

LA LÉGITIME DÉFENSE EN DROIT PÉNAL CANADIEN : ANATOMIE D'UN MOYEN DE DÉFENSE

Hugues Parent*
Montréal

Dans cet article, l'auteur propose une analyse exhaustive des règles gouvernant la légitime défense au Canada. En plus de faire le point sur l'état actuel du droit applicable en matière de légitime défense, l'auteur s'interroge sur la cohésion existant entre les articles 34, 35 et 37 du Code criminel. En particulier, l'auteur suggère une interprétation novatrice de l'article 34(2) qui a pour effet de neutraliser l'application de ce moyen de défense dans les cas où l'agresseur initial est à l'origine d'un acte de légitime défense de la part de la victime.

In this article, the author provides an in-depth analysis of rules governing self-defence in Canada. In addition to updating applicable self-defence law, the author questions the consistency of sections 34, 35 and 37 of the Criminal Code. In particular, the author suggests an innovative interpretation of section 34(2) that neutralises the defence of necessity argument in cases where the initial assailant is the cause of the victim's act of self-defence.

<i>Introduction</i>	660
<i>Les fondements philosophiques de la légitime défense</i>	661
<i>Les fondements juridiques de la légitime défense</i>	662
<i>Le droit applicable en matière de légitime défense</i>	664
<i>Les conditions d'ouverture de l'article 34(1) du Code criminel</i> .664	
<i>A. Toute personne illégalement attaquée</i>	664
<i>B. Sans provocation de sa part</i>	671
<i>C. La force nécessaire pour repousser l'attaque</i>	675
<i>D. L'absence d'intention de causer la mort ou des lésions corporelles graves</i>	679
<i>La portée et les conditions d'ouverture de l'article 34(2) du Code criminel</i>	680
<i>La portée de l'article 34(2) du Code criminel</i>	682
<i>Les conditions d'ouverture de l'article 34(2) C.cr.</i>	683

* Hugues Parent, Professeur adjoint, Université de Montréal, Montréal, Québec.

<i>A. Une attaque illégale</i>	683
<i>B. L'appréhension raisonnable d'un danger de mort ou de lésions corporelles graves</i>	686
<i>C. La croyance raisonnable de l'accusé de ne pas pouvoir se soustraire à ce danger autrement qu'en causant la mort ou une lésion corporelle grave</i>	693
<i>Les conditions d'ouverture de l'article 35 du Code criminel</i>	699
<i>L'analyse de l'article 37 du Code criminel</i>	701
<i>A. Son champ d'application</i>	701
<i>B. Les conditions d'ouverture de l'article 37 du Code criminel</i>	706
<i>Le fardeau de la preuve en matière de légitime défense</i>	708
<i>Conclusion</i>	713

Introduction

Il est d'une sage méthode lorsque l'on entreprend l'étude d'un sujet aussi difficile que la légitime défense de commencer par le problème de ses origines. Sur ce point, il ne fait aucun doute, la légitime défense est une variante – ou pour s'exprimer autrement – une application particulière des règles de la nécessité et de la contrainte. Comme elles, la légitime défense puise sa source dans la crainte d'un préjudice corporel, ou dans la perspective d'une mort dont l'imminence ne laisse plus de choix à l'accusé. Ce lien entre la légitime défense, la nécessité et la contrainte est noué d'une manière si serrée qu'il rejaillit directement sur la manière d'aborder ses fondements. Bien plus qu'une attitude quasi-réflexe, commandée par des mécanismes psychologiques de préservation, la légitime défense est une réaction instinctive qui traduit une véritable dissolution de la volonté. «En écartant l'imputabilité pénale, écrit l'auteur français Adrien-Charles Dana, la légitime défense affecte la notion même d'infraction pénale. Toutes les fois que les conditions d'intervention de la légitime défense sont réunies, c'est-à-dire chaque fois qu'il est établi que le prévenu ne jouissait pas de la liberté de vouloir, la réaction qu'il aura eue face à l'agression ne pourra accéder à la vie juridique au titre d'une infraction pénale.»¹

Malgré l'existence d'une matrice commune aux trois formes d'excuse, la légitime défense possède une structure qui lui est propre. «Dans les cas de légitime défense, note la Cour suprême du Canada, la victime de l'acte [...] criminel est [en général] elle-même *l'auteur* de la menace qui amène l'acteur à commettre ce qui constituerait par ailleurs

¹ Adrien-Charles Dana, *Essai sur la notion d'infraction pénale*, Paris, L.G.D.J., 1982, p. 232.

des voies de fait ou un homicide coupable [...]»² Alors que «[d]ans les cas de contrainte et de nécessité, [...] les victimes de l'acte [...] sont des *tiers* qui ne sont pas eux-mêmes responsables des menaces ou des circonstances de l'état de nécessité qui ont poussé l'accusé à agir»³. Cette distinction une fois comprise, il importe de souligner la complémentarité qui existe entre les trois moyens de défense, complémentarité qui s'exprime dans la dissolution de la volonté et dans l'anéantissement de la liberté.

