportionnalite aurait-elle eu pour effet d'en diminuer l'importance lors de la prise de décision du juge des faits ? Le contraire apparaît plus vraisemblable car, en fait, la CSC y aurait accordé un statut *prééminent* en recommandant que ce moyen de défense soit tout simplement écarté lorsque les actes d'une personne accusée sont disproportionnés, et ce, sans avoir besoin de

[820] Côté-Harper, Rainville et Turgeon, *supra* note 7, p. 1223.
[821] *Ibid* (caractères italiques ajoutés).
[822] *Latimer*, *supra* note 37, par. 31. (caractères italiques ajoutés).
[823] *Perka*, *supra* note 89, p. 253 (caractères italiques ajoutés).
[824] Yeo (2010a), *supra* note 30, p. 18.
[825] *Ibid* (caractères italiques ajoutés).

considérer les autres volets de la défense de nécessité[826]. Par conséquent, l'arrêt *Latimer* n'aurait pas modifié le critère de proportionnalité pour en réduire le rôle dans la défense de nécessité, mais lui aurait plutôt accordé ainsi un rôle *surdimensionné*. Ce qui est arrivé à la défense de nécessité est l'exact contraire de ce qui est arrivé à la proportionnalité dans le cadre de la légitime défense lorsque la Réforme de 2013 a été mise en vigueur : la proportionnalité y est passée de condition d'ouverture, dans certains cas, à un simple facteur, comme nous l'avons vu précédemment.

[214] Cependant, la souplesse insufflée au critère de proportionnalité par l'arrêt *Latimer* qui permet de considérer les actes d'un individu comme étant potentiellement « tolérables » ou « permissibles » à la lumière du critère de proportionnalité de ce moyen de défense s'applique mieux aux situations de *zones grises*, lesquels requièrent « une difficile pondération des maux »[827] car, comme le remarque Lafontaine, « il peut s'avérer difficile de comparer des préjudices dans certains cas »[828], particulièrement quand ils sont de nature différente[829]. Cette souplesse n'est pas sans rappeler, de près ou de loin, celle qu'implique la condition de « raisonnabilité » de la légitime défense post-Réforme de 2013[830] que nous avons vue précédemment. Yeo indique d'ailleurs à l'égard de la défense de nécessité que « [o]ne has […] to accept that a defence of this nature will have to include such concepts as "*reasonable*", "necessary" and "proportionate" »[831]. Se distinguant de celui de l'arrêt *Perka*[832] mais se rapprochant des préceptes de l'arrêt *Latimer* que nous venons de voir, le critère de proportionnalité de l'arrêt *Martin* de la Cour d'appel anglaise, division criminelle, prévoyait que la défense de nécessité est « available only if, from an *objective* standpoint, the accused can be said to be acting *reasonably* and proportionately in order to avoid a threat of death or serious injury »[833]. Cela nous conforte dans l'idée que la souplesse de l'arrêt *Latimer* pourrait se rapprocher du concept de « raisonnabilité » tel qu'il pourrait

---

[826] Trotter, *supra* note 819 (caractères italiques ajoutés); *Latimer*, *supra* note 37, par. 31.
[827] *Latimer*, *ibid*, par. 31. Bien que cet arrêt de la CSC concerne la défense de nécessité, ce point précis nous apparaît pouvoir aussi s'appliquer à la légitime défense; voir également Flasaquier, *supra* note 37, p. 239.
[828] Lafontaine, *supra* note 606.
[829] Yeo (2010a), *supra* note 30, p. 26-27.
[830] Par. 34(1)(c) C.cr.
[831] Yeo (2010a), *supra* note 30, p. 27 (caractères italiques ajoutés).
[832] Williams, *supra* note 809, p. 17.
[833] *R. c. Martin*, (1989) 88 Cr App. R. 343 (caractères italiques ajoutés).

être compris par d'autres moyens de défense au Canada. Il y aurait ainsi, peut-être, une tendance lourde en droit pénal canadien qui dénaturerait, jusqu'à un certain point, l'application rigide (ou utilitariste) de la proportionnalité en droit pénal canadien au profit de la raisonnabilité. Cela pourrait s'illustrer, par exemple, soit par l'*assouplissement* de la rigidité de la proportionnalité causée par le biais de la jurisprudence comme pour la défense de nécessité, soit l'*assouplissement* de la rigidité de la proportionnalité occasionnée par la volonté du législateur comme pour la légitime défense ou soit par l'*annihilation* carrément de ce concept au sein d'un moyen de défense comme pour la défense des biens.

[215] À la lumière de ce qui précède, nous ne pouvons partager l'avis de Guy qui prétend erronément, à notre avis, que l'arrêt *Latimer* n'a pas modifié le droit applicable à la défense de nécessité car, selon lui, la CSC, dans ce dernier arrêt, tentait simplement de *clarifier* l'application du critère de proportionnalité initialement prévu dans l'arrêt *Perka*[834]. En effet, une clarification est définie comme l'« [a]ction de rendre clair, intelligible; fait de devenir compréhensible. »[835] Elle ne vise pas à modifier quoi que ce soit. Nous croyons plutôt, comme le souligne d'ailleurs le juge LeBel (en tant qu'auteur et non à titre de juge), que la CSC « a *révisé* le critère de proportionnalité et exigé que le dommage causé soit *au moins* équivalent au préjudice évité »[836]. Lafontaine abonde dans le même sens lorsqu'elle écrit que ce critère « a d'abord été défini de manière étroite par la Cour suprême » dans l'arrêt *Perka*, puis « [l]a règle a toutefois subséquemment été *adoucie* dans *Latimer*, où la CSC a statué que les deux préjudices devaient au moins être de gravité égale »[837]. L'adoucissement d'une règle juridique prévoit qu'on en change la nature, ici en ayant étendu son champ d'application pour y inclure également dans l'arrêt *Latimer* un mal infligé qui doit être comparable au mal évité.

---

[834] Guy, *supra* note 806, p. 495-496.
[835] Définition de « clarification ». *Dictionnaire Larousse*, en ligne : https://www.larousse.fr/dictionnaires/francais/clarification/16387.
[836] LeBel, Louis. « La consolidation des fondements de la responsabilite pénale en droit criminel canadien depuis l'entrée en vigueur de la *Charte Canadienne des Droits et Libertés* » (2009) 50 *Les Cahiers de droit* 735, p. 746 (caractère italiques ajoutés).
[837] Lafontaine, *supra* note 606.

4.2 L'exigence de proportionnalité et l'homicide

[216] La thèse de l'impunité de l'homicide commis sous l'emprise de la nécessité fut rejetée respectivement en Angleterre et aux États-Unis respectivement dans les causes célèbres *Dudley*[838] et *Holmes*[839]. La CSC est du même avis dans l'arrêt *Latimer* lorsqu'elle affirme que « [t]uer quelqu'un – dans le but de mettre fin à la douleur produite par un état de santé physique ou mental qui peut être traité par des soins médicaux – n'est pas une réaction proportionnée au mal que constitue une douleur qui ne met pas la vie en danger et qui résulte de cet état de santé »[840]. Elle exprimait dans ce dernier arrêt que « [s]ur le plan conceptuel, il est difficile d'imaginer une situation où l'exigence de proportionnalité pourrait être respectée dans le cas d'un homicide » [841].

[217] Cependant, la CSC laisse « ouverte, au cas où elle se poserait, la question de savoir s'il est possible de respecter l'exigence de proportionnalité dans le cas d'un homicide »[842]. Serait-il possible de prendre la vie d'une personne, de façon légitime d'un point de vue juridique, pour sauver la vie d'une autre personne ou la sienne[843]? La question n'est pas simple et appelle une réponse nuancée en fonction des circonstances, d'autant plus que, comme le souligne Trotter[844], les points de vue *opposés* reflétés dans l'arrêt *Latimer*[845] rendu par la CSC et l'arrêt *Re A (Conjoined Twins)*[846] de la cour d'appel anglaise et du pays de Galles ont laissé la question de la nécessité et de la mort dans un état d'incertitude en ce qui concerne le droit pénal tant du Canada que de l'Angleterre et du pays de Galles. Plusieurs pays du commonwealth reconnaissent d'ailleurs la défense de nécessité comme

---

[838] *R. c. Dudley and Stephens*, (1884) 14 Q.B.D. 273. Toutefois, notons que les auteurs Côté-Harper, Rainville et Turgeon, *supra* note 7, p. 1284, expriment que l'« [o]n s'interroge encore aujourd'hui sur la portée véritable de cet arrêt »; dans le même sens, voir Cross, Rupert. « Murder under Duress » (1978) 28 *U. Toronto L.J.* 369, p. 376 : « The [*Dudley*] decision is of questionable authority after *Lynch*. ». Cross réfère à l'arrêt *Lynch c. Director of Public Prosecution for Northern Ireland*, [1975] 1 All E.R. 913 (H.L.), lequel a été renversé quelques années plus tard par l'arrêt *R. c. Howe*, [1987] 1 All E.R. 771 (H.L.).
[839] *United States c. Holmes*, 27 F. Cas. 360 (1842) (C.C.E.D. Pa 1842) nº 15 383
[840] *Latimer*, *supra* note 37, par. 41 *in fine.*
[841] *Ibid*, par. 40.
[842] *Ibid*.
[843] Kotecha, Birju. « Necessity as a Defence to Murder: An Anglo-Canadian Perspective » (2014) 78 *J. Crim. L.* 341, p. 341; voir également Cohen, John Alan. « Homicide by Necessity » (2006) 10 *Chap. L. Rev.* 119, p. 46.
[844] Trotter, *supra* note 819, p. 828.
[845] *Latimer*, *supra* note 37.
[846] [2000] 4 All ER 961.

une défense disponible pour le meurtre[847]. Certains auteurs affirment qu'il est possible de concevoir des situations d'homicide, hypothétiques certes, pour lesquelles l'exigence de proportionnalité serait satisfaite[848]. Guy donne l'exemple suivant[849]:

> [...] suppose a powerful car bomb had been planted in a busy downtown area. And suppose an off-duty police officer knew that the bomb was in a specific car, that its explosion would kill hundreds of people, and was watching a person in that vehicle about to turn the ignition. In this scenario, the utilitarian logic underlying the proportionality requirement would permit the officer to shoot and kill the driver if this were the only way she could stop the bomb from exploding. Clearly, this type of situation would be rare, but this possibility demonstrates that the proportionality requirement could, in some circumstances, be met in a case involving homicide.

[218] De plus, remettant en cause la séparation étanche entre les catégories d'excuse et de justification, Coffin exprimait, en 1992, que « an act of killing or harming might be fully *justified*, or wholly *inexcusable*, or something in between. *Nor can simple principle such as proportionality provide a complete answer*; acts may produce disproportionate results yet still, given the the threats involved, be something less than fully culpable »[850]. Près de trente ans plus tard, la CSC jetait aussi, dans l'arrêt *Khill* rendu en 2021, un pavé dans la mare à propos de l'étanchéité de cette séparation, mais dans le contexte de la légitime défense suite à la Réforme de 2013: « [c]e moyen de défense n'est ni une simple justification ni une excuse, occupant plutôt une position intermédiaire d'« acceptabilité » entre la légitimité et le caractère irréprochable. [La Réforme de 2013 a] eu pour effet de brouiller la ligne de démarcation entre la justification et l'excuse »[851]. À notre avis, le même raisonnement pourrait s'appliquer *mutatis mutandis* à la défense de nécessité dans le sens où ce moyen de défense constitue une *excuse*[852], mais inclut aussi un élément de *justification* par son inclusion de la proportionnalité comme condition d'ouverture[853].

---

[847] Article 81 du code pénal indien; article 25 du *Criminal Code Act 1899*, Queensland, Australie; voir également Sornarajah, M. « Duress and Murder in Commonwealth Criminal Law » (1981) 30 *Int'l & Comp. L.Q.* 660, p. 663.
[848] Guy, *supra* note 806, p. 507-508; Yeo (2010a), *supra* note 30, p. 32-33.
[849] Guy, *ibid*.
[850] Coffin, Graeme. *A New Codification of Necessity and Duress*, 6 janvier 1992 (non publié; reproduit par François Lareau), p. 12 (caractères italiques ajoutés).
[851] *Khill*, *supra* note 91, par. 48.
[852] Voir, par exemple, *R. c. Émard*, 2018 QCCS 1005, par. 10 : « La défense de nécessité est une excuse rendant involontaire, du point de vue moral, l'acte mauvais ».
[853] *Perka*, *supra* note 89, p. 235 : « la règle de la proportionnalité joue un rôle dans l'évaluation de la justification ».

L'application de la proportionnalité, comprise dans son sens étroit se limitant à la comparaison entre deux maux, ne pourrait effectivement, selon nous, comme l'exprimait Coffin, donner une réponse satisfaisante dans tous les cas de figure, surtout que, rappelons-le, la proportionnalité « relève manifestement d'une appréciation morale »[854]. Selon Williams, une interprétation plus généreuse de l'exigence de proportionnalité pourrait faciliter le possible argument voulant que tuer une personne serait proportionné *dans un sens justificatif*[855]. Si l'éclatement des catégories d'excuse et de justification opéré par la CSC dans l'arrêt *Khill* devait être transposé éventuellement à la défense de nécessité, cela pourrait peut-être, en plus du fait que ce moyen de défense inclut déjà *de facto* un élément de *justification*, rendre possible l'acceptation de l'idée en droit pénal canadien que la défense de nécessité pourrait être un moyen de défense dans le cas d'un meurtre.

[219] L'une des critiques adressées envers la défense du moindre mal (« *lesser evils defence* ») c'est qu'elle présume que les maux peuvent être mesurés de manière comparative et surtout qu'ils peuvent être *hiérarchisés*[856]. Dans l'arrêt *Re A (conjoined twins*), la cour d'appel anglaise et du pays de Galles écrivait que « A resort to sanctity of life argument does not enable both rights to receive the equal protection the doctrine is supposed to provide each of them equally. In those circumstances it seems to me [Ward LJ] that the law must allow an escape through choosing the *lesser of two evils* »[857]. Or, ce n'est pas, comme nous venons de le voir ci-haut, l'approche retenue quant à ce que constitue le critère de proportionnalité en droit pénal canadien. Comme l'indique la juge Wilson, (dissidente, mais pas sur ce point) dans l'arrêt *Perka*, « [l']appréciation [de la proportionnalité] ne peut se limiter à une simple évaluation pratique, par exemple, du nombre de vie sauvées et de mort évitées, mais doit, de quelque manière, traduire une tentative de saisir la nature des droits et des obligations examinés »[858].

---

[854] *Latimer*, *supra* note 37, par. 34.
[855] Williams, *supra* note 809, p. 15.
[856] Kotecha, *supra* note 843, p. 345.
[857] *Re A (Conjoined Twins)*, *supra* note 846, p. 1016 (caractères italiques ajoutés).
[858] *Perka*, *supra* note 89, p. 278.

[220] Les auteurs Prieto et Renke écrivaient en 2010 à propos de l'application du critère de proportionnalité en droit pénal canadien : « [i]f lives are of equal moral weight, the taking of another's life to preserve one's own may not be a choice of a *lesser evil* »[859]. Soit, mais le critère de proportionnalité tel qu'il a été révisé par la CSC en 2001 dans l'arrêt *Latimer*, neuf ans avant la publication de ces auteurs, couvre des situations où les deux maux en cause doivent être au moins d'une gravité *comparable*[860], et non pas uniquement, de façon plus restrictive, des situations où « le mal causé [est] *moindre* que celui qu'on cherche à éviter » comme l'énonçait l'arrêt *Perka*[861]. Or, le critère de proportionnalité qui semble avoir été utilisé par ces auteurs[862] est celui de l'arrêt *Perka.* Cela n'est pas sans incidence sur ce qu'en déduisent ces auteurs car ne serions-nous pas justement, dans le cas où une personne prend la vie d'une autre pour préserver la sienne, dans une situation impliquant deux maux qui sont d'une gravité comparable ?

[221] Qu'en serait-il alors d'une situation où plus de vies humaines seraient sauvées plutôt que perdues dans un scénario hypothétique où un avion détourné serait abattu, tuant quelques personnes à bord, et ce, avant qu'il ne s'écrase dans une tour à bureaux remplie de centaines de personnes[863]? En pareil cas, le critère de proportionnalité tant de l'arrêt *Latimer* que celui, plus ancien et restrictif, de l'arrêt *Perka* ne pourrait-il pas alors être rempli car le nombre de vies qui auraient pu être perdues pour ceux se trouvant dans la tour à bureaux surpasse le nombre de passagers à bord de cet avion ? Toutefois, le jugement moral qui serait obligatoirement requis dans le contexte de l'application du critère de proportionnalité laisse place ici à moultes spéculations. Qu'en serait-il plutôt s'il était impossible de savoir combien de personnes se trouvent dans cette tour à bureaux au moment de décider s'il est préférable d'abattre ou non cet avion, comparant de façon *proportionnelle* les vies potentiellement perdues entre celles des passagers de l'avion et celles de ceux se trouvant dans la tour à bureaux ? Comme nous le soulevions en introduction, il n'existe pas de réponse claire dans plusieurs cas concernant ce que la

---

[859] Prieto et Renke, *supra* note 166, p. 868 (caractères italiques ajoutés).
[860] *Latimer*, *supra* note 37, par. 31 (caractères italiques ajoutés).
[861] *Perka*, *supra* note 89, p. 253 (caractères italiques ajoutés).
[862] Pourtant ces auteurs ont publié leur article bien après que les arrêts *Perka* et *Latimer* aient tous les deux été rendus par la CSC respectivement en 1984 et 2001.
[863] Yeo (2010a), *supra* note 30, p. 32-33.

société considère comme une conduite acceptable d’un point de vue moral de la part d’une personne accusée. La question demeure en suspens.

5. La défense de contrainte : les conséquences d'une possible constitutionnalisation de la proportionnalité

[222] C'est en des termes peu flatteurs que la CSC a décrit le droit en matière de contrainte dans l'un de ses arrêts comme étant « marqué par des incertitudes et des incohérences »[864]. La CSC a aussi exprimé l'idée que les règles de droit pour ce moyen de défense « laissent à désirer »[865]. Ces envolées de la CSC ne lui ont pas fait adopter de mesures remédiatrices concernant la défense de contrainte lorsqu'elle aurait pu en avoir l'occasion prétendant, par exemple, dans l'arrêt *Ryan*, arrêt le plus récent rendu par la CSC à propos de ce moyen de défense, qu'elle ne pouvait pas « corriger la situation en la présente instance »[866]. Pourtant, elle ne s'était pas gênée, dans le passé dans d'autres circonstances, pour adopter, à certaines occasions précises, une approche interventionniste, d'autres diraient même activiste[867], afin d'orienter *unilatéralement* le droit dans telle ou telle direction. Il ne nous semble pas farfelu de suggérer que la défense de contrainte aurait probablement pu grandement bénéficier d'une telle approche de la CSC, sinon de ses lumières à l'égard de la défense de contrainte. Cependant, il convient de nuancer ces propos en rappelant que le moyen de défense de contrainte dans l'arrêt *Ryan* était tout simplement irrecevable, faute d'ordre intimant la perpétration d'une infraction, de sorte que tout le reste de la discussion de la CSC relève de l'*obiter dictum*. Or, il est des limites aux bouleversements que peut se permettre une discussion à titre d'*obiter dictum*. Notons à cet égard, en guise d'aparté, qu'un juge anglais est allé jusqu'à remettre en question, dans un autre contexte, la valeur juridique d'un *obiter dictum*[868]. Toutefois, celui-ci conserve en droit pénal canadien une valeur persuasive[869].

[223] L'essence de la défense de contrainte est qu'il faut qu'une personne accusée ait été forcée, par la profération d'une menace de mort ou de lésions corporelles, de commettre

---

[864] *Ruzic*, *supra* note 32, par. 58.
[865] *Ryan*, *supra* note 31, par. 84.
[866] *Ibid*.
[867] Pour une vue d'ensemble, voir Bedi, Shruti et Sébastien Lafrance, *supra* note 593.
[868] *R. c. Sang*, [1980] A.C. 402, p. 444 (Lord Salmon); voir également Duxbury, Neil. *The Intricacies of Dicta and Dissent*, Cambridge University Press, 2021, p. 3.
[869] Lemay, Denis, Julie McCann et Martin Thiboutot, *Documentation juridique : recherche, rédaction et références*, Montréal, Wilson & Lafleur, 2019, par. 11.3.11; voir également *F.B. c. Succession de Therrien*, 2021 QCCS 1336.

une infraction criminelle qu'elle n'aurait pas commise autrement[870]. Même si la défense de contrainte peut être décrite comme étant proche de la défense de nécessité, la source d'une telle menace permettrait, entre autres, de distinguer ces deux moyens de défense : pour la défense de nécessité, « 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 »[871], tandis que pour la défense de contrainte, la menace doit provenir de l'action intentionnelle d'un être humain[872]. De façon similaire à la défense de nécessité, la question de la proportionnalité est un enjeu central dans bien des cas impliquant la défense de contrainte car son évaluation à la lumière de l'intensité de la riposte dans telle ou telle situation déterminera *bien souvent* (« *will often influence* ») si une personne accusée pourra invoquer ou non ce moyen de défense[873].