Les fondements philosophiques de la légitime défense

Est-il permis de tuer un homme pour se défendre? Voilà le problème qu'aborde le Docteur angélique, à la question 64, article 7 de la *Somme théologique*. Fidèle à ses habitudes, saint Thomas écarte, tout d'abord, les objections les plus sérieuses, objections parmi lesquelles figure l'opinion de saint Augustin: «[j]e trouve mauvais de conseiller à quelqu'un de tuer d'autres hommes pour ne pas être tué par eux»⁴ et celle de saint Paul : «Bien aimés, ne vous défendez pas.»⁵ Or justement ce que l'Apôtre interdit, répond le Dominicain, n'est pas l'emploi de la force pour se protéger, mais celle qui excède ce qui est nécessaire pour assurer sa propre sécurité⁶ :

Rien n'empêche qu'un même acte ait deux effets, dont l'un seulement est voulu, tandis que l'autre ne l'est pas. Or les actes moraux reçoivent leur spécification de l'objet que l'on a en vue, mais non de ce qui reste dehors de l'intention, et demeure, comme nous l'avons dit, accidentel à l'acte. Ainsi l'action de se défendre peut entraîner un double effet: l'un est la conservation de sa propre vie, l'autre la mort de l'agresseur. Une telle action sera donc licite si l'on ne vise qu'à protéger sa vie, puisqu'il est naturel à un être de se maintenir dans l'existence autant qu'il le peut. Cependant un acte accompli dans une bonne intention peut devenir mauvais quand il n'est pas proportionné à sa fin. Si donc, pour se défendre, on exerce une violence plus grande qu'il ne faut, ce sera illicite. Mais si l'on repousse la violence de façon mesurée, la défense sera licite. Les droits civil et canonique statuent, en effet: «Il est permis de repousser la violence par la violence, mais avec la mesure qui suffit pour une protection légitime.» Et il n'est pas nécessaire au salut que l'on omette cet acte

² R. c. *Hibbert*, [1995] 2 R.C.S. 973, 1013.

³ *Ibid.*

⁴ Saint Augustin, *Lettre* 47. PL 33, 186, tel que cité dans Thomas D'Aquin, *Somme théologique*, t. 3, Paris, Éditions du Cerf, 1999, quest. 64, art. 7, p. 430.

⁵ Épître aux Romains 12,9 tel que cité dans Thomas D'Aquin, *idem*.

⁶ T. D'Aquin, *op. cit.*, note 4, quest. 64, art. 7, p. 431: «Ce que l'Apôtre interdit, c'est de se défendre avec un désir de vengeance. Aussi la Glose précise-t-elle: «Ne vous défendez pas», c'est-à-dire: «Ne cherchez pas à rendre à vos adversaires coup pour coup.»»

de protection mesurée pour éviter de tuer l'autre; car on est davantage tenu de veiller à sa propre vie qu'à celle d'autrui.⁷

L'Homme étant créé à l'image de Dieu⁸, la vie est un don que le Seigneur lui accorde et sur lequel il doit veiller en permanence. Il est donc permis de tuer dans le but de préserver sa propre existence.

Cette approche de la légitime défense n'est pas exclusive aux théologiens. Elle s'inscrit également dans la théorie du contrat social. Malgré son adhésion à l'ordre étatique, le citoyen ne peut renoncer à la défense de sa propre vie, car ce droit étant présent à l'état de nature, celui-ci est antérieur à la formation de la puissance souveraine. De là les propos de Hobbes:

En effet, ce n'est pas n'importe quelle peur qui justifie l'action qu'elle produit, mais seulement la peur d'un dommage corporel, qu'on appelle peur corporelle, et dont on ne sait pas comment se libérer si ce n'est par l'action. Si quelqu'un est agressé et perçoit sa mort immédiate et qu'il ne sait comment y échapper, si ce n'est en blessant l'agresseur, s'il le blesse mortellement, ce n'est pas un crime. Personne en effet n'est censé, lors de la création de l'État, avoir abandonné la défense de sa vie, ou de ses membres, là où la loi ne peut arriver assez à temps pour le secourir. En revanche, tuer un homme parce que, à partir de ses actes ou de ses menaces, je pense qu'il va me tuer dès qu'il le pourra (étant entendu que j'ai les moyens et le temps d'exiger de la protection de la part de la puissance souveraine), est un crime.⁹

C'est dans ce contexte qu'il faut envisager la légitime défense, dans un contexte déchiré entre l'intention de l'accusé et son absence de volonté, car si l'individu a le désir d'éliminer son adversaire, le choix qu'il a d'enfreindre la loi n'est pas un choix véritable mais un choix forcé par les instincts normaux de l'être humain.

Les fondements juridiques de la légitime défense

Malgré son rattachement à l'instinct de conservation, la légitime défense n'est pas étrangère aux anciens criminalistes. William Blackstone, par exemple, dans ses commentaires sur la loi anglaise, reconnaît l'effet exonératoire de la légitime défense sur la responsabilité de l'agent. D'après Blackstone, la responsabilité pénale repose sur les deux facultés propres à l'homme que sont l'intelligence et la liberté. Or la crainte, en s'emparant de l'esprit de l'accusé, neutralise sa liberté et supprime sa volonté [au point de vue moral ou

⁷ *Ibid.* à la p. 430 et 431.

⁸ Voir sur ce point Thomas D'Aquin, *Somme contre les Gentils*, Livre II, "La création", coll. "GF", Paris Flammarion, 1999, no 46, p. 199.

⁹ Thomas Hobbes, *Léviathan*, Paris, Sirey, 1971, p. 448.

normatif]. La légitime défense est donc une cause de non-responsabilité pénale :

A sixth species of defect of will is that arising from compulsion and inevitable necessity. These are a constraint upon the will, whereby a man is urged to do that which his judgment disapproves; and which, it is to be presumed, his will (if left to itself) would reject. As punishments are therefore only inflicted for the abuse of that free will, which God has given to man, it is highly just and equitable that a man should be excused for those acts, which are done through unavoidable force and compulsion.

[...] And therefore though a man be violently assaulted, and hath no other possible means of escaping death, but by killing an innocent person; this fear and force shall not acquit him of murder; for he ought rather to die himself, than escape by the murder of an innocent. But in such a case he is permitted to kill the assailant; for there the law of nature, and self-defence it's primary canon, have made him his own protector.¹⁰

Ce lien entre la nécessité, la contrainte et la légitime défense n'est pas unique à l'époque classique. On le retrouve également dans plusieurs décisions contemporaines dont notamment l'arrêt *Hibbert* :

Les moyens de défense fondés sur la légitime défense, la contrainte et la nécessité sont essentiellement similaires, à tel point que, par souci de cohérence, il faut, pour chacun de ces moyens de défense, évaluer de la même manière l'exigence du «caractère raisonnable».¹¹

[...] Les moyens de défense fondés sur la légitime défense, la nécessité et la contrainte entrent tous en jeu dans des circonstances où une personne est exposée à un danger extérieur et qui, pour éviter le danger qui la menace, accomplit un acte qui serait par ailleurs criminel. Dans le cas de la légitime défense et de la contrainte, ce sont les menaces intentionnelles d'autrui qui sont la source du danger, tandis que, dans le cas de la nécessité, le danger résulte d'autres causes, telles que les forces de la nature, le comportement humain autre que des menaces intentionnelles de lésions corporelles, etc.¹²

Ainsi, mis à part le rôle actif que peut jouer la victime dans l'apparition des circonstances à l'origine du péril allégué, la légitime défense participe de la même philosophie et des mêmes objectifs que la contrainte et la nécessité. Issues du même terreau, celui d'un droit criminel fondé sur l'autonomie de la volonté et la plénitude de l'intelligence, la nécessité, la contrainte et la légitime défense

¹⁰ William Blackstone, *Commentaries on the Laws of England*, vol. IV, New York & London, Garland Publishing, 1978, p. 27 et 30.

¹¹ R. c. *Hibbert*, précité note 2, 1021.

¹² *Ibid.*, 1012.

constituent trois versions de la même approche visant à excuser l'individu qui n'avait pas d'autres choix véritables, au moment du crime, que de perpétrer l'acte illégal.

Le droit de répondre à la violence par la violence étant généralement admis, il nous faut maintenant déterminer quelles sont les conditions donnant ouverture à ce droit. À l'analyse des articles 34, 35 et 37 du Code criminel, succèdera un examen du fardeau de la preuve applicable en semblable matière.

Le droit applicable en matière de légitime défense

Les conditions d'ouverture de l'article 34(1) du Code criminel

Aux termes de l'article 34(1) du *Code criminel*:

34(1) [Légitime défense] 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.