5.1 Le champ d'application

[224] Il existe au Canada deux différentes versions de la défense de contrainte qui coexistent[874]. Le Canada est unique parmi les pays de common law à cet égard[875], appliquant à la fois une défense de contrainte qui est codifiée à l'article 17 C.cr.[876], laquelle vise les individus qui sont les *auteurs principaux* d'une infraction, et une défense de contrainte fondée sur la common law, visant les individus ayant *participé* à une infraction. Certains auteurs affirment que la défense de contrainte prévue par la common law est plus étendue que sa contrepartie, celle prévue par l'article 17 C.cr.[877]. En fait, comme l'observe Lafontaine, « la ligne de démarcation entre la défense codifiée à l'article 17 C.cr. et celle de common law est désormais devenue plutôt ténue. [Ces deux défenses sont similaires à un tel point que] nous pouvons maintenant affirmer que *les seuls éléments qui les*

---

[870] Shaffer, Martha. « Scrutinizing Duress: The Constitutional Validity of s. 17 of the Criminal Code » (1998) 40 *Crim. L.Q.* 444, p. 445.
[871] Lareau, *supra* note 35 p. 263, citant Logoz, P. *Commentaire du Code Pénal Suisse*, *Partie Générale*, 2e éd. mise à jour avec la collaboration de Y. Sandoz, Neuchâtel, Delachaux & Niestlé, 1976, p. 176.
[872] Kan, Gamaliel. *The Defence of Duress for International Crimes and the Expectation of Heroism from Ordinary Citizens*, European Master's Degree in Human Rights and Democratisation, Panteion University, Athènes, Grève, 2017/2018, p. 8; Mousourakis (1998), *supra* note 411, p. 51.
[873] Fehr (2017), *supra* note 803, p. 104.
[874] Shaffer, *supra* note 870, p. 444.
[875] Yeo, Stanley. « Defining Duress » (2002) 46 *Crim. L.Q.* 293, p. 293.
[876] *Ryan*, *supra* note 31, par. 83; *Ruzic*, *supra* note 32; *Paquette*, *supra* note 412.
[877] Chapman, Frances E. « Canadian Contractual Duress and Criminal Duress: "Irrational, Anomalous, Perverse and Fundamentally Wrong" or Just Misunderstood? » (2012) 11 *Wash. U. Global Stud. L. Rev.* 215, p. 240 (ci-après « Chapman (2012) »); voir également Shaffer, *supra* note 870, p. 444 et p. 462.

distinguent constituent les exclusions prévues à l'article 17 C.cr., de même que le champ d'application propre à chacune d'elles »[878] que nous venons tout juste de voir.

[225] En plus de l'existence d'une menace, explicite ou implicite, de causer la mort ou des lésions corporelles, dans l'immédiat ou dans le futur[879], les conditions suivantes doivent être remplies pour qu'une personne accusée puisse se prévaloir du moyen de défense fondé sur la contrainte : la personne subissant la menace doit être convaincue que la menace sera mise à exécution; il doit ne pas y avoir de moyen de se sortir de la situation sans danger; il doit aussi exister un lien temporel étroit entre les menaces proférées et le préjudice qu'on menace de causer. Finalement, il doit y avoir proportionnalité entre le préjudice dont la personne accusée est menacée et celui qu'elle doit accomplir[880]. L'absence d'une seule des conditions d'ouverture de la défense de contrainte[881] dans une situation donnée est suffisante pour rendre indisponible ce moyen de défense[882].

[226] L'exigence de proportionnalité se subdivise en deux volets : premièrement, il faut examiner si le préjudice que l'on a menacé de causer est au moins égal au préjudice causé par la personne accusée. Deuxièmement, il faut examiner si la personne accusée a démontré une résistance normale à la menace proférée contre elle et si elle a agi conformément à ce qu'aurait fait une personne raisonnable face une situation similaire[883]. La deuxième partie de cette évaluation consiste en un jugement moral sur le comportement de l'accusé dans les circonstances[884]. La proportionnalité doit être évaluée en fonction d'une norme à la fois objective et subjective de la personne raisonnable qui se trouve dans une situation similaire[885]. Cependant, la CSC ne fait aucune référence précise, comme le fait remarquer Elkington, aux caractéristiques à attribuer à la personne raisonnable[886]. Cela étant dit, un

---

[878] Lafontaine, *supra* note 606 (caractère italiques ajoutés); Rosenthal, Peter. « Duress in the Criminal Law » (1990) 32:2 *Crim. L.Q.* 199, p. 215.
[879] La CSC dans l'arrêt *Ruzic*, *supra* note 32, par. 90, a déclaré inconstitutionnelles les exigences d'immédiateté et de présence de l'article 17 C.cr.
[880] Voir l'arrêt *Ryan*, *supra* note 31, par. 81.
[881] *Ibid*.
[882] *R. c. Armstrong*, 2016 SKPC 165, par. 58.
[883] *Ryan*, *supra* note 31, par. 73; *Ruzic*, *supra* note 32, par. 62.
[884] *Ryan*, *ibid*, par. 72.
[885] *Ruzic*, *supra* note 32, par. 62.
[886] Elkington, *supra* note 10, p. 213.

juriste anglaise illustre écrivait dès 1883 que « [a] man is under compulsion when he is reduced to *a choice of evils*, when he is so situated that in order to escape what he dislikes most he must do something which he dislikes less, though he may dislike extremely what he determines to do »[887].

5.1.1 L'insuffisance de l'équipollence entre le mal infligé et le mal redouté

[227] La proportionnalité entre le mal infligé et le mal redouté ne donnerait pas droit, à elle seule, à la défense de contrainte. Comme le remarque Varona Gómez, « a utilitarian approach to the defense can only explain the easiest of duress cases. Therefore, it follows that something other than a simple comparison of evils is taking place in the cases at issue »[888]. Au-delà de l'analyse purement utilitariste de la proportionnalité, le test de proportionnalité exige *aussi*, en droit pénal canadien, de determiner si la conduite de la personne accusée était *réaliste* face à la menace dans tel ou tel cas[889].

5.1.1.1 La proportionnalité : un facteur parmi d'autres

[228] Couglan affirme également que « *the notion of proportionality*, insofar as that means weighing the harm avoided against the harm caused, *is merely one factor* entering into what society expects of an ordinary person with normal resistance »[890]. Ainsi, non seulement le mal subi et le mal infligé doivent être d'une gravité comparable, mais la conduite de la personne accusée doit aussi « satisfaire aux normes de la société relatives à la personne raisonnable qui se trouve dans une situation similaire, qui incluent la capacité d'opposer une certaine résistance à la menace »[891]. De plus, la défense de contrainte ne peut s'appliquer en droit pénal canadien « unless [the accused] had been compelled by threats of death or […] bodily harm. [It] *also* requires that the accused had acted *pro timore*

---

[887] Stephen, James Fitzjames. *A History of the Criminal Law of England*, Cambridge University Press, 2014 (publié originellement en 1883), p. 102 (caractères italiques ajoutés).
[888] Varona Gómez, Daniel. « Duress and the Antcolony's Ethic: Reflections on the Foundations of the Defence and its Limits » (2008) 11(4) *New Criminal Law Review: An International and Interdisciplinary Journal* 615, p. 619; Dressler, Joshua. « Exegis of the Law of Duress: Justifying the Excsuse and Searching for Its Proper Limits » (1989) 62 *S. Cal. L. Rev.* 135.
[889] *Allen, supra* note 687, par. 33.
[890] Coughlan (2018), *supra* note 33, p. 8 (caractères italiques ajoutés).
[891] *Ryan*, *supra* note 31, par. 60 et 73; *Ruzic*, *supra* note 32, par. 62; Fehr (2017), *supra* note 803, p. 109.

mortis or from fear of injury, the gravity of which must be proportional to the gravity of the crime committed »[892].

[229] La CSC énonce dans l'arrêt *Ryan* à propos de l'insuffisance de l'équipollence entre le mal infligé et le mal redouté[893] :

> En théorie, il pourrait advenir qu'un accusé ait *causé un préjudice moins grave que celui dont il a été menacé*, sans pourtant pouvoir invoquer le moyen de défense fondé sur la contrainte parce que son comportement et sa réaction, dans leur ensemble, sont jugés inacceptables pour une personne similaire placée dans cette circonstance particulière. Par exemple, *le fait d'infliger un préjudice plutôt mineur en réaction à la menace de se voir infliger un préjudice plutôt mineur pourrait satisfaire à l'exigence du « préjudice égal ou moindre »*, mais ne constituerait certes pas une situation où la société serait disposée à excuser l'acte en raison de son caractère involontaire au sens moral.
>
> *Si les menaces ne sont pas assez graves, l'infraction commise en réaction à celles-ci ne peut pas être proportionnelle. Le caractère volontaire d'un acte dépend de sa proportionnalité* : une personne ne peut pas prétendre avoir perdu la capacité d'agir librement lorsque le préjudice dont on la menace ne rencontre pas les normes de la société relativement à la conduite d'une personne raisonnable. Pour ces motifs, la question du degré de gravité des lésions corporelles qui rendra possible le recours au moyen de défense se réglera plus adéquatement à l'étape de l'étude la proportionnalité.

[230] Concrètement, le fait pour une personne accusée de commettre, par exemple, des voies de fait *simples*[894] qui consisteraient, par exemple, à gifler une autre personne qui la menace de dévoiler un secret dans un contexte où cette gifle serait « de nature passagère ou sans importance »[895], ne saurait constituer un acte que la société serait disposée à excuser en raison de son caractère involontaire au sens moral[896]. Cependant, le fait de considérer que la défense de contrainte pourrait ne pas s'appliquer à une personne qui

---

[892] *R. c. Robins* (1982), 66 C.C.C. (2d) 550 (C.A. Qué.), p. 561 (caractères italiques ajoutés).
[893] *Ryan*, *supra* note 31, par. 61-62 (caractères italiques ajoutés).
[894] Tamblyn, Nathan. *The Law of Duress and Necessity*, Londres et New York, Routledge, 2018, p. 168 (traduction de l'auteur) : « un coup de poing au visage, des voies de fait, des menaces contre les biens, une maladie ne justifiant pas une hospitalisation » ne seront pas suffisants pour justifier le recours à la défense de contrainte.
[895] Art. 2 C.cr., cf. définition de « lésions corporelles ».
[896] Il en est de même, notamment, en Irlande. Voir, par exemple, Law Reform Commission, *Duress and Necessity*, Report, LRC 39-2006, Irlande, 2006, p. 15-16, par. 2.37 : « Threats of mere harm […] will not suffice » (ci-après « Law Reform Commission, Irlande (2006) *Duress and Necessity* »).

inflige un préjudice plutôt mineur en réaction à la menace de se voir infliger un préjudice plutôt mineur serait, selon certains, hautement arbitraire (« *highly arbitrary* »)[897]. Notons toutefois que la défense de contrainte n'équivaut pas à se sentir sous pression[898]. La CSC indique dans l'arrêt *Ruzic* qu'« [o]n doit s'attendre à ce que l'accusé démontre un certain courage et oppose une résistance normale aux menaces proférées »[899].

[231] Toutefois, même si une personne accusée a commis des voies de fait *graves*, la défense de contrainte ne pourrait pas s'appliquer non plus, mais pour une raison différente de ce que nous venons de voir : les voies de fait graves font partie des infractions exclues du champ d'application de l'article 17 C.cr. Dans les circonstances du scénario fictif susmentionné, la personne accusée aurait dû démontrer un certain courage face à cette menace en agissant autrement. Elle aurait tout aussi pu, selon toute vraisemblance, opposer une résistance normale à cette menace en tentant, par exemple, de trouver une solution différente de celle qu'elle a adoptée car la menace doit « priver l'accusé de tout moyen de s'en sortir sans danger, selon la norme de la personne raisonnable placée dans une situation similaire »[900]. Une telle riposte faisant suite à une menace de divulguer un secret ne saurait d'ailleurs être considérée comme étant proportionnelle, peu importe la nature du secret y compris un secret d'État, car n'oublions pas que la menace, selon les préceptes de l'article 17 C.cr., doit consister en une menace d'infliger la mort ou des lésions corporelles. Or, même s'il s'agissait d'une telle menace, faudrait-il encore que la personne la recevant ne puisse pas « facilement s'en soustraire » pour pouvoir invoquer la défense de contrainte de l'article 17 C.cr.[901]. Par exemple, une menace de mort visant la personne accusée devrait être évaluée avec circonspection par le juge des faits si cette dernière avait eu l'occasion de contacter les forces de l'ordre pour venir à sa rescousse plutôt que de commettre l'acte criminel donnant suite à la menace.

---

[897] Finkelstein, Claire Oakes. « Duress: A Philosophical Account of the Defence in Law » (1995) 37 *Arizona Law Review* 251, p. 258.
[898] Tamblyn, *supra* note 894, p. 168.
[899] *Ruzic*, *supra* note 32, par. 62.
[900] *Ibid*.
[901] *R. c. Hébert*, [1989] 1 R.C.S. 233.

[232] De plus, parmi les facteurs autres que la proportionnalité devant être considérés pour donner ouverture à la défense de contrainte, ce moyen de défense ne peut être soulevé que « si l'infraction commise est celle qu'on avait intimé de faire [à quelqu'un] pour éviter que la menace soit exercée »[902]. On voit mal un défendeur tenter d'invoquer ce moyen de défense s'il attaquait physiquement une personne dans le contexte d'un vol qualifié effectué dans une banque, par exemple, alors que la menace consistait à lui demander de commettre un menu larcin auprès d'un membre de sa famille.

[233] Qui plus est, le degré de gravité de la menace doit aussi être considéré au titre des conditions d'ouverture de la défense de contrainte. À ce sujet, un « accusé assume, envers les autres êtres humains, l'obligation fondamentale d'adapter sa conduite *en fonction de la gravité et de la nature des menaces proférées* »[903]. La CSC rappelle dans l'arrêt *Ryan* que les tribunaux ont traditionnellement exigé, en vertu de l'ancien libellé de l'article 17 C.cr., que le degré de gravité requis pour qu'une menace puisse donner lieu à l'application de la défense de contrainte doive être « sérieux » ou « grave » pour ce qui est des lésions corporelles[904]. Ces qualificatifs n'apparaissent cependant plus dans le libellé de l'article 17 C.cr. Le champ d'application de la défense de contrainte s'en trouverait donc élargi. Un exemple, néo-zélandais en l'espèce, illustre bien la difficulté, morale entre autres, avec laquelle les tribunaux ont été aux prises lors de la considération de lésions corporelles *grave* dans le cadre de l'évaluation de l'application de la défense de contrainte. Dans la décision *Maurirere*[905], la défenderesse a été accusée de conduite avec facultés affaiblies. Invoquant la défense de contrainte, elle a fait valoir que son partenaire l'avait forcée à conduire un véhicule. Lorsqu'il l'eut frappé plusieurs fois au visage, il lui aurait dit de conduire ce véhicule, sans quoi il l'aurait tabassée encore plus. Le tribunal a jugé insuffisante la preuve dans cette affaire au soutien de ce moyen de défense.

---

[902] Grondin, Rachel. « Trois moyens de défense générale : la contrainte physique, la contrainte par menaces et le nécessité » (1983) 14 *R.G.D.* 493, p. 496.
[903] *Ruzic*, *supra* note 32, par. 62 (caractères italiques ajoutés).
[904] *Ryan*, *supra* note 31, par. 59.
[905] [2001] NZLR 431.

5.1.1.2 La proportionnalité : un rôle de garde-fou

[234] Certains systèmes juridiques autres que ceux de common law prévoient un seuil inférieur à celui utilisé dans les juridictions de common law qui exigent, quant à elles, une menace de mort ou de lésions corporelles[906]. Par conséquent, la proportionnalité jouerait pour ces derniers, en tant qu'obstacle ultime, un rôle de garde-fou et viendrait limiter l'application de ce moyen de défense. Toutefois, l'exigence relative à la menace requiert toujours au Canada que celle-ci consiste en une menace de mort ou de lésions corporelles. L'établissement d'un tel seuil pour donner ouverture à la défense de contrainte exigeant une menace de mort ou de lésions corporelles pourrait venir court-circuiter, selon certains, la considération par les tribunaux de la proportionnalité entre le mal infligé et le mal subi[907]. Même si dans la plupart des juridictions la menace doit être une menace de mort ou de lésions corporelles [908], la Commission irlandaise de réforme du droit note qu'il pourrait être envisageable de remplacer ce seuil ayant un degré fixe de gravité pour la menace par un test de proportionnalité. Ce dernier permettrait une comparaison plus flexible entre le menace et l'infraction reprochée [909]. Sur la base de ce raisonnement, puisque la proportionnalité « constitue un obstacle *ultime* pour les personnes qui tentent d'invoquer ce moyen de défense »[910], le seuil, ayant un degré fixe de gravité pour la menace, qui constitue l'une des conditions devant être remplies en droit pénal canadien pour pouvoir accéder à ce moyen de défense pourrait, peut-être, être qualifié de superfétatoire. Cela pourrait être soutenu par le fait que la Commission irlandaise de réforme du droit prétend que la loi devrait reconnaître la validité de *tout* type de menaces, et non seulement des menaces de mort ou de lésions corporelles, au titre de la défense de contrainte[911], ce qui étendrait certainement, si tel était le cas, son champ d'application. Un auteur suggère d'ailleurs, de façon générale, que la loi devrait prévoir que la nature de la menace elle-même ne devrait être pas plus importante que tout autre facteur pour pouvoir donner

---

[906] McAuley, *supra* note 10, p. 176.
[907] *Ibid*.
[908] Law Reform Commission, Irlande (2006) *Duress and Necessity*, *supra* note 896, p. 4, par. 1.03.
[909] *Ibid*, p. 17, par. 2.41.
[910] *Ryan*, *supra* note 31, par. 59 *in fine* (caractères italiques ajoutés).
[911] Law Reform Commission, Irlande (2006) *Duress and Necessity*, *supra* note 896, p. 17, par. 2.41.

ouverture à la défense de contrainte[912]. La proportionnalité pourrait encadrer son application de façon suffisante[913].

5.1.1.3 Certains parallèles avec la défense de provocation

[235] Il pourrait y avoir certains parallèles à faire entre ce qui précède et la défense de provocation qui prévoit également un seuil concernant la réaction de la personne accusée ayant donné lieu à la riposte : « La frustration ou la colère ne sont pas *en soi* suffisantes [pour donner ouverture à ce moyen de défense], il doit y avoir perte du pouvoir de se maîtriser »[914]. Rappelons que le *Code criminel* a été amendé en 2015 à l'article 232(2) C.cr. pour y inclure, même si cet amendement a été considéré comme étant inconstitutionnel par la suite, la condition voulant que la conduite provocatrice doive être constituée par « un acte criminel prévu à la présente loi passible d'un emprisonnement de cinq ans ou plus »[915]. Néanmoins, contrairement à la défense de provocation qui est, rappelons-le, une défense partielle s'appliquant uniquement à l'infraction de meurtre, la défense de contrainte, quant à elle, pourrait éventuellement s'appliquer, comme nous le verrons plus loin, à un plus large spectre d'infractions qu'elle ne le fait déjà puisqu'elle ne se limiterait pas comme c'est le cas pour la défense de provocation, au crime le plus sérieux pouvant être commis en vertu du *Code criminel*, soit le meurtre[916].

---

[912] Howard, Colin. *Criminal Law*, 3e edition, Sydney Law Book Co., 1977, p. 423; Law Reform Commissioner Victoria, Working Paper No. 5, *Duress, Coercion and Necessity*, Melbourne, Australie, 1978, p. 26, par. 2.65.

[913] McAuley, *supra* note 10, p. 164.

[914] *Gendron*, *supra* note 402, par. 17 (caractères italiques ajoutés). La Cour d'appel du Québec s'appuie sur l'arrêt *Tran*, *supra* note 352, par. 29, rendu *avant* l'amendement législatif de 2015 pour faire cette affirmation.

[915] *Khill*, *supra* note 91, par. 96 (caractères italiques ajoutés). Cet arrêt ne concerne pas la défense de provocation ni la *Loi sur la tolérance zéro face aux pratiques culturelles barbares*, L.C. 2015, c. 29, mais la CSC en fait mention; voir également *Loi sur la tolérance zéro*, supra note 675, art. 7. La Cour supérieure de l'Ontario affirme, pour sa part, dans la décision *MacKinnon*, *supra* note 676, par. 786, que « [s]ection 232(2) was amended in 2015 to *add* a requirement that *the wrongful act or insult* under the first branch of the provocation analysis must be something that would constitute an indictable offence under the *Criminal Code* that is punishable by five or more years imprisonment » (caractères italiques ajoutés). Or, il s'agit d'une erreur puisque l'amendement en question n'a rien *ajouté* au paragraphe 232(2) C.cr. concernant spécifiquement « une action injuste ou une insulte », mais il a plutôt *remplacé* ces termes qui n'apparaissent plus à ce paragraphe du *Code criminel* car « no longer can perceived insults or even « wrongful acts » ground the defence » : Fitz-Gibbon et Sheehy, *supra* note 669, p. 198; voir également p. 211.

[916] Voir, par exemple, *R. c. Sommel*, 2008 BCPC 100, par. 18 : « murder is the most serious crime that can be committed under the *Criminal Code* ».

5.1.2 La possible constitutionnalisation de la proportionnalité

[236] Avant d'examiner la question de savoir si la proportionnalité aurait pu être constitutionnalisée par la CSC, il convient de prime abord de jeter un coup d'œil à la relation qu'entretiennent la proportionnalité et le caractère involontaire au sens moral. Dans l'arrêt *Ruzic* rendu en 2001, la CSC reconnaissait que la proportionnalité constitue un « élément-clé » de la défense de contrainte[917]. Reconnaissant dans le même arrêt que l'article 17 C.cr. est « trop limitatif, en ce sens, qu'il permet la condamnation de personnes ayant agi de manière moralement involontaire »[918], la CSC a reconnu le principe du caractère involontaire au sens moral comme un principe de justice fondamentale[919]. La CSC utilise l'expression « caractère involontaire au sens moral » pour décrire une personne accusée qui avait connaissance de ses mouvements corporels, mais dont la conduite n'était pas, de manière réaliste, librement choisie[920]. Cette personne n'aurait « d'autre choix réaliste que de commettre un acte coupable »[921].

5.1.2.1 L'*exclusion* de la proportionnalité du principe du caractère involontaire au sens moral

[237] Une auteure fait la distinction entre le concept de raisonnabilité, qui engloberait le principe du caractère involontaire au sens moral, et le principe de la proportionnalité[922] :

> The specific conditions are in essence particular indicators of <u>either</u> *reasonableness* <u>or</u> *proportionality*. *Reasonableness* relates to the action itself, and *proportionality* relates to the relationship between the harm sought to be avoided and the harm actually committed. The threat of bodily harm and absence of other alternative components speak to the *reasonableness* of the action in the circumstances. The *proportionality* requirement provides for a balancing of the various interests implicated in the situation, namely the possible harms, the threat to the accused, and the interests of others.

---

[917] *Ruzic*, *supra* note 32, par. 86 *in fine*; voir également par. 62 : « Le droit applicable comporte une exigence de proportionnalité entre les menaces proférées et l'acte criminel à accomplir »; Coughlan (2008), *supra* note 8, p. 164.
[918] Manirabona et Ouimet, *supra* note 79, p. 260.
[919] *Ruzic*, *supra* note 32, par. 11; *Ryan*, *supra* note 31, par. 23.
[920] Yeo, Stanley. « Challenging Moral Involuntariness as a Principle of Fundamental Justice » (2002) 28 *Queen's L.J.* 335, p. 336.
[921] *R. c. Brown*, 2022 CSC 18, par. 47; *Ruzic*, *supra* note 32, par. 44.
[922] Klineberg, Joanne. *Moral Involuntariness as a Principle of Excusing Conditions: What's Choice Got to Do With It?*, mémoire de maîtrise, faculté de droit, Université de Colombie-Britannique, 2002, p. 76 (caractères italiques et soulignement ajoutés).

[238] Avant que l'arrêt *Ryan* ne soit rendu, mais après que l'arrêt *Ruzic* le soit, la même auteure précitée affirmait que la constitutionnalisation du principe du caractère involontaire au sens moral pourrait faire en sorte que la proportionnalité ne soit plus nécessaire pour la défense de contrainte[923] : « [p]roportionality may be related to, but *it is not part of moral involuntariness* »[924]. Elle ajoute que la CSC « *could have included proportionality* […] in the concept of moral involuntariness »[925], mais ne l'a pas fait.

[239] Si le principe de la proportionnalité ne devait pas faire partie intégrante du principe du caractère involontaire au sens moral depuis l'arrêt *Ruzic* et que ce soit toujours le cas, il nous semble que cela pourrait représenter une certaine contradiction, voire une certaine incohérence, qui ressortirait de l'application de ces deux principes, laquelle tirerait sa source de la valeur attribuée à chacun d'eux, entre autres. Par exemple, une menace de mort ou de lésions corporelles visant la personne accusée pourrait l'avoir privée, de manière réaliste, du pouvoir de faire un choix libre et volontaire, même si celle-ci doit, en principe, opposer une certaine résistance à la menace, notamment. Ce faisant, cette personne pourrait avoir réagi de façon *disproportionnée* dans le contexte de la riposte, et ce tout en posant un acte qui puisse éventuellement être jugé comme étant *raisonnable* (dans le sens juridique qui lui est donné précédemment) dans les circonstances[926]. L'exemple le plus frappant, sur lequel nous reviendrons plus loin lors de notre analyse de la proportionnalité sous un autre angle dans le contexte de la défense de contrainte, pourrait être le suivant : si la personne accusée a dû causer la mort de deux ou plusieurs personnes pour assurer sa propre existence, le résultat de cet acte serait *disproportionné*[927], mais rien n'empêche que cet acte pourrait être considéré comme étant *raisonnable* au vu des circonstances. La loi n'est-elle pas conçue, comme l'énonce elle-même la CSC dans l'arrêt *Ruzic*, « pour s'appliquer aux personnes ordinaires et non à une collectivité de saints ou de héros »[928] ? En principe, selon ce que nous venons d'évoquer, la disproportion de cette

[923] *Ibid*, p. 77 (caractères italiques ajoutés).
[924] *Ibid* (caractères italiques ajoutés).
[925] *Ibid*, p. 103 (caractères italiques ajoutés).
[926] Sinel, *supra* note 29, p. 64.
[927] Fehr (2017), *supra* note 803, p. 109.
[928] *Ruzic*, *supra* note 32, par. 40 *in fine*.

riposte ne devrait pas empêcher cette personne accusée d'invoquer la défense de contrainte car le principe du caractère involontaire au sens moral a été reconnu comme principe de justice fondamentale en vertu de l'article 7 de la *Charte*, lequel prévoit, de façon pratique, qu'une personne accusée n'avait d'autre choix réaliste que de commettre un acte coupable[929].

[240] Toutefois, contrairement au régime juridique de la légitime défense post-Réforme de 2013, lequel prévoit que la proportionnalité est un *facteur discrétionnaire*, l'absence d'une seule des conditions d'ouverture de la défense de contrainte[930] dans une situation donnée aurait pour effet de rendre indisponible ce moyen de défense[931]. La proportionnalité de l'acte commis en riposte constitue l'une de ces conditions. Par conséquent, le seul fait pour une personne accusée d'avoir commis un acte disproportionné en riposte devrait l'empêcher *de facto* de pouvoir invoquer la défense de contrainte. Pourtant, une personne accusée ayant agi d'une manière moralement involontaire ne devrait pas être punie pour la commission d'un acte sans que cela n'enfreigne les principes de justice fondamentale de l'article 7 de la Charte canadienne car elle devrait être exempte de tout blâme au plan moral[932]. Il pourrait y avoir alors, en théorie et peut-être en pratique, une possible contradiction, ou une possible incohérence, dans l'application de ces deux principes si le principe de la proportionnalité ne devait pas faire partie intégrante du principe du caractère involontaire au sens moral.

[241] De plus, le principe du caractère involontaire au sens moral devrait prévaloir sur le principe de la proportionnalité puisque, selon le postulat de l'auteure précitée, le premier est un principe de justice fondamentale, alors que le second ne le serait pas. Par ailleurs, même si la défense de contrainte devait être *assouplie* par la présence du principe du caractère involontaire au sens moral, lequel y incorporerait une certaine souplesse induite

---

[929] Shaffer, *supra* note 870, p. 469.
[930] *Ryan*, *supra* note 31, par. 81.
[931] *Armstrong*, *supra* note 882, par. 58.
[932] Côté-Harper, Rainville et Turgeon, *supra* note 7, p. 1230-1231; *Renvoi sur la Motor Vehicle Act*, [1985] 2 R.C.S. 486, p. 492; *Ruzic*, *supra* note 32, par. 11; voir *Perka*, *supra* note 89, p. 250, pour examiner le principe de caractère involontaire au sens moral dans le contexte de la défense de nécessité, alors que la CSC ne lui avait pas encore donné une valeur constitutionnelle.

par le concept de raisonnabilité, la disponibilité de ce moyen de défense se verrait tout de même être *restreinte* par le principe de proportionnalité. Nous ne remettons pas en question qu'il soit raisonnable (compris dans son sens général) dans l'absolu que la CSC ait souhaité restreindre la disponibilité de la défense de contrainte par l'imposition d'une condition d'ouverture relative à la proportionnalité[933]. Celle-ci pourrait, peut-être, faire en sorte, de par sa dimension objective, que l'évaluation de la conduite d'une personne accusée soit moins arbitraire (« *less arbitrary* »), notamment dans les cas où l'infraction commise est trop sérieuse pour être excusée[934]. Toutefois, il n'en reste pas moins, même si tel était le cas, que la possible contradiction, ou la possible incohérence, identifiée plus tôt, demeure, particulièrement si l'on donne foi à l'hypothèse, discutée précédemment, voulant que le principe de la proportionnalité ne devrait pas faire partie intégrante du principe du caractère involontaire au sens moral.

[242] Y aurait-il alors une solution à ce problème ? Une des solutions possibles pourrait être de retirer simplement la proportionnalité des *conditions d'ouverture* de la défense de contrainte, et non de l'article 17 C.cr. lui-même car la proportionnalité n'y apparaît pas[935], sur la base du fait que le principe du caractère involontaire au sens moral pourrait s'en trouver fondamentalement modifié (« *altered* »)[936], voire dénaturé, en ayant son champ d'application limité par la proportionnalité. Cette solution prendrait appui sur le postulat, expliqué précédemment, que la constitutionnalisation du principe du caractère involontaire au sens moral pourrait faire en sorte que la proportionnalité ne soit plus nécessaire pour la défense de contrainte[937]. De plus, cette solution, aussi draconienne soit-elle, n'empêcherait pas, cependant, la défense de contrainte de conserver la proportionnalité en tant que *facteur* pouvant servir à évaluer la conduite d'une personne accusée[938]. Cela pourrait suivre, jusqu'à un certain point, l'exemple de la légitime défense que nous avons examiné précédemment à cet égard. Toutefois, il faudrait mettre un sérieux bémol sur cette solution proposée si la proportionnalité a été, en fait, constitutionnalisée car ce statut lui accorderait

[933] Fehr (2017), *supra* note 803, p. 121.
[934] Paciocco (2010), *supra* note 79, p. 288-289.
[935] Coughlan (2018), *supra* note 33, p. 8 (caractères gras, italiques et soulignement ajoutés).
[936] Fehr (2017), *supra* note 803, p. 118.
[937] Klineberg, *supra* note 922, p. 77 (caractères italiques ajoutés).
[938] Fehr (2017), *supra* note 803, p. 118.

alors une certaine pérennité. Par analogie avec la doctrine de l'« arbre vivant »[939], « les droits constitutionnels sont censés pouvoir *croître* »[940] : il serait inconcevable en droit constitutionnel canadien de suggérer d'« arracher » une « branche » de cet « arbre vivant » en suggérant d'en retirer la proportionnalité, si celle-ci devait en faire partie.

5.1.2.2 L'*inclusion* de la proportionnalité dans le principe du caractère involontaire au sens moral

[243] L'arrêt *Ryan* de la CSC clarifie que « *[l]a proportionnalité* constitue une composante *fondamentale* du moyen de défense fondé sur la contrainte parce qu'[elle] *découle directement* du principe du caractère involontaire au sens moral »[941]. La CSC arrive à cette conclusion en prenant appui[942] sur la décision de la même cour dans l'arrêt *Perka* qui affirmait précédemment que la proportionnalité « *se rattache* […] à la notion du caractère du caractère volontaire »[943]. L'arrêt *Perka* citait, à son tour à ce sujet, le passage suivant d'un ouvrage du professeur Fletcher : « si l'écart entre le mal causé et l'avantage tiré devient trop considérable, l'acte sera plus susceptible [« *more likely* »] d'être considéré comme volontaire et donc inexcusable »[944]. Fehr critique cette conclusion tirée par la CSC dans l'arrêt *Perka* en affirmant que « it would appear that Professor Fletcher was of the view that *utilitarian proportionality is, at best, a factor* which may be informative in determining whether an accused's actions were morally involuntary »[945]. Conclure autrement serait tout simplement incorrect (« *plainly incorrect* »), selon cet auteur[946]. Qui plus est, Yeo pousse l'analyse à cet égard encore plus loin en comparant les défenses de contrainte et de provocation : « *[a]s in the case of provocation*, any issue of proportionality

---

[939] *Edwards c. Attorney-General for Canada*, 1929 CanLII 438 (UK JCPC), [1930] A.C. 124.
[940] *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145, p. 155-157 (caractères italiques ajoutés); *Renvoi sur la Motor Vehicle Act*, *supra* note 928, p. 509; *Law Society of Upper Canada c. Skapinker*, [1984] 1 R.C.S. 357, p. 365-367; *Renvoi : Circ. électorales provinciales (Sask.)*, [1991] 2 R.C.S. 158, p. 179-181 (caractères italiques ajoutés).
[941] *Ryan*, *supra* note 31, par. 54 (caractères italiques et soulignement ajoutés).
[942] *Ibid*, par. 71 (caractères italiques ajoutés).
[943] *Perka*, *supra* note 89, p. 252 (caractères italiques ajoutés).
[944] Fletcher, George P. *Rethinking Criminal Law*, Little, Brown, Boston, 1978, p. 804 (traduction de la CSC); cet ouvrage a été réédité en 2000 après que l'arrêt *Perka* ait été rendu par la CSC: Fletcher (2000), *supra* note 140, p. 804. Cette version plus récente n'est pas utilisée par la CSC dans l'arrêt *Ryan* rendu en 2013.
[945] Fehr (2017), *supra* note 803, p. 110 (caractères italiques et soulignement ajoutés).
[946] Fehr, Colton. *Constitutionalizing Criminal Law*, Vancouver, UBC Press, 2022, p. 43 (ci-après « Fehr (2022) »).

is relevant only in so far as it assists as a *factor* in determining the accused's blameworthiness. […] The issue of proportionality will only be relevant as a *factor* for the jury to consider when deciding whether a person of ordinary firmness could have succumbed to the threat and done what the accused did »[947]. La dernière solution suggérée ci-haut reprend cette possible interprétation, plus étroite, de la proportionnalité.

[244] Cela étant dit, la CSC ajoute dans l'arrêt *Ryan* que « l'exigence de proportionnalité [est] *inhérente* au principe du caractère involontaire au sens moral »[948]. Cet arrêt précise que la proportionnalité n'est pas une exigence *en sus* du principe du caractère involontaire au sens moral, mais qu'elle constitue bel et bien un *aspect* de celui-ci[949]. Par conséquent, il est permis de se demander si la proportionnalité n'aurait pas la même valeur constitutionnelle, la même qui a été donnée au caractère involontaire au sens moral. Fehr soutient que « moral involuntariness was not adopted [by the Supreme Court of Canada] as the constitutional basis for the defences of duress and necessity. Instead, moral involuntariness *with* a utilitarian proportionality requirement was adopted »[950]. Il serait alors envisageable de pouvoir répondre par l'affirmative à la question de savoir si la proportionnalité a été effectivement constitutionnalisée, et ce, à la fois sur ce dernier fondement mais aussi sur la base du fait que la CSC conclut que l'exigence de proportionnalité serait *inhérente* au principe du caractère involontaire au sens moral et que ce dernier a été constitutionnalisé.

[245] Cependant, il serait prudent de ne pas adopter une position trop tranchée à cet égard : la CSC ne refuse-t-elle pas directement de constitutionnaliser le principe de proportionnalité lorsqu'elle exprime dans l'arrêt *Safarzadeh-Markhali* que « bien que la proportionnalité soit un principe important en matière de détermination de la peine, *on ne doit pas y voir un principe de justice fondamentale visé à l'art. 7* »[951] ? Même si ce

---

[947] Yeo (1988), *supra* note 444, p. 219-220 (caractères italiques ajoutés).
[948] *Ryan*, *supra* note 31, par. 59 (caractères italiques et soulignement ajoutés).
[949] Coughlan (2013), *supra* note 80, p. 98 (caractères italiques et soulignement ajoutés).
[950] Fehr (2017), *supra* note 803, p. 113 (les caractères italiques sont de Fehr).
[951] *R. c. Safarzadeh-Markhali*, [2016] 1 R.C.S. 180, par. 21 (caractères italiques ajoutés); Fehr (2022), *supra* note 946, p. 52 : « The [Supreme Court of Canada]'s refusal to constitutionalize the proportionality principle in sentencing was particularly perplexing ».

qu'exprime la CSC dans ce dernier arrêt concerne la détermination de la peine, elle semble tout de même rejeter la possibilité que la proportionnalité soit considérée comme un principe de justice fondamentale. Or, cette affirmation de la CSC pourrait ne pas se limiter aux seules considérations relatives à la détermination de la peine, mais semble toucher, de façon plus générale, le refus de reconnaître la proportionnalité comme un principe de justice fondamentale.

5.2 Le rôle de la proportionnalité dans la possible *inclusion* (jurisprudentielle) des exclusions (statutaires)

[246] La défense de contrainte dans la première version du *Code criminel* du Canada, en 1892, excluait de son champ d'application les infractions suivantes : la trahison, le meurtre, la piraterie, les infractions assimiliées à la piraterie, la tentative de meurtre, la facilitation de viol, l'enlèvement forcé, le vol qualifié, l'infliction de causer des lésions corporelles *graves* et l'incendie criminel[952]. L'origine de ces exclusions semble provenir, de façon indubitable (« *undoubtedly* »)[953] selon certains, du Projet de Code (« *Draft Code* ») anglais de 1879[954]. Cependant, l'origine des exclusions prévues au Projet de Code pourrait être incertaine (« *unclear* »)[955]. La version de l'article 23 du Projet de Code anglais de 1892 excluait un total de dix infractions[956]. La défense de contrainte adoptée la même année au Canada était presque identique à celle que l'on trouve dans le Projet de Code[957]. La version codifiée de la défense de contrainte a été amendée au Canada en 1955, mais elle n'a pas été *substantiellement* altérée depuis lors[958]. Remarquons toutefois que, jusqu'en 1982, les menaces acceptées au titre de ce moyen de défense devaient être soit de mort, comme elles le sont toujours aujourd'hui, mais les menaces de lésions corporelles devaient être *graves*

---

[952] Hitchler, Walter Harrison. « Duress as a Defence in Criminal Cases » (1917) 4(7) *Virginia Law Review* 519, p. 532.
[953] Law Reform Commission, Irlande (2006) *Duress and Necessity*, *supra* note 896, p. 67, par. 3.32.
[954] *Ibid*.
[955] Chapman, Frances E. et Georgette M. Lemieux. « The Troubled History of the Defence of Duress and Excluded Offences: Could the Reasoned Use of Mitigation on Sentencing Prevent Duress from (Further) Becoming Archaic, Gendered, and Completely Inaccessible ? » (2021) 44 *Man L.J.* 33, p. 53.
[956] Chapman (2012), *supra* note 877, p. 232.
[957] Chapman et Lemieux, *supra* note 955, p. 52.
[958] Chapman (2012), *supra* note 877, p. 232; *ibid*, p. 54.

avant 1982, alors que de simples lésions corporelles sont suffisantes depuis lors[959]. La liste en vigueur des infractions exclues du champ d'application de l'article 17 C.cr. comprend la haute trahison ou la trahison, le meurtre, la piraterie, la tentative de meurtre, l'agression sexuelle, l'agression sexuelle armée, les menaces à une tierce personne ou l'infliction de lésions corporelles, l'agression sexuelle grave, le rapt, la prise d'otage, le vol qualifié, l'agression armée ou l'infliction de lésions corporelles, les voies de fait graves, l'infliction illégale de lésions corporelles, le crime d'incendie ou l'une des infractions visées aux articles 280 à 283 C.cr. (enlèvement et séquestration d'une jeune personne).

5.2.1 Le rôle de la proportionnalité dans la possible inconstitutionnalité des infractions exclues

[247] Les professeurs Coté-Harper, Rainville et Turgeon évoquent que « [l]'article 17 C.cr. a été jugé non conforme à l'article 7 de la Charte canadienne »[960] dans quelques décisions. Ils soulignent que « [s]on invalidité tient à ce qu'il permet la condamnation d'une personne moralement innocente »[961]. Ils mettent en exergue certains postulats importants de l'arrêt *Langlois*[962] rendu par la Cour d'appel du Québec à l'égard de la constitutionnalité de la défense de contrainte : premièrement, « certaines conditions d'ouverture de l'article 17 C.cr. sont trop onéreuses »; deuxièmement, ces conditions « enfreignent les principes de justice fondamentale de l'article 7 de la Charte canadienne, car elles permettent de punir une personne exempte de tout blâme au plan moral »; troisièmement, « la personne dont le comportement est involontaire au plan normatif doit être considérée innocente moralement » et, finalement, « une infraction foncièrement inévitable révèle un comportement involontaire du point de vue normatif »[963]. En outre, ces professeurs avancent que « [l']invalidité de la plupart de ces exclusions constitue, en réalité, une thèse parfaitement plausible »[964]. Par conséquent, nous nous proposons de jeter

---

[959] Law Reform Commission, Irlande (2006) *Duress and Necessity*, *supra* note 896, p. 14, par. 2.30; Bryce, George K. *The Excuse of Duress*, Working Paper #9, Canadian Bar Association, National Criminal Justice Section, Committee on Criminal Code Reform, 1991, p. 5.
[960] Côté-Harper, Rainville et Turgeon, *supra* note 7, p. 1230.
[961] *Ibid*; voir également Rosenthal, *supra* note 878, p. 221.
[962] *R. c. Langlois*, 1993 CanLII 3594 (QC CA).
[963] Côté-Harper, Rainville et Turgeon, *supra* note 7, p. 1230-1231.
[964] *Ibid*, p. 1236; Paciocco (2010), *supra* note 79, p. 288-289.

un regard neuf, à jour et pointu suite à l'évolution du droit depuis que ce dernier arrêt a été rendu, et ce, avec la proportionnalité comme point de mire de notre analyse.

5.2.1.1 La possible inconstitutionnalité de l'exclusion de certaines infractions

[248] L'un des éléments les plus controversés concernant la défense de contrainte, mais qui demeure peu discuté (« *least discussed* ») selon ce que prétendent deux auteures, est l'exclusion de certaines infractions énumérées à l'article 17 C.cr.[965]. L'affirmation voulant que cette question ait été peu discutée est surprenante vu la kyrielle d'auteurs s'étant prononcés directement sur la question. En effet, des critiques doctrinales de tout acabit ont afflué à l'égard de la défense de contrainte, dont plusieurs ont semé un doute sérieux quant à la légitimité de ces exclusions toujours en vigueur qui mettent à l'écart de ce moyen de défense une liste spécifique d'infractions criminelles. Par exemple, ces exclusions ont été qualifiées d'« anomalies »[966], d'« illogiques »[967], d'« insoutenables »[968], d'« anachroniques »[969], d'« archaïques »[970], qu'elles ne résisteraient pas nécessairement à un examen de la *Charte*[971], qu'elles seraient beaucoup trop nombreuses[972] en excluant une liste « ridiculement »[973] longue d'infractions, lesquelles donneraient l'impression, en plus, d'avoir été choisies au hasard[974]. Le Canada est d'ailleurs « le seul pays comportant autant d'exclusions qui ne donnent pas ouverture à la défense de contrainte »[975]. Cela a fait dire à

---

[965] Chapman et Lemieux, *supra* note 955, p. 34.
[966] Manirabona et Ouimet, *supra* note 79, p. 261 : dans le sens où cette liste d'exclusions est « une anomalie à la lumière de l'évolution jurisprudentielle de la défense de contrainte statutaire à la suite des conséquences de l'adoption de la *Charte canadienne* ».
[967] Rosenthal, *supra* note 878, p. 220; Skolnik, *supra* note 34, p. 137 : par exemple, l'article 17 C.cr. « illogically precludes duress when the crime the accused commits lacks a direct threat of harm, or a threat which will not be fulfilled, even though the accused risks virtually certain death by refusing to threaten another ». ***Contra*** : Trotter, *supra* note 819, p. 834-835 : « The list of offences is not illogical. Setting aside the antiquated offences of treason, there is a strong theme underlying this list - serious offences of intentional violence ».
[968] Manirabona et Ouimet, *supra* note 79, p. 267 : « car [la liste d'exclusions codifiée à l'article 17 C.cr.] impose *arbitrairement* des exigences trop élevées, qui reposent sur des considérations désuètes et qui s'opposent aux instincts fondamentaux de l'être humain » (caractères italiques ajoutés).
[969] Akhavan, P. « Should Duress Apply to All Crimes? A Comparative Appraisal of Moral Involuntariness and the Twenty Crimes Exception under Section 17 of the Criminal Code », (2009) 13 *Rev. Can. D.P.* 271, p. 274.
[970] Lafontaine, *supra* note 606.
[971] Shaffer, *supra* note 870, p. 473; Côté-Harper, Rainville et Turgeon, *supra* note 7, p. 1237-1240.
[972] Coughlan (2018), *supra* note 33, p. 3.
[973] Roach (2013), *supra* note 814, p. 160 (caractères italiques ajoutés).
[974] Manirabona et Ouimet, *supra* note 79, p. 254 (caractères italiques ajoutés).
[975] *Ibid*, p. 261.

certains que ces exclusions devraient éventuellement disparaître[976]; d'autres ont affirmé qu'elles devraient être abolies[977]. Deux auteures affirmaient d'ailleurs récemment, en 2021, qu'il ne semble y avoir aucune raison pour que la disponibilité de la défense de contrainte soit encore restreinte par l'effet de l'exclusion de certaines infractions criminelles[978].