Malgré sa formulation laconique, cet article n'est pas exempt de difficultés. Les problèmes qu'il a fait naître exigent une lecture attentive de la jurisprudence, lecture qui nous permet de préciser, avec un certain degré de certitude, le contenu de chaque exigence à la base de ce moyen de défense. Décrivons brièvement en quoi consistent ces conditions.

A. Toute personne illégalement attaquée

La première exigence prévue à l'article 34(1) du *Code criminel* suppose que l'accusé soit la victime d'une attaque illégale. Or, d'après l'article 265 C.cr :

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

- a) d'une manière intentionnelle, emploie la force, directement ou indirectement, contre une autre personne sans son consentement;
- b) tente ou menace, par un acte ou un geste, d'employer la force contre une autre personne, s'il est en mesure actuelle, ou s'il porte cette personne à croire, pour des motifs raisonnables, qu'il est alors en mesure actuelle d'accomplir son dessein;

- c) en portant ostensiblement une arme ou une imitation, aborde ou importune une autre personne ou mendie.

L'existence d'une attaque illégale n'exige donc pas nécessairement l'utilisation de la force physique¹³. Une tentative ou une menace d'employer la force, lorsqu'elle est accompagnée de gestes ou d'actes menaçants (p. ex., le poing dans les airs¹⁴, des positions de karaté) peuvent être suffisantes si l'agresseur est en mesure actuelle, ou s'il porte la victime à croire raisonnablement qu'il est en mesure actuelle d'accomplir son dessein. Sur ce point, nous sommes d'accord avec les auteurs Fortin et Viau pour dire qu'« il y a attaque dès lors qu'il y a, soit application effective de la violence à la personne d'autrui, soit un geste suscitant la crainte raisonnable sans pour autant qu'il y ait dans l'immédiat application effective de la violence »¹⁵. C'est dans ce contexte qu'il faut envisager l'acquiescement d'une personne accusée de voies de fait qui, pour se protéger, lança une cannette de liqueur au conducteur d'un véhicule tout terrain qui fonçait sur lui :

¹³ *R. c. D'Amore*, [2000] S.J. (Quicklaw) n° 562, par. 70 (Ct. of J.) :

[A]lthough s. 34 requires an assault before self-defence is available, it seems that the assault need not be in progress, inasmuch as s. 265(1)(b) of the Criminal Code defines "assault" to include an "attempt or threat to apply force." However, the accused must apprehend an imminent assault before the accused may act in self-defence and strike the pre-emptive blow. Thus, self-defence may be available where the accused is "assaulted by threats" even if the accused is not actually touched by the assailant: (*Ewaschuk*, para. 21:5055; *R. v. Lavallee* [1990] 1 S.C.R. 852 (S.C.C.); *R. v. Mozilisky* (1996), 141 Sask.R. 208 (Sask. C.A.)).

¹⁴ *R. c. Perepelecta*, [2004] A.J. (Quicklaw) n° 562, par. 60 et 61 (Ct. of J.) : Of course, an assault does not necessarily involve a physical contact between the assaulter and his victim. Section 265(1)(b) states:

265. (1) Assault - A person commits an assault when

(b) he attempts or threatens, by an act or a gesture, to apply force to another person, if he has, or causes that other person to believe on reasonable grounds that he has, present ability to effect his purpose; [...]

As section 265(1)(b) establishes, an assault can be an "attempt" or "threat" by "act" or "gesture". A person with his fists up might be viewed as attempting or threatening to apply force notwithstanding the absence of any physical contact. The person making the attempt or threat must have the present ability to effect his purpose or cause his intended victim to believe on reasonable grounds that he has that ability.

Voir également *R. c. Antley*, [1964] 2 C.C.C. 142 (C.A. Ont.).

¹⁵ Jacques Fortin et Louise Viau, *Traité de droit pénal général*, Montréal, Éd. Thémis, 1982, p. 255.

Was Mr. Brennan assaulted by Mr. Pollard? Yes he was. Subsection 265(1)(b) of the Criminal Code defines an assault as including a threat to “apply force.” This can be committed by an “act or gesture” but it must cause the victim “to believe on reasonable grounds” that the assailant has the “present ability to effect his [or her] purpose.” Mewett and Manning refer to this as “an act that induces the other to apprehend a touching, so that putting a person in fear that he will be touched is, itself, an assault.” The driving of the all terrain vehicle by Mr. Pollard toward Mr. Brennan was threat to apply force. Mr. Brennan believed, based on reasonable grounds, that Mr. Pollard had the present ability to strike him with the vehicle. Therefore, this element is established (see *R. v. Cadden* (1989), 48 C.C.C. (3d) 122 (B.C.C.A.).¹⁶