[249] À l'exception, dans une certaine mesure[979], de la Nouvelle-Zélande[980], des provinces australiennes de Tasmanie[981] et du Queensland[982] et du Nigéria[983], la plupart des juridictions de common law ont reconnu la contrainte comme un moyen de défense pouvant s'appliquer à *tous* les crimes pour son auteur principal, sauf le meurtre et la trahison[984]. Toutefois, en droit pénal canadien, la défense de contrainte semble avoir conservé la portée plus étroite de la common law antérieure[985], ce qui place le droit pénal canadien en porte-à-faux à cet égard avec la tendance observée dans la plupart des autres juridictions de common law[986]. La disponibilité de la défense de contrainte qui semblerait s'appliquer à la vaste majorité des infractions criminelles est illustrée, par exemple, par la décision de 1975 dans l'arrêt *Lynch*[987] rendu par la Chambre des lords qui observa que la défense de

---

[976] Coughlan (2013), *supra* note 80, p. 104; Roach, Kent. « Les moyens de défense fondés sur la contrainte et sur la nécessité dans le Livre Blanc » dans Ministère de la Justice du Canada, *Documents rédigés pour le Ministère de la Justice en réponse au Livre Blanc*, « Propositions de modification du *Code criminal* (Principes généraux) », 1994, p. 19 : « il conviendrait [...] de n'exclure aucune infraction du moyen de défense fondé sur la contrainte ».
[977] Cross, *supra* note 838, p. 380.
[978] Chapman et Lemieux, *supra* note 955, p. 37.
[979] Ces États appliquent aussi une liste d'exclusions (appelées « exceptions ») à la défense de contrainte, mais celle-ci n'est pas aussi « étoffée » que celle du Canada : Manirabona et Ouimet, *supra* note 79, p. 262.
[980] L'article 24 du *New Zealand Crimes Act* 1961 No. 43 exclut les infractions suivantes du champ d'application de la défense de contrainte : la haute trahison, la communication de secrets d'État, le sabotage, les actes de piraterie, le meurtre, la tentative de meurtre, les blessures intentionnelles, causer intentionnellement des lésions corporelles graves, l'enlèvement (la version anglaise de cet article fait la distinction d'ailleurs entre les infractions d'« abduction » et de « kidnapping » en y incluant les deux), le vol qualifié, le vol qualifié grave et l'incendie criminelle.
[981] L'article 20 du *Tasmanian Criminal Code Act 1924* (amendé en 1987) prévoit que la défense de contrainte ne s'applique pas aux infractions suivantes : le meurtre, la haute trahison, la piraterie, la tentative de meurtre, le viol, l'enlèvement forcé, le vol qualifié, l'infliction de lésions corporelles graves et l'incendie criminel.
[982] L'article 31(2) du *Queensland Criminal Code Act 1899* prévoit que la défense de contrainte ne s'applique pas au meurtre, à la piraterie ou à la tentative de piraterie perpétrée avec violence, à l'infraction de causer des blessures corporelles graves ou à l'intention de commettre une telle infraction.
[983] L'article 32 du *Nigerian Criminal Code* prévoit que la défense de contrainte « does not extend to an act or omission which would constitute an offence punishable with death, or an offence of which grievous harm is caused to the person of another, or an intention to cause such harm, is an element ».
[984] Akhavan, *supra* note 969, p. 272 et p. 276.
[985] *Ibid*, p. 272; Manirabona et Ouimet, *supra* note 79, p. 262; *ibid*, p. 282.
[986] Akhavan, *ibid*, p. 273.
[987] *Lynch c. Director of Public Prosecution for Northern Ireland*, *supra* note 838.

contrainte a été judiciairement admise pour une variété de crimes, comme le meurtre au *second* degré par exemple[988], qui est une infraction pourtant toujours exclue de la défense de contrainte en droit pénal canadien.

[250] Comme le soulignait la Commission de réforme du droit du Canada en 1982, « l'article 17 C.cr. contient une liste d'infractions particulières, mais aucun principe directeur ou justification n'y est énoncé »[989]. Elle recommandait alors de remplacer ces exclusions par une règle générale prévoyant que la conduite d'une personne accusée « ait été une réaction *raisonnable* à des menaces de lésions corporelles graves et immédiates, et qu'elle n'ait pas constitué un danger manifeste pour la vie ou l'intégrité physique »[990]. Elle ne suggère pas, toutefois, de définition ni ne clarifie ce qu'elle entend par l'utilisation du terme « raisonnable » dans son document de travail. Il n'est donc pas possible de déterminer si la proportionnalité devait y être englobée ou non et si la proportionnalité devait y jouer quel que rôle que ce soit. En tous les cas, la recommandation de la Commission de réforme du droit du Canada est restée lettre morte puisque l'article 17 C.cr. est demeuré, à toute chose près[991], intact depuis 1982[992].

[251] L'article 17 prévoit une liste d'infractions qui ne peuvent pas être excusées en raison de la contrainte, ce qui laisse supposer que celles-ci ne pourraient jamais être commises de manière proportionnelle à une menace[993]. De façon similaire, un auteur exprime[994]:

> *s. 17 does not contain the word "proportionality", but the court concluded that it is part of defence nonetheless as an aspect of moral involuntariness.* Even prior to that finding, *the list of excluded offences was a clear but inflexible and approximate*

---

[988] Tel n'est cependant pas le cas du meurtre au premier degré : *Abbott c. R.* [1976] 3 W.L.R. 462.
[989] Commission de réforme du droit (1982), *supra* note 90, p. 100; Law Reform Commission, Irlande (2006) *Duress and Necessity*, *supra* note 896, p. 68, par. 3.35 : « section 17 excluded the defence from very serious crimes without articulating any underlying principle or rationale ».
[990] Commission de réforme du droit (1982), *ibid*, p. 100 (caractères italiques ajoutés).
[991] Dans l'arrêt *Ruzic*, *supra* note 32, par. 90, la CSC a déclaré les exigences d'immédiateté et de présence de l'article 17 C.cr. comme étant inconstitutionnelles.
[992] Bryce, *supra* note 959, 1991, p. 4 : « From 1892, when it was first enshrined in the *Criminal Code* of Canada, our law of duress has not changed a great deal ».
[993] Manirabona et Ouimet, *supra* note 79, p. 261 (caractères italiques ajoutés); *ibid*, p. 285; Coughlan, *supra* note 8, p. 161-162; Coughlan (2013), *supra* note 80, p. 103-104.
[994] Coughlan (2018), *supra* note 33, p. 8 (caractères gras, italiques et soulignement ajoutés).

Parliamentary statement that it is never proportional to commit one of the excluded offences regardless of how grave the threat is.

Pourtant, l'article 17 C.cr. ne dit rien à propos de la condition voulant que l'infraction commise soit proportionnée à la menace reçue. La proportionnalité y est implicite[995]. De plus, Paciocco[996] suggère qu'elle n'avait pas besoin d'être mentionnée à l'article 17 C.cr. car cet article limite déjà les types de menaces pouvant donner application à ce moyen de défense, à la mort ou à des lésions corporelles. La codification de la proportionnalité ne serait aussi d'aucune utilité car le critère de proportionnalité établi dans l'arrêt *Ruzic* « suffi[rai]t déjà bien amplement à circonscrire le champ d'application de ce moyen de défense et à éviter son utilisation abusive »[997], et ce, même si l'article 17 C.cr. ne devait pas exclure, comme il le fait présentement, certaines infractions de son champ d'application[998].

[252] Ce qui précède rejoint jusqu'à un certain point ce que soutiennent les tenants de la théorie du caractère sérieux de l'infraction (« *seriousness of the offence* » *thesis*), à savoir que même si la défense de contrainte devait devenir éventuellement une défense pour n'importe quel type d'infractions, celle-ci pourrait tout de même être rejetée lorsque le mal occasionné par la commission d'une infraction serait, par exemple, d'une nature extrêmement disproportionnée (« *extremely disproportional* ») lorsque comparé au mal évité[999]. En pareils cas, il serait attendu de la personne accusée, toujours selon les préceptes de la même théorie, qu'elle résiste à la menace même si cela devait lui demander de sacrifier sa propre existence[1000]. Nous reviendrons sur cette question précise dans le prochain sous-chapitre. Contentons-nous, pour l'instant, de souligner que cette théorie semble présenter certaines limites qui pourraient, peut-être, remettre en question son bien-fondé, notamment le fait que, comme le souligne la CSC dans l'arrêt *Ruzic*[1001], « [l]a

[995] Paciocco (2010), *supra* note 79, p. 286.
[996] *Ibid*, p. 262.
[997] *Ibid*, p. 288; Manirabona et Ouimet, *supra* note 79, p. 261.
[998] Shaffer, Martha. « Coerced into Crime : Battered Women and the Defence of Duress » (1999) 4 *Rev. Can. D.P.* 271, p. 322-327.
[999] Chiesa, Luis E. « Duress, Demanding Heorism and Proportionality: The Erdemovic Case and Beyond » (2008) 41 *Vand. J. Transnat'l L.* 741, p. 755.
[1000] *Ibid*, p. 757.
[1001] *Ruzic*, *supra* note 32, par. 40 *in fine*.

loi est conçue pour s'appliquer aux personnes ordinaires et non à une collectivité de saints ou de héros ».

[253] Bien que la CSC ne se prononce pas sur la constitutionnalité de la liste d'infractions exclues à l'article 17 C.cr. tant dans l'arrêt *Ruzic*[1002] que dans l'arrêt *Ryan*[1003], elle semble tout de même avoir tracé le chemin[1004] pour que la portée de la défense de contrainte puisse s'élargir en laissant la porte ouverte dans l'arrêt *Ruzic*[1005] à la question de savoir si les exclusions de l'article 17 C.cr. contreviennent à l'article 7 de la *Charte*[1006] en ne permettant pas à l'auteur principal d'une infraction exclue d'avoir accès à ce moyen de défense[1007]. Le silence de la CSC sur la constitutionnalité de cette liste a pour conséquence que chaque exclusion prévue par l'article 17 C.cr. devrait, afin d'être potentiellement invalidée, être contestée à cet égard devant les tribunaux de façon *individuelle* jusqu'à ce que ces derniers aient invalidé la dernière infraction exclue par cet article[1008]. Vu le mutisme de la CSC sur la question, ces exclusions dans leur ensemble pourraient ainsi rendre éventuellement l'âme par une lente agonie qui prendrait forme par l'érosion de cette disposition qui verrait chacune de ces exclusions être, l'une après l'autre, déclarée invalide d'un point de vue constitutionnel, plutôt que par le couperet d'une « guillotine » juridique qui lui retirerait leur existence entièrement d'un seul coup, ce qu'aurait pu faire la CSC. Cela laisserait le champ libre, dans une certaine mesure, aux cours de justice canadienne de permettre à une personne accusée d'invoquer la défense de contrainte dans une affaire impliquant un vol qualifié, même si cette infraction est exclue expressément du champ d'application de

---

[1002] Chapman et Lemieux, *supra* note 955, p. 36.
[1003] Manirabona et Ouimet, *supra* note 79, p. 261.
[1004] Paciocco (2010), *supra* note 79, p. 288-289.
[1005] *Ruzic*, *supra* note 32.
[1006] *Charte*, *supra* note 5.
[1007] Cross, *supra* note 838, p. 370, notait déjà en 1978 en ce qui concerne le droit anglais que « the question whether duress can ever be a defence to a person charged with murder as a principal in the first degree was left open ». La question n'ayant pas été abordée depuis lors à l'époque où la décision *Ruzic* a été rendue par la CSC, il est permis de se demander si cette dernière aurait simplement imité l'hésitation des cours britanniques à se prononcer sur cette question, n'osant pas se mouiller à ce sujet, mais tout en ne fermant pas la porte à y répondre éventuellement.
[1008] Roach (2013), *supra* note 814, p. 160; voir également *R. c. Sheridan*, [2010] O.J. No. 4884, 224 CRR (2d) 308, par. 13, au même effet : « the constitutional validity of s. 17 of the *Criminal Code* must be determined on a case-by-case basis ».

l'article 17 C.cr.[1009], encore faudra-t-il que la constitutionnalité de cette disposition soit soulevée devant les tribunaux en pareils cas[1010]. Là encore, les tribunaux n'ont donné jusqu'à maintenant que peu d'indications pouvant aider à défricher ce chemin tracé par la CSC [1011]. Par conséquent, le vent peut bien souffler, en théorie, en direction de l'invalidation constitutionnelle de chacune des exclusions prévues à l'article 17 C.cr., mais rien n'est moins sûr, à quelques exceptions près que nous verrons ci-après, quant à ce qu'il adviendra de l'existence de l'ensemble de celles-ci.

[254] Ce qui est sûr, par contre, c'est que les exclusions prévues à l'article 17 C.cr. peuvent avoir eu, dans certains cas, une portée *tentaculaire* et qu'il serait alors difficile pour une personne accusée d'échapper à leur application. Par exemple, la CSC s'est penchée, en 1981, dans l'arrêt *Bergstrom*[1012] sur l'application de l'expression « aider à l'accomplissement du viol » faisant alors partie des exclusions de l'article 17 C.cr. Le viol n'apparaît plus dans le libellé de cet article. Il aurait été remplacé par l'agression sexuelle, l'agression sexuelle armée et l'agression sexuelle grave. La CSC conclut dans ce ce dernier arrêt que l'expression « aider à l'accomplissement du viol » « ne devait jamais comprendre les personnes qui aident à l'accomplissement d'un viol *à l'exclusion des personnes qui le commettent réellement*. Par conséquent, les mots employés [...] à l'art. 17, devaient donc exclure, et ont effectivement exclu du domaine d'application de la défense de contrainte, le viol, *quelle que soit la façon de le commettre* »[1013]. Partant, peu importe le rôle joué par une personne accusée dans le contexte d'une agression sexuelle, la possibilité d'invoquer la défense de contrainte prévue par l'article 17 C.cr. serait automatiquement exclue. À l'inverse, dans d'autres situations, on constate que la liste d'exclusions prévues à l'article 17 C.cr. a été interprétée de façon *restrictive*[1014] permettant ainsi à une personne accusée de pouvoir invoquer sans ambages la défense de contrainte. Tel est le cas dans l'arrêt

---

[1009] Chapman (2012), *supra* note 877, p. 247; *R. c. Fraser*, (2002), 3 C.R. (6th) 308 (Can. N.S. Prov. Ct.), par. 16.
[1010] *R. c. Mohamed*, 2012 ONSC 1715, par. 27 : « [i]n the absence […] of a *Charter* challenge by [the accused] concerning the constitutional validity of exclusing the defence of duress for a charge of robbery in section 17, that part of section 17 of the *Criminal Code* remains in full force and effect »; *Sheridan*, *supra* note 1008.
[1011] Chapman et Lemieux, *supra* note 955, p. 58.
[1012] *Bergstrom c. R.*, [1981] 1 R.C.S. 539.
[1013] *Ibid*, p. 549 (caractères italiques ajoutés).
[1014] Paciocco (2010), *supra* note 79, p. 288-289.

Robins[1015] rendu par la Cour d'appel du Québec où cette dernière a décidé qu'un rapt (« *forcible adbuction* »), exclu de la défense de contrainte par le libellé de l'article 17 C.cr., n'empêche pas, en principe, ce moyen de défense de pouvoir s'appliquer dans le cas d'un enlèvement (« *kidnapping* »).

[255] En plus de ces derniers exemples, il existe d'autres décisions judiciaires où certaines des exclusions prévues à l'article 17 C.cr. ont plutôt été prises à bras-le-corps et ont été attaquées de façon frontale. Par exemple, dans la décision *Fraser*[1016], le juge de première instance a déclaré inopérante l'exclusion de l'article 17 C.cr. portant sur le vol qualifié sur la base du fait que si une personne accusée était autrement admissible à la défense de contrainte, elle aurait été considérée comme ayant pu avoir agi d'une manière moralement involontaire, puis, elle aurait pu ainsi bénéficier éventuellement de ce moyen de défense.

[256] Le dernier mot[1017] (« *the last word* ») ayant été prononcé par les tribunaux sur la constitutionnalité de l'article 17 C.cr., et aussi à propos de la proportionnalité dans ce contexte, remonte à 2014… dans la décision *Allen*[1018] dont les faits impliquent l'auteur principal d'un vol qualifié et d'une agression armée, deux infractions exclues de la défense de contrainte par l'article 17 C.cr. Dans cette affaire, la Couronne soutenait que le principe du caractère involontaire au sens moral ne serait pas mis à mal par l'exclusion du vol qualifié ou de l'agression armée du champ d'application de ce moyen de défense car ces infractions ne pourraient jamais satisfaire l'exigence de proportionnalité[1019]. Le tribunal conclut plutôt que l'exclusion (« *blanket exclusion* ») de ces deux infractions empêche une personne accusée de pouvoir invoquer ce moyen de défense, et ce, même dans des situations où elle n'avait d'autre choix réaliste que de commettre un acte coupable. Par conséquent, ces exclusions contreviendraient au principe du caractère involontaire au sens moral[1020]. En guise d'aparté, il importe de souligner qu'il est regrettable pour les fins de notre analyse que le juge dans cette affaire ait rendu une décision *orale* non répertoriée en

---

[1015] *Robins*, *supra* note 892.
[1016] *Fraser*, *supra* note 1009.
[1017] Chapman et Lemieux, *supra* note 955, p. 61.
[1018] *Allen, supra* note 687.
[1019] *Ibid*, par. 50.
[1020] *Ibid*, par. 45 et 90.

ce qui concerne l'amputation des termes « vol qualifié » et « agression armée » de l'article 17 C.cr.[1021]

[257] De plus, un auteur avance que le principe du caractère involontaire au sens moral, lequel inclurait la proportionnalité, ne laisserait pas de place à la liste d'exclusions au sein de l'article 17 C.cr. Pour reprendre encore une fois l'exemple du vol qualifié, la société ne s'attendrait pas nécessairement à ce que la personne accusée subisse la mort, si tel était l'objet de la menace, plutôt que de commettre cette infraction[1022], surtout que le vol qualifié peut ne pas impliquer de danger pour la vie ou l'intégrité physique dans des circonstances où une imitation d'arme à feu est utilisée[1023], par exemple. Il ne serait pas proportionnel que la personne accusée subisse le crime ultime afin d'éviter de commettre une infraction qui soit de moindre intensité. Le même raisonnement pourrait s'appliquer à l'infraction d'incendie criminel dans une situation où, par exemple, « *B* menace *A* de le tuer sur-le-champ, à moins que celui-ci ne mette le feu à un immeuble dont *A* sait qu'il ne s'y trouve personne; dans ce cas, *A* [devrait pouvoir] invoquer la contrainte [...] à l'encontre de l'accusation [d'incendie criminel] »[1024]. Or, le libellé de l'article 17 C.cr. excluant cette infraction du champ d'application de la défense de contrainte l'en empêche.

[258] Si une personne accusée n'avait d'autre choix réaliste que de commettre un acte coupable[1025], et que les autres éléments de la défense de contrainte étaient réunis, le comportement de la personne accusée pourrait être considéré comme étant moralement involontaire. Or, puisque la liste des exclusions de l'article 17 C.cr., qui comprend le vol qualifié et l'incendie criminel notamment, priverait la personne accusée de ce moyen de défense, l'exclusion de ces infractions de la défense de contrainte pourrait être considérée comme étant invalide, sur la base de l'article 7 de la *Charte*, puisque ces exclusions permettraient la condamnation d'une personne moralement innocente[1026].

[1021] *Ibid*, par. 91.
[1022] Coughlan (2013), *supra* note 80, p. 103.
[1023] Commission de réforme du droit (1982), *supra* note 90, p. 102; voir également Law Reform Commission, Irlande (2006) *Duress and Necessity*, *supra* note 896, p. 69, par. 3.37.
[1024] Commission de réforme du droit (1982), *ibid*.
[1025] *Brown*, *supra* note 921, par. 47; *Ruzic*, *supra* note 32, par. 44.
[1026] Côté-Harper, Rainville et Turgeon, *supra* note 7, p. 1230; voir également Rosenthal, *supra* note 878, p. 221.

[259] Lorsqu'il est accepté que la proportionnalité fait partie du principe du caractère involontaire au sens moral, lequel constitue un principe de justice fondamentale en vertu de l'article 7 de la *Charte*, les exclusions de certaines infractions prévues à l'article 17 C.cr. pourraient, selon Coughlan, se diviser en deux catégories qui mettent en lumière le rôle central joué par la proportionnalité[1027]. Premièrement, l'exclusion de ces infractions dont la commission pourrait être considérée comme étant proportionnelle à la menace reçue contreviendrait à l'article 7 de la *Charte* sur la base du principe du caractère involontaire au sens moral. Deuxièmement, la présence de certaines infractions en tant qu'exclusion à l'article 17 C.cr. pourrait être redondante car la commission d'une de celles-ci pourrait, dans certains cas, ne pas être considérée comme étant proportionnelle, auquel cas l'invocation de ce moyen de défense échouerait avant même de devoir considérer les exclusions de l'article 17 C.cr.[1028]; ces exclusions deviendraient donc inutiles en pareils cas.

5.2.1.2 La possible inconstitutionnalité de l'exclusion de l'infraction de meurtre

[260] L'infraction de meurtre « soulève des préoccupations *uniques* et controversées au sujet de la proportionnalité »[1029], ce qui rend cette infraction différente des autres qui sont énumérées, et donc exclues de l'application de la défense de contrainte, à l'article 17 C.cr. Le juge Cassese exprimait dans l'arrêt *Erdemović* du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie : « la proportionnalité [...] sera, en pratique [la condition la] plus difficile à remplir lorsque le crime reproché implique le meurtre d'innocents. [...] les difficultés philosophiques, morales et juridiques qui découlent du fait de mettre ainsi en balance *une vie contre celle d'autrui* sont énormes, voire insurmontables. Comment un juge peut-il se convaincre que la vie d'une personne valait moins que celle d'une autre ? »[1030]. L'un des

---

[1027] Coughlan (2013), *supra* note 80, p. 104, note de bas de page 59 : « Properly, of course, any given analysis will be fact-dependent. One cannot say that committing arson is never morally involuntary, nor that it always is: the result will depend at a minimum on the nature of the threats ».
[1028] *Ibid*, p. 104.
[1029] *Willis (TAW)*, *supra* note 189, par. 156 (traduction de l'auteur).
[1030] *Procureur c. Erdemović*, affaire n° IT-96-22-A, arrêt, 7 octobre 1997 (TPIY, Chambre d'appel), opinion individuelle et dissidente du juge Cassese, par. 42 (caractères italiques ajoutés).

problèmes que suscite la proportionnalité, en pareils cas, concerne la difficulté de faire un jugement moral lorsque deux intérêts opposés sont les mêmes, ici la vie d'une personne. Il est alors difficile d'affirmer qu'un tel acte, soit celui d'enlever la vie à une personne, serait légitime car il faut, pour arriver à cette conclusion, faire prévaloir la vie d'une personne innocente sur celle d'une autre[1031], à savoir, d'une part, la personne innocente ayant reçu la menace et, d'autre part, l'autre personne innocente qui subit le mal. La Cour d'appel de l'Ontario dans l'arrêt *Aravena* semble être d'avis que si la vie de deux personnes innocentes est en jeu et que le mal devant être évité est identique, il serait arbitraire de placer la vie de l'une d'elles au-dessus de l'autre[1032].

[261] Dans la plupart des juridictions de common law, la défense de contrainte n'est pas disponible pour une infraction de meurtre[1033]. Tel est le cas du Canada, par exemple, du moins pour l'auteur ou le coauteur. Même s'il était possible de présenter des arguments convaincants en faveur de l'interdiction d'utiliser ce moyen de défense pour une infraction de meurtre, s'agissant de l'exclusion la « plus facile à justifier »[1034], ces arguments ne justifieraient pas nécessairement, par ricochet, l'existence d'une liste d'exclusions au sein de l'article 17 C.cr.[1035]. Un des arguments pouvant être soulevés à l'encontre de la couverture de l'infraction de meurtre par la défense de contrainte concerne directement la question de la proportionnalité. Cet argument s'appuie, selon ce qu'indique Akhavan, sur l'aspect utilitariste de la proportionnalité en ce que le mal qui est *commis* à la suite de la profération de la menace doit être <u>moindre</u> que le mal qui est *évité*. Ainsi, le fait de prendre la vie d'un être humain pour sauver sa propre vie serait, parce que la mort a un *effet* (ou un *résultat*) permanent[1036], *toujours* une solution *intrinsèquement*[1037] <u>disproportionnée</u>[1038].

[1031] Fehr (2017), *supra* note 803, p. 111.
[1032] *Aravena*, *supra* note 189, par. 65; *ibid*, p. 112.
[1033] Gur-Arye, Miriam. « Should a Criminal Code Distinguish between Justification and Excuse ? » (1992) 5 *Can. J. L. & Jurisprudence* 215, p. 217; Akhavan, *supra* note 969, p. 275; Myers, B. « The Right to Kill or the Obligation to Die: The Status of the Defence of Duress Following New Zealand's Implementation of the Rome Statute of the International Criminal Court » (2005) 2 *New Zealand Yearbook of International Law* 127.
[1034] Roach (2018), *supra* note 101, p. 411.
[1035] Coughlan (2018), *supra* note 33, p. 3.
[1036] Akhavan, *supra* note 969, p. 280.
[1037] Par exemple, Sornarajah affirme, *supra* note 847, p. 662, que « [w]hereas duress may provide a defence to other crimes, sanctity of life requires that the offence of murder be treated differently ».
[1038] Akhavan, *supra* note 969, p. 280.

Fehr utilise aussi une approche utilitariste qu'il applique au même scénario hypothétique, soit celui de tuer ou d'être tué, mais il affirme toutefois, contrairement à Akhavan, que si la personne accusée doit prendre la vie d'un être humain pour sauver sa propre vie, le mal *infligé* et *évité* (« *harm caused* and *averted* »), par ce fait même, serait proportionné[1039]. Selon ce dernier, ce n'est que si la personne accusée a dû causer la mort, suite à la réception d'une menace, de deux ou plusieurs personnes pour assurer sa propre existence que le résultat de cet acte sera disproportionné[1040]. L'approche utilitariste de la proportionnalité a été vertement critiquée, particulièrement lorsqu'il s'agit de l'infraction de meurtre. Ses détracteurs s'objectent au fait que cette approche prévoit qu'il est possible de peser la valeur d'une humaine par rapport à une autre[1041].

[262] À notre avis, l'une des façons possibles qui nous permettrait, peut-être, de réconcilier, dans une certaine mesure, les vues de ces deux auteurs serait de faire un rapprochement, par analogie, avec l'évolution qu'a connu le critère de proportionnalité pour la défense de nécessité. En guise de rappel, l'arrêt *Perka* indiquait que « le mal causé [devait être] *moindre* que celui qu'on cherche à éviter »[1042], ce qui pourrait correspondre, jusqu'à un certain point, à ce que décrit Akhavan, alors que, selon l'arrêt *Latimer*, « le mal évité doit être comparable au mal infligé ou être nettement plus grand »[1043], ce qui pourrait faire écho à ce qu'avance Fehr. Cette tentative d'explication de cette contradiction cesse toutefois d'être pertinente aussitôt que l'on s'arrête au fait que ces deux auteurs se fondent tous deux sur une approche utilitariste. L'approche utilitariste n'est d'ailleurs pas une fin en soi pour le rôle de la proportionnalité au sein de la défense de contrainte. La CSC a reconnu deux rôles à la proportionnalité pour la défense de contrainte dans l'arrêt *Ryan*[1044] soit, premièrement, la proportionnalité comprise dans son sens utilitariste, mais aussi, deuxièmement et *indépendamment* de la proportionnalité dans son sens utilitariste[1045], la proportionnalité doit aussi s'analyser sous l'angle de la résistance « normale » dont la

---

[1039] Fehr (2017), *supra* note 803, p. 109.
[1040] *Ibid*.
[1041] Hill, John Lawrence. « A Utilitarian Theory of Duress » (1999) 84 *Iowa Law Review* 275, p. 329-331.
[1042] *Perka*, *supra* note 89, p. 253 (caractères italiques ajoutés).
[1043] *Latimer*, *supra* note 37, par 31 (caractères italiques ajoutés).
[1044] *Ryan*, *supra* note 31, par. 72-73.
[1045] Fehr, Colton. « The Constitutionality of Excluding Duress as a Defence to Murder » (2021) 44:4 *Manitoba L.J.* 111, p. 113.

personne accusée a fait preuve envers les menaces proférées. Partant, selon Fehr, puisque cette deuxième exigence se limite à prévoir que la réaction émotionnelle de la personne accusée à une menace doit répondre aux attentes de la société, elle n'empêcherait pas une personne accusée de meurtre de présenter une défense de contrainte, ce qu'elle pourrait faire, selon lui, sur la base du fait qu'elle a agi d'une manière involontaire au sens moral[1046].

[263] De plus, la possible contradiction que nous avons mise en lumière précédemment entre ce qu'affirment Akhavan et Fehr à propos de la proportionnalité nous ramène à la question, mais cette fois-ci uniquement dans le contexte de la défense de contrainte, de ce qui doit être considéré comme étant proportionnel en ce qui concerne l'évaluation du mal *infligé* et du mal *évité*. Rappelons derechef l'exemple du complice d'un meurtre qui aurait droit, en vertu de la common law, à la défense de contrainte s'il avait fait l'objet de menaces de blessures graves[1047]. Le mal redouté dans ce contexte, comme le soulignent les professeurs Côté-Harper, Rainville et Turgeon, « est pourtant de *moindre* gravité que le mal occasionné »[1048]. Cet exemple nous apparaît suffisant pour invalider la possibilité d'une application *générale* à la défense de contrainte en droit pénal canadien de ce qu'affirme Akhavan à propos de la proportionnalité dans le contexte de ce moyen de défense car même si le mal redouté par ce complice est d'une moindre gravité, cela ne l'empêcherait pas pour autant de pouvoir invoquer ce moyen de défense. Une application *générale* à ce moyen de défense de ce qu'affirme Fehr ne semble pas possible non plus car, pour reprendre le même exemple, le mal *infligé*, la mort, ne serait certainement pas proportionnel au mal *évité*, soit des blessures graves.

[264] La défense de contrainte ne serait pas un moyen de défense que l'on pourrait utiliser contre une accusation de meurtre parce qu'on s'attendrait, de façon générale, à une conduite héroïque de la part de la personne menacée. Comme le remarquait Blackstone, une personne, en pareils cas, « ought to rather to die himself, than escape by the murder of

---

[1046] *Ibid*.
[1047] Côté-Harper, Rainville et Turgeon, *supra* note 7, p. 1223.
[1048] *Ibid* (caractères italiques ajoutés).

an innocent »[1049]. Le juge d'appel Rumpff affirmait à cet égard dans l'arrêt de principe sud-africain *Goliath*[1050] rendu en 1972 que seule une personne héroïque (« *endowed with a quality of heroism* ») sacrifierait intentionnellement sa vie au profit de la vie d'une autre personne. Cette norme de conduite héroïque est si élevée qu'elle est, en soi, difficile à respecter pour le commun des mortels. Elle nous semble, par conséquent, à la fois irréaliste et injuste pour la personne subissant la menace, particulièrement parce que pour une « personne ordinaire », en général, sa propre vie a plus de valeur que la vie d'une autre personne[1051]. Ne serait-il pas « irréaliste de suggérer que, si les préjudices sont *proportionnés* les uns aux autres (par exemple, tuer quelqu'un pour sauver sa propre vie), il est probable que même une personne d'une fermeté raisonnable serait impuissante à tenir bon »[1052] face à la menace ?

[265] De plus, le meurtre ne serait pas toujours, selon une des approches possibles[1053], une solution intrinsèquement disproportionnée pour la défense de contrainte dans le sens où l'exigence de proportionnalité, à titre de ***facteur*** posant une limite (« *acting as a limiting* ***factor*** ») à la conduite d'une personne, devrait être disponible lorsque la commission d'un meurtre serait le moindre mal, par exemple dans une situation où le meurtre d'une personne est commis sous la contrainte de menaces mettant en péril plusieurs vies[1054]. Cependant, dans une situation où la victime d'un meurtre serait soit un tiers innocent ou bien l'enfant de la personne recevant la menace, le préjudice serait, certes, d'une gravité comparable dans les deux cas, c'est-à-dire la mort, mais le choix de passer à l'acte ou non envers l'un ou l'autre pourrait être différent[1055]. Ce dernier exemple donne tout son sens, selon Roach[1056], à l'arrêt *Ryan* qui dicte de ne pas fonder la proportionnalité exclusivement sur

---

[1049] Ces propos de Blackstone sont cités dans l'arrêt *Paquette*, *supra* 412, p. 196, qui sont tirés d'une citation faite dans les motifs dissidents du juge en chef Bray de la Cour suprême de l'Australie du Sud dans l'arrêt *Brown and Morley*, [1968] S.A.S.R. 467, p. 494.
[1050] *S. c. Goliath* 1972 (3) SA 1, par. 29; extrait cité avec approbation dans la décision plus récente suivante de la *South Africa Free State High Court*, *Bloemfontein* : *S. c. Mkutoane* (386/2010) [2010] ZAFSHC 151 (25 novembre 2010), par. 5.
[1051] *S. c. Goliath*, *ibid*, par. 25 : « for the ordinary person in general his life is more valuable than that of another ».
[1052] Williams, *supra* note 809, p. 22 (caractères italiques ajoutés; traduction de l'auteur).
[1053] Sornarajah, *supra* note 847, p. 678; Elkington, *supra* note 10, p. 213.
[1054] Manirabona et Ouimet, *supra* 79, p. 248-249.
[1055] Roach (2018), *supra* note 101, p. 407.
[1056] *Ibid*.

la comparaison de préjudices, mais qu'il faut aussi faire une analyse plus approfondie de ce à quoi la société s'attendrait d'une personne raisonnable placée dans la même situation que la personne accusée[1057]. À l'inverse, la proportionnalité du meurtre de plusieurs personnes commis par une seule personne menacée de mort ou de lésions corporelles serait plus difficilement justifiable selon une approche utilitariste de la proportionnalité comparant le mal subi et le mal infligé[1058]. Cependant, n'oublions pas que cette proportionnalité ne constitue qu'un des deux volets du test de proportionnalité pour ce qui est de la défense de contrainte.

[266] Il existe d'ailleurs au Canada une controverse jurisprudentielle[1059] concernant la justification de ces exclusions en ce qui concerne particulièrement l'infraction de meurtre, même s'il est « indéniable que le meurtre est le crime le plus réprouvé sur le plan moral en droit canadien »[1060] et même si la CSC affirmait, pour la défense de nécessité (mais ces propos s'appliquent ici *mutatis mutandis*), que « sur le plan conceptuel, il est difficile d'imaginer une situation où l'exigence de proportionnalité pourrait être respectée dans le cas d'un homicide »[1061]. En effet, la Cour d'appel de l'Ontario dans l'arrêt *Aravena* était encline à considérer, en obiter[1062], que la défense de contrainte devait être étendue aux auteurs réels et aux coauteurs de meurtre pour ainsi donner effet au principe du caractère involontaire au sens moral[1063]. Dans cet arrêt, la Cour d'appel de l'Ontario exprime, toujours en obiter, que l'exclusion du meurtre de la défense de contrainte prévue par l'article 17 C.cr. devrait être considérée comme étant inconstitutionnelle[1064]. La

---

[1057] *Ryan*, *supra* note 31, par. 47.
[1058] Cross, *supra* note 838, p. 374; le même exemple est aussi donné par Sornarajah, *supra* note 847, p. 677-678 ainsi que par Manirabona et Ouimet, *supra* note 79, p. 248-249.
[1059] Coughlan (2018), *supra* note 33, p. 4; voir également Stuart, Don. « High Time for the Supreme Court or Parliament to Reform our Complex Duress Defence » (2017) 33 C.R. (7th) 313; *Aravena*, *supra* note 189 versus *Willis (TAW)*, *supra* note 189.
[1060] L'honorable Robert Nicholson, ministre de la Justice et Procureur général du Canada, comité sénatorial permanent des affaires juridiques et constitutionnelles, Ottawa, le 2 mars 2011, cité dans la décision *R. c. Hudon-Barbeau*, 2018 QCCS 895, par. 164; Akhavan, *supra* note 969, p. 278 : « While it may well be true that murder is the most heinous crime in common law jurisdictions, it does not necessarily follow that the boundaries of the duress defence should be placed so as to separate the first from the second most serious offence, rather than at any other position in the hierarchy of crimes ».
[1061] *Latimer*, *supra* note 37, par. 40.
[1062] Tanha, *supra* note 189, p. 138.
[1063] *Aravena*, *supra* note 189.
[1064] *Ibid*, par. 86.

proportionnalité a certainement joué un rôle de premier plan dans la décision rendue dans l'arrêt *Aravena*, car c'est en raison des « considérations sociales », qui font partie du deuxième volet du test de proportionnalité et qui assurent une certaine souplesse dans la détermination de l'applicabilité de la défense de contrainte (dans le sens où cette défense ne serait pas acceptée dans des cas où elle ne devrait pas l'être[1065]), que cette cour a pu parvenir à un tel résultat. Cependant, la Cour d'appel du Manitoba dans l'arrêt *Willis (TAW)*[1066] a refusé de suivre l'arrêt *Aravena*. Elle a plutôt décidé, dans le cadre d'un obiter, que le refus de rendre disponible la défense de contrainte de common law aux auteurs réels et aux coauteurs de meurtre, tel qu'entendu par l'article 17 C.cr., était constitutionnel et fondé, comme le prétend aussi l'arrêt *Aravena* mais d'une autre façon, sur une application correcte du principe du caractère involontaire au sens moral.

[267] Le droit pénal canadien pourrait peut-être être engagé dans un processus menant à l'inclusion (jurisprudentielle) des exclusions (statutaires) prévues par l'article 17 C.cr., mais rien n'est moins sûr, pour l'instant. Les conclusions divergentes de décisions contradictoires rendues en appel, *Aravena* et *Willis*, devront éventuellement être tranchées par la CSC [1067], même si cette dernière a refusé, pour chacun de ces deux arrêts, d'accorder une demande d'autorisation d'appel. D'ici à ce que la CSC tranche le nœud gordien qui oppose les fondements de ces deux arrêts – dans une autre affaire bien sûr –, il est possible d'émettre des hypothèses quant à l'orientation que prendra le droit dans le futur à ce sujet[1068], toutefois ces hypothèses ne seraient que des spéculations, lesquelles peuvent parfois être déçues[1069].

[1065] Lafontaine, *supra* note 606; *Ruzic*, *supra* note 32, par. 42.
[1066] *Willis (TAW)*, *supra* note 189.
[1067] Roach (2018), *supra* note 101, p. 411.
[1068] Par exemple, Tanha, *supra* note 189, p. 139, suggère que « the *obiter* comments of the Court of Appeal for Ontario in *Aravena*, stating that the common law defence of duress is available to a principal charged with murder, is more consonant with the Supreme Court's trilogy of decisions of duress in *Hibbert*, *Ruzic*, and *Ryan* ».
[1069] Par exemple, l'auteur de ce mémoire avait mis en garde en 2011, dans un texte primé par la Chaire de rédaction juridique Louis-Philippe-Pigeon de l'Université Laval, contre l'illusion qu'une reconnaissance par la CSC d'une protection constitutionnelle accordée au droit de grève allait de soi (Lafrance, *supra* note 453, cité par le Procureur général du Québec dans son mémoire, à la p. 8, note de bas de page 27, déposé à la CSC dans *Saskatchewan Federation of Labour c. Saskatchewan*, [2015] 1 R.C.S. 245). Toutefois, la CSC ne semble pas avoir eu d'hésitation à reconnaître ce droit ultérieurement (voir *Saskatchewan Federation of Labour c. Saskatchewan*, *ibid*.). Il faut donc se garder de toute conclusion hâtive.

Conclusion

[268] La proportionnalité est d'une importance cruciale pour certains moyens de défense existant en droit pénal canadien. S'il est considéré comme disproportionné par une cour de justice, un acte commis en riposte peut, dans beaucoup de cas, mener à la culpabilité d'une personne accusée. Ainsi, plusieurs des enjeux juridiques concernant la proportionnalité qui sont soulevés, discutés et analysés dans ce mémoire ont non seulement des implications théoriques certaines, mais ont également des conséquences pratiques indéniables.

[269] Au terme de cette étude, notre hypothèse initiale, laquelle consistait, exprimée sommairement, à supposer l'existence d'une variation de l'importance et de la portée accordées à la proportionnalité au sein de certains moyens de défense, nous apparaît être, en large partie, confirmée. Cependant, tout en ayant identifié des pistes de solutions pour la plupart des questions relatives à la proportionnalité soulevées dans ce mémoire, il importe de souligner que certaines des réponses suggérées ne sont pas toutes tranchées et que certaines d'entre elles ne devraient pas être considérées comme définitives, laissant la porte ouverte à de possibles développements.

[270] L'étude des moyens de défense retenus pour les fins de ce mémoire, qu'on les examine de façon isolée ou si on les compare entre eux, nous fait arriver aux conclusions principales suivantes en ce qui concerne le sens, la nature et la portée accordés à la proportionnalité, lesquels présentent, selon notre analyse, des différences souvent substantielles et fondamentales.

[271] Premièrement, la proportionnalité au sein de la légitime défense a connu une diminution de l'importance qui lui était initialement accordée, passant de *condition d'ouverture*, dans certains cas, à un rôle plus diffus, de façon générale, ayant été reléguée au rang de simple *facteur* parmi d'autres, lequel *peut*, depuis la Réforme de 2013, être utilisé par un magistrat de façon *discrétionnaire*, rendant ainsi possible, en principe, pour l'acte commis en riposte, l'utilisation d'une force disproportionnée. La proportionnalité pourrait cependant avoir conservé d'un point de vue pratique, à la lumière de la jurisprudence subséquente, un poids déterminant lorsqu'il est question de décider soit de

la vraisemblance de l'existence de la légitime défense dans une affaire en particulier soit de décider du sort d'une affaire sur le fond. Après avoir observé l'absence *explicite* de la proportionnalité pour ce moyen de défense avant la Réforme de 2013, à une exception près (l'ancien article 37 C.cr.), celle-ci y aurait tout de même existé de manière *implicite* par le biais du concept de « force nécessaire ».

[272] De plus, nous avons identifié qu'il existerait, depuis l'instauration de la Réforme de 2013, *deux* types de proportionnalité *différents* qui cohabiteraient dans le régime juridique de la légitime défense. L'une de ces deux proportionnalités, que nous avons qualifiée de « mineure », serait prévue à l'alinéa 34(2)g) C.cr. spécifiquement. Elle aurait un champ d'application *restreint* car elle se trouve parmi une liste de facteurs qui aurait leur propre champ d'application. La proportionnalité ne saurait donc faire double emploi avec ces derniers. La deuxième de ces deux proportionnalités, que nous avons qualifiée de « majeure » car elle aurait une portée plus *large*, réunirait plusieurs des facteurs listés au paragraphe 34(2) C.cr.[1070], lesquels pourraient être regroupés sous un titre général de proportionnalité. Ces deux proportionnalités, « majeure » et « mineure », seraient chapeautées par la nécessité de déterminer le caractère raisonnable d'un acte commis en riposte, lequel est prévu à l'alinéa 34(1)c) C.cr. et constitue une condition d'ouverture pour ce moyen de défense. Plus particulièrement, la proportionnalité « majeure » pourrait prendre sa source dans la possibilité d'être *subsumée* dans ce principe du caractère raisonnable.