Résultat : De simples paroles ne qui ne sont pas accompagnées de gestes ou d’actes menaçants ne peuvent constituer une attaque au sens de l’article 265.1 du *Code criminel*. Il en va également de la conduite insultante, qui tout en étant reliée à un acte ou un geste quelconque, ne constitue pas une menace d’employer la force. Le cas de l’individu qui fut reconnu coupable de voies de fait après avoir frappé au visage un automobiliste impatient qui s’était approché trop près de sa voiture illustre bien ce principe. Selon la juge Louise Baribeau :

Après analyse de la jurisprudence, la défense de légitime défense ne peut être retenue. En effet, la preuve ne démontre pas que le défendeur faisait face à une attaque. Le Tribunal arrive à la conclusion que les faits démontrent plutôt que la victime a peut-être provoqué le défendeur, par son comportement de conducteur impatient et agressif et son attitude passive à la demande du défendeur de reculer son véhicule, mais n’a pas attaqué le défendeur.¹⁷

Malgré l’exigence prévue à l’article 34(1), une erreur honnête mais raisonnable quant à l’existence d’une attaque est permise¹⁸. Dans ce cas, «le jury doit chercher à déterminer quelle était la perception des faits pertinents par l’[accusé] et si cette perception était raisonnable»¹⁹. Il s’agit donc d’une évaluation à la fois subjective et objective de la croyance de l’accusé qui tient compte des circonstances factuelles et de

¹⁶ *R. c. Brennan*, [2003] N.J. (Quicklaw) n° 163, par. 45 à 47 (Ct. of J.).

¹⁷ *R. c. Dylewski*, [2001] J.Q. n° 6109, par. 33 (C.M.).

¹⁸ *R. c. D’amore*, précité note 13, par. 68 :

In this regard, it is noted that the defence of self-defence is unavailable in the absence of an assault by the victim, or a “reasonable anticipation of a threatened assault by the victim,” although an “honest and reasonable mistaken belief” that an assault is in progress or in imminent, may render self-defence available in the circumstances. (Ewaschuk para. 21: 5050; *R v. Petel* [1994] 1 S.C.R. 3 (S.C.C.); Voir aussi *R v. Cochrane* (1997), 94 B.C.A.C. 15, 152 W.A.C. 15 (B.C.C.A.); *R v. Berrigan* (1998), 127 C.C.C. (3d) 120). (See also *R v. Malott* (1998), 121 C.C.C. (3d) 456 (S.C.C.)).

¹⁹ *R. c. Pétel*, [1994] 1 R.C.S. 3, 12.

l'état d'esprit de ce dernier²⁰. C'est d'ailleurs ce que précise la Cour d'appel de l'Ontario dans l'arrêt *R. c. Nelson*²¹ :

Il faut éviter de faire de l'existence de l'attaque une sorte de condition préliminaire à l'exercice de la légitime défense qui doit s'apprécier en faisant abstraction de la perception de l'accusée. Ceci équivaldrait, en quelque sorte, à faire le procès de la

²⁰ *R. c. Cinous*, [2002] 2 R.C.S. 3, 57 et 58 :

Dans l'arrêt Pétel, précité, le juge en chef Lamer a dit que l'existence d'une véritable attaque n'est pas une condition préalable pour invoquer la légitime défense prévue au par. 34(2). Il faut plutôt prendre, comme point de départ, le point de vue de l'accusé (à la p. 13) :

La question que doit se poser le jury n'est donc pas « l'accusée a-t-elle été illégalement attaquée? » mais plutôt « l'accusée a-t-elle raisonnablement cru, dans les circonstances, qu'on l'attaquait illégalement? »

Évidemment, lorsqu'il applique le critère de la vraisemblance, le juge ne doit pas tenter de répondre à la question formulée par le juge en chef Lamer. La portée de son examen est plus limitée. Il lui incombe de déterminer s'il existe une preuve à partir de laquelle un jury agissant raisonnablement pourrait, et non devrait, conclure que l'accusé avait des motifs raisonnables de croire qu'il allait être attaqué. À supposer que la preuve soit vraisemblable dans son ensemble, il appartiendra au jury de décider si oui ou non l'accusé a vraiment cru qu'il allait être attaqué et si cette perception était raisonnable.

La composante subjective du moyen de défense est vraisemblable. Une preuve directe sous la forme du témoignage de l'accusé étaye la croyance de ce dernier. Il est loisible au jury d'ajouter foi à ce témoignage. Il lui est également loisible de croire que l'accusé a considéré que les divers éléments signalés dans la preuve examinée précédemment indiquaient que la victime et Ice allaient l'attaquer.