[273] Qui plus est, la proportionnalité, lorsqu'elle s'appliquerait (car n'oublions pas, d'une part, qu'elle n'a plus de force obligatoire depuis la Réforme de 2013 et qu'elle n'aurait pas, d'autre part, toujours existé afin de légitimer l'acte défensif, du moins dans certaines juridictions, notamment l'Allemagne), pourrait servir de *limite* à la souplesse induite par l'évaluation du caractère raisonnable. Plus précisément, la proportionnalité pourrait jouer à la fois un rôle prépondérant dans l'évaluation du caractère raisonnable,

[1070] Nommément la nature de la force ou de la menace à éviter (al. 34(2)a) C.cr.); s'il existait d'autres moyens pour parer à l'emploi éventuel de la force (al. 34(2)b) C.cr.) et si des armes ont été utilisées ou si l'on a menacé d'en utiliser (al. 34(2)d) C.cr.).

lorsqu'on la comprend comme une proportionnalité « majeure », mais elle pourrait aussi avoir perdu, *en même temps*, en importance, lorsqu'on l'aborde comme simple facteur, sous l'angle de la proportionnalité « mineure ». Il faut souligner que la condition légale de proportionnalité entre l'attaque et la défense ne devrait pas être comprise comme imposant une stricte équivalence entre l'intérêt menacé par l'attaque et celui que lèse la défense. Pourtant, la réduction de son rôle au profit de l'inclusion du principe du caractère raisonnable suite à la Réforme de 2013 pourrait, peut-être, donner cette impression.

[274] Deuxièmement, même s'il aurait été légitime de s'attendre à une certaine similarité des changements apportés à la légitime défense et à la défense des biens quant au rôle donné à la proportionnalité, considérant, d'une part, le certain chevauchement qui existe entre ces deux moyens de défense et, d'autre part, le fait que ceux-ci ont tous les deux fait l'objet de la même réforme législative, leur évolution a plutôt été *asymétrique* à cet égard. Contrairement à la légitime défense, la proportionnalité n'apparaît d'aucune façon au « nouvel » article 35 C.cr., alors que le concept de « force nécessaire », lequel pouvait inclure une exigence de proportionnalité, s'appliquait, de façon similaire à la légitime défense, à la défense des biens avant la Réforme de 2013. L'absence de proportionnalité exprimée de manière explicite au « nouvel » article 35 C.cr., alors qu'elle était présente dans ce moyen de défense auparavant, fera dire à certains que la proportionnalité y a été omise délibérément par le législateur et que son application en serait alors exclue. Partant, cet article aurait, selon cette approche, une portée beaucoup plus large que celle de la légitime défense. Toutefois, cet article inclut, comme pour la légitime défense, le principe du caractère raisonnable comme condition d'ouverture à son alinéa 35(1)d) C.cr. Il n'en demeure pas moins que la nature incertaine de l'évaluation à faire du caractère raisonnable de l'acte commis en riposte pour la défense des biens, suite à la Réforme de 2013, ouvre la porte à plusieurs interprétations possibles, parfois *divergentes*. Sur les bases de notre analyse, nous devons privilégier l'une de ces interprétations et nous soumettons, vu notamment le rapprochement à faire avec la légitime défense à cet égard, que la proportionnalité, comprise dans un sens *large*, pourrait être *subsumée* au concept de caractère raisonnable de l'acte, comme c'est d'ailleurs le cas en Australie. La proportionnalité serait ainsi, de façon générale, susceptible d'exister dans un moyen de

défense, sous certaines conditions, même lorsqu'elle n'est pas prévue *explicitement* par la législation applicable.

[275] Cela étant dit, en dépit du rapprochement susmentionné, il y aurait un jugement de valeur qui s'appliquerait *de façon différente* à la proportionnalité lorsqu'on l'applique soit à la légitime défense ou à la défense des biens. La proportionnalité ne serait pas appliquée de façon *uniforme* entre ces deux moyens de défense. La dimension morale de la proportionnalité, faisant partie aussi de la définition que nous avons retenue au départ[1071] et qui va au-delà d'une approche purement utilitariste qui fait une comparaison mathématique entre deux maux, viendrait resserrer l'étau autour de ce qui serait permissible en tant que riposte pour la défense des biens car le juge ne pourrait admettre une riposte physique importante face à une atteinte patrimoniale, tandis que la proportionnalité serait plus permissive pour ce qui est de la légitime défense. Par exemple, il ne peut être raisonnable, en droit pénal canadien, notamment, de tuer une autre personne pour empêcher un crime ne visant qu'un bien. Il est alors permis de se demander « si des lésions corporelles seront toujours de gravité supérieure à des dommages à la propriété »[1072]. Le contre-exemple donné par la jurisprudence de l'Afrique du Sud est particulièrement instructif à cet égard.

[276] Troisièmement, bien que la défense de provocation en droit pénal canadien (ainsi qu'en droit pénal indien, par exemple) ne prévoie pas expressément de proportionnalité parmi ses conditions d'ouverture, nous estimons que la proportionnalité pourrait tout de même y exister éventuellement, et ce, de deux manières différentes.

[277] En premier lieu, la proportionnalité pourrait y prendre une forme *imparfaite*. Celle-ci s'illustrerait par le resserrement qualitatif opéré entre l'acte provocateur et l'acte subi, le meurtre, suite aux modifications législatives de 2015, plus particulièrement par l'intensification du degré de gravité requis pour qualifier l'acte provocateur au titre de ce moyen de défense. La comparaison avec l'évolution du droit pénal dans certaines États

[1071] Voir le paragraphe [8] de ce mémoire.
[1072] Lafontaine, *supra* note 606.

australiens s'avère singulièrement utile et porteuse pour soutenir cette prétention. Nous qualifions cette proportionnalité d'*imparfaite* car il ne saurait y avoir de parfaite équipollence entre un acte provocateur et un homicide. Cela *distinguerait* cette forme de proportionnalité de celle qui s'applique à la défense de nécessité, par exemple, laquelle exige qu'il y ait au moins équipollence entre le mal redouté et le mal subi.

[278] En second lieu, la proportionnalité pourrait aussi, si on lui donne un sens plus *large*, se concevoir plutôt comme étant *subsumée* dans le concept de maîtrise de soi dans le sens où il faut se demander, si l'on retient certains courants de la jurisprudence anglaise, australienne et singapourienne à propos de l'interprétation de ce concept, si la conduite provocatrice serait suffisante pour amener une « personne ordinaire » à perdre le contrôle au point d'agir *de la même façon* que la personne accusée, soit de prendre la vie d'une autre personne. Il convient de mentionner que cette proportionnalité ne devrait pas être comprise dans un sens *strict*, c'est-à-dire en faisant une comparaison *directe* entre la provocation et la riposte, car elle met l'accent sur la personne accusée plutôt que sur une telle comparaison. Il convient d'ajouter que cette approche se concentre sur la possibilité d'avoir différents *degrés* de perte de maîtrise de soi, alors qu'il convient de reconnaître que le droit pénal positif tant au Canada qu'en Inde rejetterait, du moins en principe (car nous avons soulevé deux doutes à ce sujet), cette possibilité sur le fondement qu'une personne ordinaire aurait perdu le pouvoir de se maîtriser *sans plus*; elle perdrait son sang-froid ou elle le conserve.

[279] Par ailleurs, cette dernière approche ne serait pas sans revêtir, d'un point de vue pratique, un certain caractère problématique concernant l'application de la proportionnalité à l'acte commis en riposte. En effet, dans certaines situations, il peut y avoir un certain flottement dans l'application de la défense de provocation et la légitime défense. Or, le fait pour une personne accusée de devoir éventuellement passer d'un moyen de défense à un autre, soit de la provocation, qui ne prévoit pas de proportionnalité, à la légitime défense qui la prévoit, ou vice-versa, ne serait pas sans conséquences pour l'étendue de la protection offerte à celle-ci dans le contexte de l'un de ces deux moyens de défense.

[280] Quatrièmement, en assouplissant la rigidité de l'exigence de proportionnalité de l'arrêt *Perka* qui prévoit que « le mal causé soit *moindre* que celui qu'on cherche à éviter »[1073], la CSC aurait *élargi*, en énonçant dans l'arrêt *Latimer* que le mal évité doit être *comparable* au mal infligé ou *être nettement plus grand*, la *portée* de la défense de nécessité dans le sens où ce moyen de défense couvrirait, suite à ce dernier arrêt, des situations qui auraient été précédemment exclues de son champ d'application. De plus, la proportionnalité aurait un statut *prééminent* pour ce qui est de ce moyen de défense car celui-ci serait écarté dès que les actes d'une personne accusée seraient disproportionnés, et ce, sans avoir besoin de considérer ses autres volets. Par conséquent, la proportionnalité y aurait un rôle *surdimensionné*.

[281] Il convient de mettre en exergue que ce rôle *surdimensionné* donné à la proportionnalité dans le cadre de la défense de nécessité serait fondamentalement *différent* de ce qui doit être compris comme étant le rôle attribué à la proportionnalité dans le cadre de la légitime défense suite à la Réforme de 2013. En ce qui concerne ce dernier moyen de défense, la proportionnalité pourrait, en certains cas, n'y jouer qu'un rôle de second violon puisqu'elle n'y serait qu'un facteur pouvant être utilisé de façon discrétionnaire par le juge d'instance, alors que pour la défense de nécessité la proportionnalité y jouerait systématiquement un rôle essentiel. Cependant, la souplesse insufflée au critère de proportionnalité par l'arrêt *Latimer* qui permet de considérer les actes d'un individu comme étant potentiellement « tolérables » ou « permissibles » à la lumière du critère de proportionnalité pourrait présenter une certaine *similitude* avec la condition de « raisonnabilité » de la légitime défense post-Réforme de 2013.

[282] Alors que l'émoussement du rôle de la proportionnalité a conduit à l'*élargissement* de la légitime défense et de la nécessité, la possibilité d'avoir accès à la défense de contrainte pour une personne accusée est, à l'inverse, *restreinte* par la mise à l'écart de certaines infractions de ce moyen de défense à l'article 17 C.cr., ce qui pourrait peut-être s'expliquer par le fait que ces infractions aient pu être considérées par le législateur comme étant foncièrement disproportionnées dès le départ. De plus, la possibilité d'avoir accès à

[1073] *Perka*, *supra* note 89, p. 253 (caractères italiques ajoutés).

ce moyen de défense s'en voit d'autant plus *restreinte* par le fait que, contrairement à la légitime défense pour laquelle la proportionnalité n'est qu'un facteur *pouvant* être considéré de façon *discrétionnaire* par le magistrat, l'absence d'une seule des conditions d'ouverture pour la défense de contrainte exclurait automatiquement la protection offerte par celle-ci. Or, la proportionnalité fait partie de ces conditions d'ouverture.

[283] De plus, le fait pour la CSC d'avoir décidé dans l'arrêt *Ryan* que l'exigence de proportionnalité serait *inhérente* au principe du caractère involontaire au sens moral, et que ce dernier principe a été reconnu comme un principe de justice fondamentale en vertu de l'article 7 de la *Charte*, pourrait aussi avoir eu pour effet, par ricochet, d'ériger la proportionnalité au rang de norme constitutionnelle. Si tel était effectivement le cas, le principe du caractère involontaire au sens moral, lequel inclut la proportionnalité, ne laisserait pas de place à la liste d'exclusions au sein de l'article 17 C.cr. Cependant, cette conclusion pourrait être rejetée *indirectement* sur la base de ce qu'affirmait la CSC, alors qu'elle se prononçait sur une question de détermination de la peine dans l'arrêt *Safarzadeh-Markhali*, lorsqu'elle indiquait que « bien que la proportionnalité soit un principe important en matière de détermination de la peine, *on ne doit pas y voir un principe de justice fondamentale visé à l'art. 7* »[1074]. Il y aurait donc une possible *contradiction* entre cette dernière approche et la possible reconnaissance de la constitutionnalité de la proportionnalité en tant que principe de justice fondamentale dans le cadre de la défense de contrainte.

[284] En somme, il est difficile de voir une homogénéité fonctionnelle[1075] dans l'interprétation et l'application de la proportionnalité à certains moyens de défense en droit pénal canadien car, comme nous l'avons observé lors de notre analyse, le sens, la nature et la portée qui lui sont donnés varieraient non seulement au sein de certains de ceux-ci, mais ils varieraient également lorsqu'on les compare entre eux.

[1074] *R. c. Safarzadeh-Markhali*, *supra* note 951, par. 21.
[1075] van Drooghenbroek, *supra* note 71, p. 164.

Bibliographie

Législation

Textes canadiens

Charte canadienne des droits et libertés, partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, constituant l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (R-U), 1982, c 11.

Code criminel, L.R.C. 1985, c. C-46.

Loi d'interprétation, L.R.C. 1985, c. I-21.

Loi sur l'arrestation par des citoyens et la légitime défense, L.C. 2012, ch. 9.

Loi sur la tolérance zéro face aux pratiques culturelles barbares, L.C. 2015, c. 29.

Textes étrangers

Code criminel (*Strafgesetzbuch – StGB*) (Allemagne).

Code criminel. Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (Espagne).

Code criminel (Roumanie).

Code criminel (Russie).

Code criminel (Thaïlande).

Code criminel (Turquie).

Code général civil et pénal (Norvège).

Code pénal danois, Ordonnance No 909 du 27 septembre 2005, tel qu'amendée par la Loi Nos. 1389 et 1400 du 21 décembre 2005 (Danemark).

Code pénal de 1810 (France).

Code pénal français, Dalloz, annotations de jurisprudence et bibliographies par Yves Mayaud, 2017.

Code pénal. Act No. 45 of 1860 (Inde).

Code pénal (Italie).

Code pénal (Suisse).

Coroners and Justice Act 2009 (Royaume-Uni).

Crimes Act 1900 No 40 (Nouvelle-Galles du Sud) (Australie).

Crimes Act, 1958 (Victoria) (Australie).

Crimes Amendment (Provocation) Act 2014 (Nouvelle-Galles du Sud) (Australie).

Crimes (Homicide) Act, 2005, No. 77/2005.

Criminal Code Act 1899 (Queensland) (Australie).

Criminal Code Amendment (Abolition of Defence of Provocation) Act 2003 – An Act to amend the Criminal Code Act 1924 (Australie).

Criminal Law Act 1967, c. 58 (Royaume-Uni).

Criminal Procedure Act 56 of 1955 (Afrique du Sud).

Homicide Act, 1957, 5 and 6 Eliz. Ch. 11 (Angleterre).

New Zealand Crimes Act 1961 No. 43.

Nigerian Criminal Code.

Queensland Criminal Code 1899.

South Australia Criminal Law Consolidation Act 1935 (Australie).

Tasmanian Criminal Code Act 1924 (amendé en 1987).

The Bill of Rights of the Constitution of the Republic of South Africa. (1996). Government Gazette. (No. 17678). (Afrique du Sud).

Documents gouvernementaux australiens

Law Reform Commissioner Victoria, Working Paper No. 6, *Provocation as a Defence to Murder*, Melbourne, Australie, 1979.

Law Reform Commissioner Victoria, Working Paper No. 5, *Duress, Coercion and Necessity*, Melbourne, Australie, 1978.

New South Wales Law Reform Commission, Discussion Paper 31, *Provocation, Diminished Responsibility and Infanticide*, Australie, Août 1993.

Queensland Law Reform Commission, *A Review of the Defence of Provocation, Discussion Paper*, WP No 63, Australie, Août 2008.

Documents gouvernementaux canadiens

Commission de réforme du droit du Canada, *Partie générale – responsabilité et moyens de défense*, Document de travail 29, Ministère des Approvisionnements et Services Canada, 1982.

Commission de réforme du droit du Canada, rapport 31, *Pour une nouvelle codification du droit pénal*, édition révisée et augmentée, Ottawa, Ministère des Approvisionnement et Services, 1987.

Commission de réforme du droit du Canada, *L'homicide*, Document de travail 33, Ottawa, Ministère des Approvisionnement et Services, 1984.

Ministère de la Justice du Canada, *Documents rédigés pour le ministère de la Justice en réponse au Livre blanc*, « *Propositions de modification du Code criminel (Principes généraux)*, Ottawa, Mars 1994.

Ministère de la Justice du Canada, *Projet de loi C-26* (2012 L.C. ch. 9) *Réforme de la légitime défense et défense des biens : Guide technique à l'intention des praticiens*, Mars 2013.

Ministère de la Justice du Canada, *Propositions de modification du Code criminel (Principes généraux)*, 28 juin 1993.

Ministère de la Justice du Canada, *Réforme des moyens de défense visés par le Code criminel – Provocation, légitime défense et défense des biens*, Document de consultation, 1998.

Rapport final – *Principes de base : recodification de la Partie générale du Code criminel du Code criminel du Canada. Rapport du Sous-comité sur la recodification de la Partie générale du Code criminel du Canada du Comité permanent de la justice et du Solliciteur général*, Fascicule numéro 11, 10 décembre 1992 et 2, 4, 16 février 1993.

Ratushny, Lynn. *Examen de la légitime défense : Rapport final*, 11 juillet 1997, présenté à la ministre de la Justice du Canada et au solliciteur général du Canada.

Documents gouvernementaux irlandais

Law Reform Commission, *Consultation Paper – Legitimate Defence*, LRC CP 41-20, Irlande, 2006.

Law Reform Commission, *Defences in Criminal Law*, Report, LRC 95-2009, Irlande, 2009.

Law Reform Commission, *Duress and Necessity*, Report, LRC 39-2006, Irlande, 2006.

Documents parlementaires canadiens

Canada. Chambre des communes. *Débats de la Chambre des communs*, vol. 135, 1re sess., 36e lég., 11 mai 1999, p. 15049.

Canada. Chambre des Communes. *Débats de la Chambre des Communes*, 3ème sess., 40e Lég., Numéro 139 (4 mars 2011), Première lecture de la *Loi modifiant le Code criminel (arrestation par des citoyens et moyens de défense relativement aux biens et aux personnes)*, 2012, c. 9.

Canada. Chambre des Communes. *Débats de la Chambre des Communes*, 1re sess., 41e Lég., Numéro 58 (1er décembre 2011), Deuxième lecture de la *Loi modifiant le Code criminel (arrestation par des citoyens et moyens de défense relativement aux biens et aux personnes)*, 2012, c. 9.

Canada. Chambre des Communes. *Débats de la Chambre des Communes*, 1re sess., 41e Lég., Numéro 109 (24 avril 2012), Troisième lecture de la *Loi modifiant le Code criminel (arrestation par des citoyens et moyens de défense relativement aux biens et aux personnes)*, 2012, c. 9.

Jurisprudence citée

- Cour pénale internationale

Procureur c. Erdemović, affaire n° IT-96-22-A, arrêt, 7 octobre 1997 (TPIY, Chambre d'appel).

- Jurisprudence canadienne

Bell ExpressVu Limited Partnership c. Rex, [2002] 2 R.C.S. 559.

Bergstrom c. R., [1981] 1 R.C.S. 539.

Brisson c. R., [1982] 2 R.C.S. 227.

Candappa c. R., 2019 QCCA 1538.

Coffrages Roca inc., 1998 CanLII 12999 (QC CA).

Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada c. Canada (Procureur général), [2014] 2 R.C.S. 135.

Corbeil c. R., 2018 QCCS 5177.

Cormier c. R., 2017 NBCA 10.

Edwards c. Attorney-General for Canada, 1929 CanLII 438 (UK JCPC) , [1930] A.C. 124.

F.B. c. Succession de Therrien, 2021 QCCS 1336.

Fredette c. R., 2019 QCCS 4116.

Fredette c. R., 2019 QCCS 4257.

Friends of the Oldman River Society c. Canada (Ministre des Transports), [1992] 1 R.C.S. 3.

Gendron c. R., 2019 QCCA 1959.

Goodyear Tire & Rubber co. of Canada c. T. Eaton Co., [1956] R.C.S. 610.

Housen c. Nikolaisen, [2002] 2 R.C.S. 235.

Huculak c. R. / *Workman c. R.*, [1963] R.C.S. 266.

Hunter c. Southam Inc., [1984] 2 R.C.S. 145.

Kenol c. R., 2016 QCCA 509.

Latour c. R., [1951] R.C.S. 19.

Law Society of Upper Canada c. Skapinker, [1984] 1 R.C.S. 357.

Linney c. R., [1978] 1 R.C.S. 646.

Murphy c. Welsh; Stoddard c. Watson, [1993] 2 R.C.S. 1069.

Orphan Well Association c. Grant Thornton Ltd., [2019] 1 R.C.S. 150.

Perka c. R., [1984] 2 R.C.S. 232.

Perron c. R., 2018 QCCA 1871.

Rawluk c. Rawluk, [1990] 1 R.C.S. 70.

R. c. A.A., 2019 BCCA 389.

R. c. Allen, 2014 SKQB 402.

R. c. Aravena, 2015 ONCA 250.

R. c. Armstrong, 2016 SKPC 165.

R. c. Aykin, 2019 QCCS 1973.

R. c. Barnaby, 2021 NBQB 134.

R. c. Baxter, 1975 CanLII (ON CA), [1975] O.J. No. 1053.

R. c. Bengy, 2015 ONCA 397.

R. c. Bogue, 1976 CanLII 871 (ON CA).

R. c. Boilard, 2018 QCCA 1025.

R. c. Boilard, 2015 QCCM 189.

R. c. Borden, 2020 ONSC 3251.

R. c. Born With a Tooth, 1992 ABCA 244.

R. c. Boukhalfa, 2017 ONCA 660.

R. c. Brandon, 2019 ABCA 429.

R. c. Brown, 2022 CSC 18.

R. c. Caine, 2014 QCCQ 8463.

R. c. Cairney, [2013] 3 RCS 420.

R. c. Calmès, 2021 QCCQ 1933.

R. c. Cinous, [2002] 2 R.C.S. 3.

R. c. Cardinal, 2001 ABPC 92.

R. c. Carker (No. 2), [1967] R.C.S. 114.

R. c. Carroll, 2020 QCCQ 6721.

R. c. Charrette, 2015 QCCS 3452.

R. c. Clark, 1983 ABCA 64.

R. c. Desveaux, 1986 CanLII 153 (ON CA).

R. c. Duguay, 2014 QCCQ 11041.

R. c. Émard, 2018 QCCS 1005.

R. c. Evans, 2015 BCCA 46.

R. c. Evans, 2013 BCSC 462.

R. c. Faid, [1983]1 R.C.S. 265.

R. c. Fleming, 2014 ONCJ 26.

R. c. Fougere, 2019 ONCA 505.

R. c. Francis, 2018 NSCA 7.

R. c. Fraser, (2002), 3 C.R. (6th) 308 (Can. N.S. Prov. Ct.).

R. c. Gabriel, 2001 CanLII 4016 (QC CQ).

R. c. Gaudreault, [2003] J.Q. no 4177 (C.Q.).

R. c. Gee, [1982] 2 R.C.S. 286.

R. c. George, 2000 CanLII 5727 (ON CA).

R. c. Gilley, 2013 CanLII 1 (NL PC).

R. c. Googoo, 2014 NSCA 49.

R. c. Gosselin, 2015 QCCS 1612.

R. c. Grandin, [2001] B.C.J. No. 973 (B.C.C.A.).

R. c. Griffith, 2019 BCCA 37.

R. c. Gunning, [2005] 1 R.C.S. 627.

R. c. Harris, 2014 ONCJ 401.

R. c. Hassani, 2019 QCCQ 1820.

R. c. Hibbert, [1995] 2 R.C.S. 973.

R. c. Hill, 2015 ONCA 616.

R. c. Hill, [1986] 1 R.C.S. 313.

R. c. Hobbs, 2018 BCCA 128.

R. c. Homeniuk, 2015 BCSC 1827.

R. c. Hudon-Barbeau, 2018 QCCS 895.

R. c. Hunter, 2013 NWTSC 79.

R. c. Johnson, 2016 ABQB 633.

R. c. Juneau, 2017 QCCQ 14393.

R. c. Kanthavel, 2020 ONSC 8175.

R. c. Keenan, 2020 QCCQ 2534.

R. c. Khill, 2021 CSC 37.

R. c. Kong, 2005 ABCA 255.

R. c. Langlois, 1993 CanLII 3594 (QC CA).

R. c. Latimer, [2001] 1 R.C.S. 3.

R. c. Lavallee, [1990] 1 R.C.S. 852.

R. c. Leroux, 2018 BCSC 1429.

R. c. Levy, 2016 NSCA 45.

R. c. Lifchus, [1997] 3 R.C.S. 320.

R. c. Longtin Bélanger, 2022 QCCM 27.

R. c. MacKinnon, 2021 ONSC 4763.

R. c. Mann, (2000) 47 W.C.B. (2d) 471 (Alta. Prov. Ct.).

R. c. Marchand, 2013 QCCQ 9976.

R. c. Macdonald, 2012 ONCJ 877.

R. c. Maung, 2019 SKPC 71.

R. c. McIntosh, [1995] 1 R.C.S. 686.

R. c. McPhee, 2018 ONCA 1016.

R. c. Moar, 2021 MBQB 9.

R. c. Mohamad, 2018 ONCA 966.

R. c. Mohamed, 2012 ONSC 1715.

R. c. Mohamed et Ali, 2021 ONSC 5234.

R. c. Morgentaler, [1988] 1 R.C.S. 30

R. c. Morgentaler, [1993] 3 R.C.S. 463.

R. c. Martineau, [1990] 2 R.C.S. 633.

R. c. McKay, 2007 CSC 16.

R. c. McKay (A.J.), 2006 MBCA 83.

R. c. Mulder, 1978 CanLII 2496 (ON CA).

R. c. Nakano, 2007 ABCA 390.

R. c. Nida, 2020 QCCQ 182.

R. c. Nuttall, 2015 BCSC 963.

R. c. Paice, [2005] 1 R.C.S. 339.

R. c. Pandurevic, 2013 ONSC 2978.

R. c. Pappas, [2013] 3 R.C.S. 452.

R. c. Paquette, [1977] 2 R.C.S. 189.

R. c. Parent, [2001] 1 R.C.S. 761.

R. c. Paul, 2020 ONCA 259.

R. c. Pintar, 1996 CanLII 712 (ON CA).

R. c. Poulin, 2014 QCCQ 13476.

R. c. Power, 2016 SKCA 29.

R. c. Rasberry, 2017 ABCA 135.

R. c. Reilly, [1984] 2 R.C.S. 396.

R. c. Robertson, [1987] 1 R.C.S. 918.

R. c. Robertson, 2020 SKCA 8.

R. c. Robins (1982), 66 C.C.C. (2d) 550 (C.A. Qué.).

R. c. Rocchetta, 2014 ONSC 3058.

R. c. Roy, [2012] 2 R.C.S. 60.

R. c. Ruzic, [2001] 1 R.C.S. 687.

R. c. Ryan, [2013] 1 R.C.S. 14.

R. c. Safarzadeh-Markhali, [2016] 1 R.C.S. 180.

R. c. Sheridan, [2010] O.J. No. 4884, 224 CRR (2d) 308.

R. c. Schubert, 2016 SKQB 137.

R. c. Simard, 2019 BCSC 531.

R. c. Simon, 2013 ABQB 103.

R. c. Sommel, 2008 BCPC 100.

R. c. Spahan, 2014 BCPC 180.

R. c. Steimer, 2020 QCCQ 2011.

R. c. St-Louis, 2019 QCCS 2826.

R. c. Szczerbaniwicz, [2010] 1 R.C.S. 455.

R. c. Tasset, 2003 CanLII 41860 (QC CQ).

R. c. Thibert, [1996] 1 R.C.S. 37.

R. c. T.J.H. (Y.O.A.), (18 janvier 1991) Vancouver, CA 011800 (C.A. C.-B.).

R. c. Tran, [2010] 3 R.C.S. 350.

R. c. Vidovic, 2013 ABPC 310.

R. c. Ward (1978), 4 C.R. (3d) 190 (Ont. C.A.).

R. c. Watkins, 2020 CanLII 68747 (NL PC).

R. c. Whiteley, 2017 ONCA 804.

R. c. Williams, 2013 BCSC 1774.

R. c. Willis (TAW), 2016 MBCA 113.

R. c. Winter, 2017 ABCA 100.

R. c. Younus, 2022 ONSC 2078.

Renvoi : Circ. électorales provinciales (Sask.), [1991] 2 R.C.S. 158.

Renvoi sur la Motor Vehicle Act, [1985] 2 R.C.S. 486.

Rivière-du-Loup (Ville de) c. Lemieux, 2001 CanLII 18055 (QC CQ).

Robitaille Drouin c. R., 2022 QCCA 233.

Saskatchewan Federation of Labour c. Saskatchewan, [2015] 1 R.C.S. 245.

Syndicat de la fonction publique du Québec c. Québec (Procureur général), [2010] 2 R.C.S. 61.

Takri c. R., 2019 NBCA 20.

Taylor c. R., [1947] R.C.S. 462.

Vallée c. R., [1994] R.J.Q. 330, 334 (C.A.).

- Jurisprudence allemande

BGH 3 19 décembre 2018 StR 391/18 (LG Duisburg).

RG, Urt v. 20.9.1920 – I 384/20, RGSt 55, 82.

- Jurisprudence américaine

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

United States c. Bailey, 444 U.S. 394, 409/410 (1978).

United States c. Holmes, 27 F. Cas. 360 (1842) (C.C.E.D. Pa 1842) nº 15 383.

- Jurisprudence australienne

Brown and Morley, [1968] S.A.S.R. 467.

Masciantonio c. R. (1995) 183 CLR 58.

Parker c. R. [1964] UKPCHCA 1.

Rogers c. R. [2021] NSWCCA 61.

Stingel c. R. [1990] HCA 61.

Zecevic c. DPP [1987] HCA 26.

- Jurisprudence britannique

Abbott c. R. [1976] 3 W.L.R. 462.

Att.-Gen. for Ceylon c. Kumarasinghege Don John Perera [1953] A.C. 200

Beckford c. R., (1987) 85 Cr App Rep 378.

D.P.P. c. Bayer, [2003] EWHC Admin 2567.

D.P.P. c. Camplin, 1978 A.C. 705.

Holmes c. D.P.P. [1946] Q.C. 588, p. 597.

Jones c. Tresilian (1670) 86 E.R. 713.

Lee Chun Chuen c. R., [1963] A.C. 220.

Lynch c. Director of Public Prosecution for Northern Ireland, [1975] 1 All E.R. 913 (H.L.).

Mancini c. D.P.P., [1942] A.C. 1.

Palmer c. R., (1971) A.C. 815.

R. c. Acott, [1997] 1 All E.R. 706 (H.L.).

R. c. Dudley and Stephens, (1984) 14 Q.B.D. 273.

R. c. Howe, [1987] 1 All E.R. 771 (H.L.).

R. c. Martin, (1989) 88 Cr App. R. 343.

R. c. Sang, [1980] A.C. 402.

R. c. Smith, [2001] 1 A.C. 146.

Rivolta, [1994] Crim LR 694.

R. c. Walker, [1969] 1 W.L.R. 311.

Whyte, [1987] 3 All E.R. 416.

- Jurisprudence écossaise

Craw, James (1826) Syme 188, 210.

Drury c. HM Advocate, 2001 S.L.T. 1013.

Gillon c. HM, 2006 S.L.T. 799.

- Jurisprudence française

Cass. Crim. 21 nov. 1961.

- Jurisprudence indienne

Akhtar c. State, AIR 1964 All 262.

Krishna Pal Singh and Others c. State of U.P, High Court of Judicature, Allahabad, 4 mars 2021.

Sanjay Subba c. State of Sikkim, High Court of Sikkim, Gangtok, 27 novembre 2017.

- Jurisprudence irlandaise

D.P.P. c. Mahon [2019] IESC 0000 (Supreme Court).

People (D.P.P.) c. Clarke [1994] 3 IR 289 (Court of Criminal Appeal).

D.P.P. c. Cremin [2000] WJSC-CCA 2367 (Court of Criminal Appeal).

People (A.G.) c. Keatley [1954] IR 12 (Court of Criminal Appeal).

People (A.G.) c. Dwyer [1972] IR 416 (Supreme Court).

- Jurisprudence singapourienne

Vijayan c. P.P. [1975] 2 M.L.J. 8.

2 Jurisprudence sud-africaine

Ex parte Die Minister van Justisie: In re S. c. Van Wyk, 1967 1 SA 488.

In re S. c. Walter, [2002] ZACC 6.

S. c. Goliath 1972 (3) SA 1.

S. c. Mkutoane (386/2010) [2010] ZAFSHC 151 (25 novembre 2010).

S. c. Mogohlwane 1982 (2) SA 587.

3 Jurisprudence néo-zélandaise

R. c. Maurirere, [2001] NZLR 431.

Doctrine : monographies

Alexander, Larry et Kimberly Kessler Ferzan. *Crime and Culpability: A Theory of Criminal Law*, Cambridge University Press, 2009.

Aristote. *Éthique à Nicomaque*, Librairie philosophique J. Vrin, 1990.

Bedi, Shruti et Sébastien Lafrance. « The Justice in Judicial Activism: Jurisprudence of Rights and Freedoms in India and Canada » dans Salman Khurshid, Lokendra Malik et

Yogesh Pratap Singh, *The Supreme Court and the Constitution – An Indian Discourse*, Wolters Kluwer, 2020.

Bioy, Xavier. « Notions et concepts en droit : interrogations sur l'intérêt d'une distinction... » dans Guillaume Tusseau (dir.), *Les notions juridiques*, Economica, 2009.

Bix, Brian H. *A Dictionary of Legal Theory*, Oxford University Press, New York, 2004.

Bryce, George K. *The Excuse of Duress*, Working Paper #9, Canadian Bar Association, National Criminal Justice Section, Committee on Criminal Code Reform, 1991.

Bosly, H.-D. et C. De Valkeneer (dir), *Les infractions*, vol. 2 : *Les infractions contre les personnes*, Bruxelles, Larcier, 2010.

Coffin, Graeme. *A New Codification of Necessity and Duress*, 6 janvier 1992 (non publié; reproduit par François Lareau).

Cornu, Gérard (dir.), *Vocabulaire juridique*, sous l'égide de l'Association Henri Capitant, 11e éd., coll. « Quadrige », Paris, Presses Universitaires de France, 2016.

Côté-Harper, Gisèle, Pierre Rainville et Jean Turgeon. *Traité de droit pénal canadien*, 4e éd, Cowansville, Québec, Éditions Yvon Blais, 1998.

Crosbie, Kimberley. « R. v. Ryan and the Principle of Moral Involuntariness » (2014) *S.C.L.R.* : Osgoode's Annual Constitutional Cases Conference 67.

Dressler, Joshua. « Exegis of the Law of Duress: Justifying the Excsuse and Searching for Its Proper Limits » (1989) 62 *S. Cal. L. Rev.* 135.

Desportes, Frédéric et Francis Le Gunehec. *Droit pénal général*, 16e éd., Paris, Economica, 2010.

Ducharme, Réjean. *Ines Pérée et Inat Tendu*, Leméac, 1976.

Duxbury, Neil. *The Intricacies of Dicta and Dissent*, Cambridge University Press, 2021.

East, Edward Hyde. *A Treatise of the Please of the Crown*, vol. 1, 1803.

Engle, Eric. « The General Principle of Proportionality and Aristotle » dans Liesbeth Huppes-Cluysenaer et Nuno M.M.S. Coelho, dir., *Aristotle and The Philosophy of Law: Theory, Practice and Justice*, Dordrecht, Springer, 2013.

Fehr, Colton. *Constitutionalizing Criminal Law*, Vancouver, UBC Press, 2022.

Fletcher, George P. *George Fletcher's Essays on Criminal* Law, Oxford University Press, New York, 2013.

Fletcher, George P. *Rethinking Criminal Law*, Little, Brown, Boston, 1978.

Fletcher, George P. *Rethinking Criminal Law*, Oxford University Press, New York, 2000.

Gautam, Khagesh et Sébastien Lafrance. « A Comparative Survey of the Law of Bail in India and Canada » dans Salman Khurshid, Sidharth Luthra, Lokendra Malik et Shruti Bedi, *Taking Bail Seriously – The State of Bail Jurisprudence in India*, LexisNexis, 2020.

Giraux, Alix. *Concepts, intérêts et valeurs dans l'interprétation du droit positif*, thème nº 4 : Droit pénal, Rapport national : Allemagne. Journées internationales 2017 (Italie).

Hart, Herbert L.A. *The Concept of Law*, Oxford, Clarendon Press, 1961.

Hayword, A. L. and Sparkes, J. J. *The Concise English Dictionary*, New Orchard, 1990.

Hepburn, Charles M. *Cases on the Law of Torts – Selected from Decisions of English and American Courts*, St. Paul, West Publishing Company, 1915.

Herring, Jonathan. *Criminal Law*, 9e éd., Palgrave, Londres, 2015.

Hill, John Lawrence. « A Utilitarian Theory of Duress » (1999) 84 *Iowa Law Review* 275.

Howard, Colin. *Criminal Law*, 3e edition, Sydney Law Book Co., 1977.

Hulsroj, Peter. *The Principle of Proportionality*, SpringerBriefs in Law, 2013.

Huntington, Samuel. *Le choc des civilisations*, Éditions Odile Jacob, 1997.

Jescheck, H. « 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.

Kirat, T. « La qualité des décisions de justice au prisme de la science économique » dans *La qualité des décisions de justice*, P. Mbongo (dir.), *Les études de la CEPEJ*, n° 4, 2007.

Keuth, Herbert. « On Some Logical Characteristics of Legal Norms » (1975) 15(3) *Jurimetrics Journal* 160.

Kuty, F. *Principes généraux de droit pénal belge*, II, Larcier, Bruxelles, 2010.

Labbée, Xavier. *Les critères de la norme juridique*, Presses Universitaires de Lille, 1994.

Lafontaine, Fannie. JurisClasseur Québec, Collection Droit pénal, Droit pénal général, Fascicule 16 : « Nécessité, contrainte et impossibilité », feuilles mobiles, Montréal, LexisNexis, 2013.

Lee, Cynthia. « Reasonable Provocation and Self-Defense: Recognizing the Distinction Between Act Reasonableness and Emotion Reasonableness » dans Paul H. Robinson,

Lemay, Denis, Julie McCann et Martin Thiboutot, *Documentation juridique : recherche, rédaction et références*, Montréal, Wilson & Lafleur, 2019.

Leverick, Fiona. *Killing in Self-Defence*, Oxford University Press, 2006.

Logoz, P. *Commentaire du Code Pénal Suisse*, *Partie Générale*, 2e éd. mise à jour avec la collaboration de Y. Sandoz, Neuchâtel, Delachaux & Niestlé, 1976.

Mousourakis, George. *Criminal Responsibility and Partial Excuses*, Dartmouth Pub Co Ltd, 1998.

Pin, Xavier. *Droit pénal général*, 13e édition, Dalloz, 2022.

Paciocco, David M., *Getting Away with Murder: The Canadian Criminal Justice System,* Toronto, Irwin Law, 1999.

Perrin, Jean-François. *Pour une théorie de la connaissance juridique*, Genève, Droz, 1979.

Rangeon, François. « Réflexions sur l'effectivité du droit » dans *Les usages sociaux du* droit, Paris, Presses Universitaire de France, 1989.

Roach, Kent. *Criminal Law*, 7e éd., Toronto, Irwin Law, 2018.

Robert, Jacques-Henri. *Droit pénal général*, 5e édition, Presses Universitaires de France, 2001.

Robinson, Paul H., Stephen Garvey et Kimberly Ferzan (eds.), *Criminal Law Conversations*, Oxford University Press, 2009.

Sangero, Boaz. *Self-Defence in Criminal Law*, Londres, Hart Publishing, 2006.

Santerre, Christine. « Interprétation circonstancielle » dans JurisClasseur Québec, coll. « Droit pénal général », *Légitime défense, obéissance à la loi et correction des enfants*, fasc. 15, Montréal, LexisNexis, no. 15.2, à jour au 1er novembre 2017.

Smith, John Cyril et Brian Hogan. *Criminal Law*, 15e éd., Oxford University Press, 2018.

Smith, John Cyril. *Justification and Excuse in the Criminal Law*, The Hamlyn Lectures, #40. London: Stevens and Sons, 1989.

Stephen, James Fitzjames. *A History of the Criminal Law of England*, Cambridge University Press, 2014 (publié originellement en 1883).

Stewart, Felicity et Arie Freiberg. *Provocation in Sentencing – Research Report*, deuxième edition, Sentencing Advisory Council, juillet 2009.

Stuart, Don. *Canadian Criminal Law: A Treatise*, 8e éd., Toronto, Carswell, 2020.

Stuart, Don. *Canadian Criminal Law: A Treatise*, 3e éd., Scarborough, Carswell, 1995.

Sullivan, R. *Sullivan and Driedger on the Construction of Statutes*, 4e éd., Toronto, Butterworths, 2002.

Tamblyn, Nathan. *The Law of Duress and Necessity*, Londres et New York, Routledge, 2018.

Uniacke, Suzanne. *Permissible Killing: The Self-Defence Justification of Homicide*, Cambridge University Press, 1994.

van Drooghenbroek, Sébastien. *La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 2002.

Vandermeersch, D. *Eléments de droit pénal et de procédure pénale*, La Charte, Bruxelles, 2015.

Varona Gómez, Daniel. « Duress and the Antcolony's Ethic: Reflections on the Foundations of the Defence and its Limits » (2008) 11(4) *New Criminal Law Review: An International and Interdisciplinary Journal* 615.

Villeneuve Ménard, Francis. JurisClasseur Québec, Collection Droit pénal, Droit pénal général, Fascicule 17 : « La provocation », feuilles mobiles, Montréal, LexisNexis, 2013, à jour au 11 novembre 2020.

Wood, Allen W. *Kantian Ethics*, Cambridge University Press, 2007, p. 106-122.

Yeo, Stanley. *Unrestrained Killings and the Law – Provocative and Excessive Self-Defence in India, England and Australia*, Oxford University Press, 1998.

Doctrine : articles

Akhavan, P., « Should Duress Apply to All Crimes? A Comparative Appraisal of Moral Involuntariness and the Twenty Crimes Exception under Section 17 of the Criminal Code », (2009) 13 *Rev. Can. D.P.* 271.

Ashworth, A.J. « Self-Defence and the Right to Life » (1975) 34 *Cambridge Law J.* 2

Ashworth, A. J. « The Doctrine of Provocation » (1976) 35 *Cambridge Law J.* 292.

Behar-Touchais, Martine. « Existe-t-il un principe de proportionnalité en droit privé? » (1998) 117 *Petites affiches* 3.

Boisvert, Anne-Marie et Louis LeBel. « L'imputabilité et les limites à la faculté de blâmer » (2016) 94 *R. du B. can.* 579.

Chalmers, J. et Leverick, F. « Murder through the look glass: *Gillon v HM Advocate* » (2007) *Edinburgh Law Review* 11(2).

Chan, Winnie et Simester, A.P. « Duress, Necessity: How Many Defences? » (2005) 16 *King's Law Journal* 121.

Chapman, Frances E. « Canadian Contractual Duress and Criminal Duress: "Irrational, Anomalous, Perverse and Fundamentally Wrong" or Just Misunderstood? » (2012) 11 *Wash. U. Global Stud. L. Rev.* 215.

Chapman, Frances E. et Georgette M. Lemieux. « The Troubled History of the Defence of Duress and Excluded Offences: Could the Reasoned Use of Mitigation on Sentencing Prevent Duress from (Further) Becoming Archaic, Gendered, and Completely Inaccessible ? » (2021) 44 *Man L.J.* 33.

Chiesa, Luis E. « Duress, Demanding Heorism and Proportionality: The Erdemovic Case and Beyond » (2008) 41 *Vand. J. Transnat'l L.* 741.

Clarkson, C. M. V. « Necessary Action: A New Defence » (2004) *Crim. L.R.* 81.

Clough, Amanda. « Battered Women: Loss of Control and Lost Opportunities » (2016) 80 *Journal of International and Comparative Law* 279.

Cohen, John Alan. « Homicide by Necessity » (2006) 10 *Chap. L. Rev.* 119.

Colvin, Eric. « Ordinary and Reasonable People: The Design of Objective Tests of Criminal Responsibility » (2001) 27 *Monash U. L. Rev.* 197.

Cornu, Marie. *Réflexions autour de la définition juridique en droit d'auteur/copyright et en droit du patrimoine culturel* (2016) 46 *R.D.U.S.* 361.

Coughlan, Stephen « Doing the Right Thing: Duress as a Defence to Murder » (2017) 33 *C.R.* (7th) 317.

Coughlan, Stephen G. « Duress, Necessity, Self-Defence and Provocation: Implications of Radical Change? » (2001) 7 *Rev. Can. D.P.* 147.

Coughlan, Stephen. « Reform of the Defence of Duress (and Necessity) » (2018) 66 *C.L.Q.* 230.