Il est plus difficile de décider si, compte tenu de la preuve, un jury pourrait raisonnablement inférer que la perception d'une attaque était raisonnable dans les circonstances. Néanmoins, il nous semble là encore que le critère préliminaire est respecté. Les circonstances décrites par l'accusé, y compris, plus particulièrement, les nombreux indices de menace dont il a fait part en témoignant, pourraient permettre à un jury agissant raisonnablement d'inférer que la perception de l'accusé qu'il serait attaqué était raisonnable.

Nous concluons que le jury pourrait raisonnablement inférer que l'accusé croyait qu'il serait attaqué et que cette croyance était raisonnable dans les circonstances. En tirant cette conclusion au sujet du premier élément constitutif de la légitime défense prévue au par. 34(2), nous ne nous prononçons pas sur le bien-fondé de ce moyen de défense. Il appartient au jury de le faire.

²¹(1992) 71 C.C.C. (3d) 449, 455 (C.A. Ont.).

victime avant celui de l'accusée. Dans le cadre de la légitime défense, c'est l'état d'esprit de l'accusée qu'il faut examiner, et c'est à l'accusée (et non à la victime) qu'il faut donner le bénéfice du doute raisonnable. La question que doit se poser le jury n'est donc pas «l'accusée a-t-elle été illégalement attaquée?» mais plutôt «l'accusée a-t-elle raisonnablement cru, dans ces circonstances, qu'on l'attaquait illégalement? ».22

L'erreur honnête et sincère de l'accusé quant à l'existence d'une attaque est donc acceptable si sa croyance est raisonnable²³, c'est-à-dire fondée sur des motifs qui permettront éventuellement au jury d'apprécier la conformité de la perception subjective de l'accusé avec la réalité. Ce principe, désormais solidement ancré dans la jurisprudence, ne souffre d'aucune difficulté. Ainsi, d'après le juge Downie de la Cour provinciale de l'Ontario:

The question is whether or not it was realistic for Mr. Jacques to hold the perception that he was about to be hit. The court is satisfied that it was reasonable for him to fear that he was about to be attacked and therefore his assault of Mr. Ransome took place in a situation where he believed that he was preventing himself from being attacked. That amounts to self-defence. His action was more of a reflexive movement whereby he raised his stick to prevent what he thought was an attack against himself.²⁴

Si la croyance de l'accusé doit être raisonnable afin de satisfaire à la première condition prévue à l'article 34(1), rien ne l'oblige toutefois à attendre d'être frappé le premier avant d'employer la force contre son agresseur²⁵. C'est ce que rappelle d'ailleurs la Cour provinciale de l'Ontario dans la décision *R. c. T.B.*: «Neither is it necessary, [...] that he [l'accusé] wait until he has been struck before using any force against his attacker. [...] If he had to wait until he was struck first, it

²² Ce passage, tiré de la cause *Nelson*, *ibid.*, a été repris par la Cour suprême du Canada dans *R. c. Pétel*, précité, note 19, 13.

²³ *R. c. Bolyantu*, (1976) 29 C.C.C. (2d) 174 (C.A. Ont.).

²⁴ *R. c. Jacques*, [1998] O.J. (Quicklaw) n° 5505, par. 29 (Ct. of J.). Voir également *R. c. Carson*, (1999) 43 W.C.B. (2d) 22; *R. c. Champagne*, [1998] O.J. (Quicklaw) n° 4479, par. 11 (Ct. of J.):

The simple fact that Mr. Champagne appeared apprehensive as the complainant approached is insufficient to raise the defence of mistaken apprehension. The absence of reasonable grounds for such an apparent belief disqualifies this potential avenue of defence.

²⁵ *R. c. D'Amore*, précité note 13, par. 72 :

[A]n accused is not necessarily disentitled from self-defence under s. 34(1) of the Criminal Code where he strikes the first blow, after being threatened.

might be too late.»²⁶ Cette interprétation, qui est conforme à la nature et au rôle que joue la légitime défense en droit criminel, prévoit que tant et aussi longtemps que le danger n'a pas été écarté, «l'obligation de choisir la commission d'un acte infractionnel subsiste, et la volonté de l'agent affectée par l'agression. En revanche, une fois l'agression neutralisée, cette obligation disparaît et l'agent recouvre la liberté de vouloir»²⁷. L'attaque illégale étant à la source du droit de se protéger, sa disparition supprimera la légitimité du recours à la force. C'est ce que reconnaît la cour de première instance dans l'arrêt *R. c. Champagne*:

With respect to the cross-check blow which caused the wound to the victim we are of the opinion that the defence of self-defence shall have succeeded. However with respect to the evidence of Ms. Wichar which the trial judge specifically accepted in preference to the appropriate evidence the appellant struck two further blows to the victim at a time when the victim was disarmed and defending blows which could not be said to have been struck in self defence.²⁸

L'exigence d'une attaque illégale est particulièrement importante en matière d'intervention policière, dans les cas où l'individu résiste à son arrestation. L'arrestation est-elle légale²⁹ ou arbitraire³⁰?, fondée sur des motifs raisonnables ou de simples soupçons? La question est importante car elle détermine, en juxtaposition avec d'autres facteurs, la réception du moyen de défense. Si l'arrestation est illégale ou

This, of course, assumes that the victim committed an assault by his threats, so that s. 34, rather than s. 35, would apply: (Ewaschuk, para. 21:5130; *R v. Antley*, [1964] 2 C.C.C. 142 (Ont. C.A.); *R v. Stanley* (1977), 36 C.C.C. (2d) 216 (B.C.C.A.)).

²⁶ *R. c. T.B.*, [1997] O.J. (Quicklaw) n^o 1890, par. 34 (Ct. of J.), citant le juge Roach dans *Regina c. Antley*, (1964) 42 C.R. 384, 388 et 389 (C.A. Ont.). Toujours au même effet, citons ce passage de l'arrêt *Regina c. Stanley*, (1977) 36 C.C.C. (2d) 216, 230 (C.A. C.-B.): «[T]he law does not expect one to wait until he is struck before he strikes back. If he does so it may well be that it will be too late for him to retaliate in order to preserve himself.»

²⁷ A.-C. Dana, précité note 1, p. 228 et 229.

²⁸ *R. c. Champagne*, précité note 24.

²⁹ *R. c. Morris*, (2002) 51 W.C.B. (2d) 540 (Q.B. Alta.);

³⁰ *R. c. J.M.P.-R.*, [2003] A.J. n^o 601, par. 24 à 30 (Ct. of J.) :

Applying the foregoing law to the facts at bar, I find that the initial investigating constable had the right at common law, to detain the 3 young persons for preliminary investigative matters.

The investigating peace officer however, as an investigative tool, and for the purpose of obtaining the name of the accused young person, threatened arrest for intoxication in a public place. This is the only offence that was articulated by the peace officer. The subsequent taking of the arm of the accused young

effectuée avec une force excessive, l'accusé pourra soulever l'article 34(1). C'est ce qu'indique la Cour suprême de la Colombie-Britannique dans l'arrêt *R. c. Pena*: «[I]t appears that where an arrest is unlawful, by reason of the excessive force by the arresting officers or by reason

person and taking into custody under the reference to intoxication in a public place would only be justified if reasonable and probable grounds to believe that the accused young person was publicly intoxicated. The peace officer in question indicated that the accused young person had glassy eyes and smelled of alcohol. She did not appear to be causing a disturbance, nuisance or likely to injure herself. She certainly did not appear to be a person that was incapable of taking care of herself. Accordingly, at the time that the accused young person was taken into custody, she does not appear to be so stupefied by alcohol or in fact demonstrating a significant degree of impairment that gives rise to the right of the peace officer to take that person into custody. Accordingly, I conclude that reasonable and probable grounds did not exist that the accused was intoxicated in a public place. In fact, I find that the peace officer was as he stated, attempting to obtain her name for identification purposes and was perhaps frustrated by her refusal and subsequent emotional state. The arresting peace officer having already been informed as to why the group was there, perhaps in retrospect, could have demonstrated more sensitivity rather than the application of force that probably had the effect of compounding and magnifying the entire situation. That is not to say that the young person is without fault, but having regard to all of the circumstances, I do not find that the peace officer was acting within the course or execution of his duty and therefore, the taking into custody which was articulated as a result of being intoxicated in a public place, was unlawful.

Having listened to the peace officer in question, and having regard to his level of experience and the conduct of the accused, I find that the police officer was acting in good faith with respect to the apprehension.

Accordingly, I answer the first question in the negative in that the peace officer was not in the lawful execution of his duty.

With respect to the second question, being that was the force used reasonable under the circumstances, and having regard to what I consider to be the lack of bad faith of the peace officer, I find that the force used was not unreasonable but that the arrest was unlawful.

With respect to the actions of the accused in that the arrest was unlawful, I find that the accused was entitled to resist and that her efforts at kicking and resisting were not unreasonable. The fact that she struck the peace officer by kicking in her efforts to resist being either placed within the police car or removed, were not unreasonable and no force was excessive. I do not recall any evidence of injury whatsoever occurring to the peace officer in question.