Coughlan, Steven. « R. v. Ryan: Welcome Clarity Around Duress » (2013) 98 *C.R.* (6e) 252.

Coughlan, Steven. « The Rise and Fall of Duress: How Duress Changed Necessity Before Being Excluded by Self-Defence » (2013) 39 *Queen's L.J.* 83.

Crofts, Thomas et Arlie Loughnan. « Provocation, NSW Style : Reform of the Defence of Provocation in NSW » (2014) 2 *Criminal Law Review* 109.

Cross, Rupert. « Murder under Duress » (1978) 28 *U. Toronto L.J.* 369.

Cumyn, Michelle. « Les categories, la classification et la qualification juridiques : réflexions sur la systématicité du droit » (2011) 52(3-4) *Les Cahiers de droit* 351.

Dennis, Ian Howard. « On Necessity as a Defence to Crime : Possibilities, Problems and the Limits of Justification and Excuse » (2009) *Crim Law and Philos* 3.

Douglas, Heather et Allan Reed. « The Role of Loss of Self-Control in Defences to Homicide: A Critical Analysis of Anglo-Australian Developments » (2021) 72(1) *Northern Ireland Legal Quarterly* 271.

Edwards, Sarah. « Recognising the Role of the Emotion and Fear in Offences and Defences » (2019) 83(6) *J. Crim. L.* 450

Fehr, Colton. « (Re-)Constitutionalizing Duress and Necessity » (2017) 42:2 *Queen's L.J.* 99.

Fehr, Colton. « The Constitutionality of Excluding Duress as a Defence to Murder » (2021) 44:4 *Manitoba L.J.* 111.

Finkelstein, Claire Oakes. « Duress: A Philosophical Account of the Defence in Law » (1995) 37 *Arizona Law Review* 251.

Finn, Jeremy. « Emergency Situations and the Defence of Necessity » (2016) 34 *Law Context: A Socio-Legal J.* 100.

Fitz-Gibbon, Kate. « Homicide Law Reform in New South Wales: Examining the Merits of the Partial Defence of 'Extreme' Provocation » (2017) 40 *Melbourne Law Journal* 769.

Fitz-Gibbon, Kate et Elizabeth Sheehy. « The Merits of Restricting Provocation to Indictable Offences: A Critical Analysis of Provocation Law Reform in Canada and New South Wales, Australia » (2019) 31(2) *Canadian Journal of Women and the Law* 197.

Fletcher, G.P. « Criminal Theory as an International Discipline: Reflections on the 1984 Freiburg Workshop » (1985) 4 *Criminal Justice Ethics* 60.

Fletcher, George P. « Proportionality and the Psychotic Aggressor: A Vignette in Comparative Criminal Theory » (1973) 8 *Isr. L. Rev.* 367.

Flynn, Alexandra et Estair Van Wagner. « A Colonial Castle : Defence of Property in *R. v. Stanley* » (2020) 98 *R. du B. can.* 2.

Fraser, Catherine A. « Constitutional Dialogues Between Courts and Legislatures: Can We Talk? » (2005) 14 *Forum Constitutionnel* 3.

Garneau, G. « Law Reform Commission of Canada and the Defence of Justification » (1983) 26 *Crim. L.Q.* 1.

Getzler, Joshua. « Use of Force in Protection of Property » (2006) *Theoretical Inquiries in Law* 7.1.

Green, Stuart P. « Castles and Carjackers: Proportionality and the Use of Deadly Force in Defense of Dwellings and Vehicles » (1999) *U Ill. L. Rev.* 1.

Grondin, Rachel. « Trois moyens de défense générale : la contrainte physique, la contrainte par menaces et le nécessité » (1983) 14 *R.G.D.* 2.

Guibal, M. « De la proportionnalité », *A.J.D.A.*, 1978.

Guilmain, Antoine. « Sur les traces du principe de proportionnalité: une esquisse généalogique » (2016) 61-1 *Revue de droit de McGill* 87.

Gur-Arye, Miriam. « Should a Criminal Code Distinguish between Justification and Excuse ? » (1992) 5 *Can. J. L. & Jurisprudence* 215.

Guy, Paul. « R. v. Latimer and the Defence of Necessity: One Step Forward, Two Steps Back » (2003) 66 *Sask. L. Rev.* 485.

Haysom, N. « Licence to Kill Part I : The South African Police and the Use of Deadly Force » (1987) 3 *South African Journal on Human Rights* 1.

Haysom, N. « Licence to Kill part II: Comparative Survey of the Law in the United Kingdom, United States of America and South Africa » (1987) 3 *South African Journal on Human Rights* 2.

Hitchler, Walter Harrison. « Duress as a Defence in Criminal Cases » (1917) 4(7) *Virginia Law Review* 519.

Hogg, Peter W. et Allison A. Bushell. « The Charter Dialogue Between Courts and Legislatures (or Perhaps the Charter of Rights Isn't Such a Bad Thing After All » (1997) 35 *Osgoode Hall Law Journal* 75.

Horder, Jeremy. « Autonomy, Provocation and Duress » (1992) *Crim. L.R.* 706.

Horder, Jeremy. « Self-Defence, Necessity and Duress: Understanding the Relationship » (1998) 11 *Can J. L. and Jurisprudence* 143.

Kathol, Todd. « Defence of Property in the Criminal Code » (1993) 35 *Crim L.Q*. 453.

Kotecha, Birju. « Necessity as a Defence to Murder: An Anglo-Canadian Perspective » (2014) 78 *J. Crim. L.* 341.

Krappidel, Annabell. *Zur Straflosigkeit bei Vorliegen von Notwehr und Notwehrexzess gemäß §§ 32, 33 StGB* (À propos de l'impunité en matière de légitime défense et de force excessive en vertu des articles 32 et 33 du Code pénal), Université d'administration publique et de justice, Centre de formation de l'État libre de Saxe, ministère de la justice, Meißen, Allemagne, 2019, en ligne :
https://opus.bsz-bw.de/hsf/frontdoor/deliver/index/docId/742/file/Krappidel_Annabell_Diplomarbeit.pdf.

Kremnitzer, Mordechai et Khalid Ghanayim. « Proportionality and the Aggressor's Culpability in Self-Defence » (2004) 39 *Tulsa L. Rev.* 875.

Lafrance, Sébastien. « Une alternative possible à la conclusion du raisonnement par analogie comme fondement logique à la reconnaissance éventuelle de la protection constitutionnelle du droit de grève : la théorie conséquentialiste », texte primé lors de la première édition du concours organisé par la Chaire de rédaction juridique Louis-Philippe-Pigeon, 2011.

Lambeth, Kenneth. « Dismantling the purported right to kill in defence of property » (2001) 5 *Southern Cross University Law Review* 82.

LeBel, Louis. « La consolidation des fondements de la responsabilité pénale en droit criminel canadien depuis l'entrée en vigueur de la *Charte Canadienne des Droits et Libertés* » (2009) 50 *Les Cahiers de droit* 735.

Lettow Lerner, Renee. « The Worldwide Popular Revolt Against Proportionality in Self-Defense Law » (2006) 2 *J.L. Econ. & Pol'y* 331.

MacDonnell, Vanessa A. « The New Self-Defence Law: Progressive Development or Status Quo », (2013) 92 *R. du B. can.* 301.

Manirabona, A. M. et M.-F. Ouimet. « Pour la fin des incongruités et incohérences entourant la défense de contrainte morale au Canada » (2015) 45 *Revue générale de droit* 1.

McAuley, Finbarr. « Necessity and Duress in Criminal Law: The Confluence of Two Great Tributaries » (1998) 33 *Irish Jurist* 120.

McMahan, Jeff. « Proportionate Defense » (2013-2014) 23 *J. Transnational L. & Policy* 1-36.

Mousourakis, George. « Reason, Passion and Self-Control: Understanding the Moral Basis of the Provocation Defence » (2007) 38 *R.D.U.S.* 215.

Myers, B. « The Right to Kill or the Obligation to Die: The Status of the Defence of Duress Following New Zealand's Implementation of the Rome Statute of the International Criminal Court » (2005) 2 *New Zealand Yearbook of International Law* 127.

Paciocco, David M. « No-One Wants to Be Eaten: The Logic and Experience of the Law of Necessity and Duress » (2010) 56 *Crim. L.Q.* 240.

Paciocco, David M. « The New Defense against Force » (2014) 18 *Rev. can. D.P.* 269.

Parent, Hugues. « La légitime défense en droit pénal canadien: anatomie d'un moyen de défense » (2004) 83(3) *R. du B. can.* 659.

Piché, Catherine. « La proportionnalité procédurale: une perspective comparative » (2010) 40 *Revue de Droit de l'Université de Sherbrooke* 551.

Prieto, Javier Vall et Wayne N. Renke. « A Comparison of the Spanish and Canadian Law of Self-Defence » (2010) 47 *Alberta Law Review* 47.

Quigley, Tim. « Battered Women and the Defence of Provocation » (1991) 55 *Saskatchewan Law Review* 223.

Quong, Jonathan. « Proportionality, Liability and Defensive Harm » (2015) 43 *Philosophy and Public Affairs* 2.

Rainville, Pierre. « L'évolution du droit pénal général à travers le prisme de la Cour suprême du Canada : bilan analytique et critique de l'année 2013 » *Rev. pénit. et dr. pén.* 2013.1.193.

Reid, John R. « Definitions, Criteria, Standards and Norms » (1944) 53(3) *The Philosophical Review* 246.

Reilly, Alexander. « The Heart of the Matter: Emotion in Criminal Defences » (1997) 29(1) *Ottawa L. Rev.* 117.

Renke, Wayne N. « Calm Like a Bomb: An Assessment of the Partial Defence of Provocation » (2010) 47(3) *Alberta Law Review* 729.

Roach, Kent. « A Preliminary Assessment of the New Self-Defence and Defence of Property Provisions » (2012) 16 *Rev. can. D.P.* 275.

Roach, Kent. « Reforming Self-Defence and Defence of Property: Choices to Be Made » (2011) 57 *Crim. L.Q.* 151.

Roach, Kent. « The Duress Mess » (2013) 60 *Crim. L.Q.* 159.

Rosenthal, Peter. « Duress in the Criminal Law » (1990) 32:2 *Crim. L.Q.* 199.

Ryder, Bruce et Taufiq Hashmani. « Managing Charter Equality Rights: The Supreme Court of Canada's Disposition of Leave to Appeal Applications in Section 15 Cases, 1989-2010 » (2010) 51 *Supreme Court Law Review* 505.

Shaffer, Martha. « The Battered Woman Syndrome Revisited: Some Complicating thoughts Five Years after *R. v. Lavallee* » (1997) 47 *U. Toronto L.J.* 1.

Shaffer, Martha. « Coerced into Crime : Battered Women and the Defence of Duress » (1999) 4 *Rev. Can. D.P.* 271, p. 322-327.

Shaffer, Martha. « Scrutinizing Duress: The Constitutional Validity of s. 17 of the Criminal Code » (1998) 40 *Crim. L.Q.* 444.

Sinel, Zoe. « The Duress Dilemma: Potential Solutions in the Theory of Right » (2005) 10:1 *Appeal: Rev Current L. & L. Reform* 56.

Singer, Richard. « The Resurgence of Mens Rea: I – Provocation, Emotional Disturbance, and the Model Penal Code » (1986) 27 *B.C.L. Rev.* 243.

Skolnik, Terry. « Three Problems with Duress and Moral Involuntariness » (2016) 63:1&2 *Crim. L.Q.* 124.

Sornarajah, M. « Duress and Murder in Commonwealth Criminal Law » (1981) 30 *Int'l & Comp. L.Q.* 660.

Sornarajah, M. « Excessive Self-Defence: Further Developments » (1975) 24 *International and Comparative Law Quarterly* 1.

Steinhoff, Uwe. « Proportionality in Self-Defence » (2017) *J. Ethics* 21:263-289.

Stewart, Hamish. « The Constitution and The Right of Self-Defence » (2011) *U.T.L.J.* 61(4).

Stewart, Hamish. « The Role of Reasonableness in Self-Defence » (2003) 16 *Can. J.L. & Jurisprudence* 317.

Stuart, Don. « High Time for the Supreme Court or Parliament to Reform our Complex Duress Defence » (2017) 33 *C.R.* (7th) 313.

Stuart, Don. « Killing in Defence of Property » (1967) 84 *S. African L.J.* 121.

Surden, Harry. « The Variable Determinacy Thesis » (2011) 12 *Colum. Sci. & Tech. L. Rev.* 1.

Tanha, Robert H. « The Availability of the Common Law Defence of Duress to Principals Charged With Murder: An Analysis of the Conflicting Appellate Decisions in *R v Willis (TAW)* and *R v Aravena* » (2021) 44 *Manitoba Law Journal* 4.

Thibierge, Catherine. « Au cœur de la norme : le tracé et la mesure – Pour une distinction entre normes et règles de droit », *Archives de Philosophie du Droit*, N° 51, 2008.

Tremblay, Ugo Gilbert. « Provocation, Anger and Self-Control : Can the Ordinary Person Survilve to the Rise of Neuroscience » (2016) 50 *R.J.T.* n.s. 273, p. 231.

Trotter, Gary T. « Necessity and Death: Lessons from *Latimer* and the Case of the Conjoined Twins » (2003) 40 *Alta. L. Rev.* 817.

Uniacke, Suzanne. « Proportionality and Self-Defense » (2011) 30 *Law and Philosophy* 253-272.

Van Drooghenbroek, Sébastien et Xavier Delgrange. « Le principe de proportionnalité : retour sur quelques espoirs déçus », *Revue du droit des religions*, Presses universitaires de Strasbourg, 2019.

Wan, No Chee et Chiu Hse Yu. « Provocation in Singapore: The Reasonable Person Test and the Proportionality Requirements » (1995) 16 *Sing. L. Rev.* 376.

Weisbord, Noah. « Licence to *Khill*: What Appellate Decisions Reveal about Canada's New Self-Defense Law » (2020) 46 *Queen's L.J.* 97.

Weisbord, Noah. « Who's Afraid of the Lucky Moose? Canada's Dangerous Self-Defence Innovation » (2018) 64 *R.D. McGill* 349.

Williams, Glenys. « Necessity: Duress of Circumstances or Moral Involuntariness » (2014) 43 *Common Law World Review* 1.

Wilson, L.C. « The Defence of Others – Criminal Law and the Good Samaritan » (2008) 33 *McGill L.J.* 4.

Wing Cheong, Chan. « The Present and Future of Provocation As a Defence to Murder in Singapore » (2001) *Singapore Journal of Legal Studies* 453-474.

Yeo, Stanley. « African Approaches to Killing in Defence of Property » (2008) 41 *Comp. & Int'l L.J. S. Afr.* 339.

Yeo, Stanley. « Challenging Moral Involuntariness as a Principle of Fundamental Justice » (2002) 28 *Queen's L.J.* 355.

Yeo, Stanley. « Defining Duress » (2002) 46 *Crim. L.Q.* 293.

Yeo, Stanley. « Killing in Defence of Property » (2010) 36 *Commw. L. Bull.* 281.

Yeo, Stanley. « Lessons on Provocation from the Indian Penal Code » (1992) 41 *I.C.L.Q.* 615.

Yeo, Stanley. « Proportionality in Criminal Defences » (1988) 12 *Crim. L.J.* 211.

Yeo, Stanley. « Revisiting Necessity » (2010) 56:1 *Crim. L.Q.* 13.

Young Kim, Janine. « The Rhetoric of Self-Defense », (2008) 13 *Berkeley J. Crim. L.* 261.

Thèses de doctorat et mémoires de maîtrise

Awa, Linus Tambu. *Killing in Defence of Property : A Legal Comparative Study*, mémoire de maîtrise en droit, Pretoria University of South Africa, 2015.

Chavent, Anne-Sophie. *La proportionnalité et le droit pénal général*, thèse de doctorat, faculté de droit, Université Jean Moulin Lyon III, 2002.

Coquin, Céline. *Le concept de proportionnalité en droit pénal*, thèse de doctorat, faculté de droit, Université de Poitiers, 2001.

Drapier, Marjory. *Réforme de la légitime défense et de l'excès de légitime défense : un coup d'épée dans l'eau ?*, mémoire de maîtrise en droit à finalité spécialisée en droit pénal (aspects belges, européens et internationaux), faculté de droit, de science politique et de criminologie, Université de Liège, Belgique, 2019-2020.

Elkington, Amy. *A New Duress Defence and the Theory of Understandable Compliance*, thèse de doctorat, University of Surrey, 2018.

Flasaquier, Antoine. *L'état de nécessité en droit pénal – Contribution à la théorie générale des faits justificatifs*, thèse de doctorat, faculté de droit, Université Montpellier I, Montpellier, 2003.

Grégory, Mantero. *La proportionnalité dans la légitime défense*, mémoire de maîtrise, faculté de droit, Université de Nice Sophie-Antipolis, 2014/2015.

Hay, Michael A. *The Criminal Law of Private Defence in England, Scotland and France*, thèse de doctorat, faculté de droit, Université d'Édimbourg, 1987.

Kan, Gamaliel. *The Defence of Duress for International Crimes and the Expectation of Heroism from Ordinary Citizens*, European Master's Degree in Human Rights and Democratisation, Panteion University, Athènes, Grève, 2017/2018.

Kebir, Mehdi. *Le libre arbitre du juge*, thèse de doctorat, faculté de droit, Université François-Rabelais de Tours, 2017.

Klineberg, Joanne. *Moral Involuntariness as a Principle of Excusing Conditions: What's Choice Got to Do With It?*, mémoire de maîtrise, faculté de droit, Université de Colombie-Britannique, 2002.

Lareau, François. *Légitime défense et théorie*, mémoire de maîtrise, faculté de droit, Université d'Ottawa, 1992.

Letanneux, Morgane. *L'évolution de l'état de nécessité en droit pénal*, mémoire de maîtrise en droit pénal, faculté de droit, Université de Lille 2, 2005.

Louis-Caporal, Delphine. *La distinction du fait et du droit en droit judiciaire privé*, thèse de doctorat, faculté de droit et science politique, Université de Montpellier 1, 2014.

Maleki, Patricia. *La légitime défense des biens*, thèse de doctorat, faculté de droit, Université de Nice Sophie-Antipolis, 2001.

Marchand, G. Félix. *De l'état de nécessité en droit pénal*, faculté de droit, Université de Paris, thèse de doctorat, 1902.

McAviney, Vincent Patrick. *Should Anger Mitigate Murder? An examination of the Doctrine of Loss of Control*, mémoire de maîtrise, faculté de droit, Durham University, 2011.

Mousourakis, George. *Shifting Grounds of Criminal Liability: Justification and Excuse in the Theory of Provocation*, thèse de doctorat, faculté de droit, University of Edinburgh, 1991.

O'Meara, Christopher. *Necessity and Proportionality and the Right of Self-Defence in International Law*, thèse de doctorat, faculté de droit, University College London, 2018.

Poucet, Antoine. *La légitime défense en droit anglais et belge : self-defence et légitime défense, variations sur un même thème*, mémoire de maîtrise, faculté de droit et de criminologie, Université catholique de Louvain, 2018.

Simard, Jimmy. *La défense de provocation: une articulation des principes de détermination de la peine*, mémoire de maîtrise, faculté de droit, Université de Montréal, 2012.

Shahrbabaki, Azadeh A. *La qualité des normes – Études des théories et de la pratique*, thèse de doctorat, faculté de droit et de science politique, Aix-Marseille Université, 2017.

Smith, A.T.H., *An Analysis of Some Aspects of the Defence of Provocation in Homicide*, mémoire de maîtrise, faculté de droit, Université de Canterbury, 1972.

Vanasse, Norma. *L'excuse de provocation en droit pénal canadien*, mémoire de maîtrise, Université de Montréal, 1977.

Sites internet

Babelio, « Joe Simpson », en ligne : https://www.babelio.com/auteur/Joe-Simpson/12161.

BBC, « Islamic State statue-smashing in Iraq was 'war crime', UN says », 27 février 2015, en ligne : https://www.bbc.com/news/world-middle-east-31663557.

« Clarification ». *Dictionnaire Larousse*, en ligne : https://www.larousse.fr/dictionnaires/francais/clarification/16387.

« Critère ». *Dictionnaire Larousse*, en ligne : https://www.larousse.fr/dictionnaires/francais/crit%C3%A8re/20567.

Cumyn, Michelle. « Pourquoi définir les concepts juridiques? », Chaire de rédaction juridique Louis-Philippe-Pigeon, 15 janvier 2018 : « La définition aide à préciser les contours d'un concept et à s'assurer de son application uniforme », en ligne : https://www.redactionjuridique.chaire.ulaval.ca/pourquoi-definir-les-concepts-juridiques.

Dalloz-actu-etudiant.fr. « Légitime défense : la proportionnalité s'apprécie à l'aune du comportement et non du résultat » (24 février 2017), en ligne : https://actu.dalloz-

etudiant.fr/a-la-une/article/legitime-defense-la-proportionnalite-sapprecie-a-laune-du-comportement-et-non-du-resul/h/d58a688b4c903da3ae214d5249ffa24c.html.

Dictionnaire Larousse, en ligne : https://www.larousse.fr/dictionnaires/francais/crit%C3%A8re/20567.

Hermann, Jenny. « Chronique Droit Pénal - Mars 2016 » (18 juillet 2016), Revue de droit allemand, en ligne : https://www.droit-allemand.org/revue/p9/.

Kagwere, Itai Ayah. « There is an intruder on my stoep : Do defensive acts amount to vigilantism? » *De Rebus* (1er mars 2021), en ligne : https://www.derebus.org.za/there-is-an-intruder-on-my-stoep-do-defensive-acts-amount-to-vigilantism/.

Lafrance, Sébastien. « Should Canadian Law Matter to Indian Jurists ? Advocating for More Substantial Legal Discussion Between the 'Long Lost Siblings' » (8 juillet 2020) *The Contemporary Law Forum*, en ligne : https://tclf.in/2020/07/08/should-canadian-law-matter-to-indian-jurists-advocating-for-more-substantial-legal-discussion-between-the-long-lost-siblings/#comments.

Millard, Eric, « Qu'est-ce qu'une norme juridique ? », dans *Cahiers du Conseil constitutionnel n° 21*, 2007, en ligne : http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/nouveaux-cahiers-du-conseil/cahier-n- 21/qu-est-ce-qu-une-norme-juridique.50552.html.

Trésor de la langue française, Paris, Gallimard, 1985, en ligne : http://atilf.atilf.fr/.