Accordingly, the young person is found not guilty with the charge referred to in paragraph 1.

of lack of reasonable grounds for arrest, then an accused is entitled to use force in resisting that arrest, provided he or she uses no more force than is necessary.»³¹ La portée de ce principe doit s'étendre, à notre avis, à l'ensemble des activités policières qui ne sont pas autorisées par la loi ou par la common law, ou qui sont exercées d'une manière abusive. Discutant des conditions gouvernant la légitime défense, le juge Josephson résume la position développée dans l'arrêt *R. c. Larlham*³² : «The accused resisted an unlawful search by two officers, kicking one officer in the groin and biting another. It was held that the accused was entitled to use whatever force was reasonably necessary to resist the search.»³³

En ce qui concerne maintenant l'erreur honnête mais raisonnable quant à l'illégalité de l'action policière, celle-ci doit être admise dans les cas où l'accusé croyait sincèrement, et pour des motifs raisonnables, qu'il faisait face à une arrestation ou à une fouille illégale (p. ex., l'accusé ne savait pas qu'il s'attaquait à des policiers habillés en civil³⁴, ou croyait à tort que ceux-ci voulaient qu'il enlève tous ses vêtements).

Les difficultés reliées à l'évaluation du caractère illégal de l'attaque en cause débordent largement le cadre de l'action policière. L'utilisation de la force pour corriger un enfant ou un élève soulève des difficultés importantes dans le contexte des personnes en position d'autorité³⁵. La protection prévue à l'article 43 du *Code criminel* étant rattachée directement à l'emploi de la force raisonnable et au statut particulier de la personne visée, un élève pourra invoquer la légitime défense contre une accusation de voies de fait commises sur un professeur qui a eu recours à une force excessive, ou contre toute personne qui n'est ni un instituteur ni une personne qui remplace un parent³⁶. À l'inverse, sera coupable l'écolier qui s'en prend à l'instituteur qui emploie contre lui une force raisonnable³⁷.

B. Sans provocation de sa part

En exigeant l'absence de provocation de la part de l'accusé, l'article 34(1) C.cr. empêche l'agresseur initial de se prévaloir de cette disposition. Qu'entend-on par provocation? Sur ce point, le Code n'est pas prolix. Malgré le silence du législateur, l'article 36 C.cr. nous

³¹ *R. c. Pena*, [1997] B.C.J. (Quicklaw) n^o 1435, par. 11 (S.C.).

³² (1971) 4 W.W.R. 304 (C.A. C.-B.).

³³ *R. c. Pena*, précité note 31, par. 7.

³⁴ *Ibid.*

³⁵ Voir sur ce point *Ogg-Moss c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 173.

³⁶ *Nixon c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 197.

³⁷ Protection de la jeunesse – 633, [1993] R.J.Q. 1972 (C.Q.).

fournit quelques indices sur les causes de provocation. En effet, selon cette disposition, la provocation comprend celle faite par des coups, des paroles ou des gestes. L'énumération n'étant pas exhaustive, la provocation peut provenir d'une autre source. Quant à la définition de ce concept, celle-ci a fait l'objet de plusieurs décisions judiciaires.³⁸ D'après le juge Morden de la Cour d'appel de l'Ontario dans l'arrêt *R. c. Nelson* :

³⁸ Pour une analyse exhaustive sur ce point voir *R. c. Brennan*, précité note 16, par. 60 :

As a result, I conclude that to constitute provocation by “words or gestures”, for the purpose of subsection 34(1) of the Criminal Code, requires a degree of provocation that must be of a much more extreme nature than that which would be sufficient for section 232 of the Code to be applied. Such a restrictive interpretation properly reflects the different nature of the two contexts. In section 232, provocation constitutes a defence. In subsection 34(1), it serves to take away a defence. Therefore, what constitutes provocation in the context of section 232 of the Code will not necessarily constitute provocation in the context of subsection 34(1) of the Code. Anything less would too easily deny access to a fundamental defence which has existed as long as our system of law has. For the purpose of subsection 34(1) of the Code, I would adopt the definition contained in section 232 of the Code but with the following formulation:

1. the alleged provocation must cause the person allegedly provoked to react instantaneously. Any delay which might be caused by thinking about the words or gestures used or for the purpose of seeking out the accused for instance, will result in a finding that the accused did not provoke the assault;

2. the person allegedly provoked must act in a manner which is proportionate to the words or gestures uttered or made by the accused. If the assault committed upon the accused is disproportionate, then the accused's words or gestures will be deemed not to have constituted provocation and the accused will be able to plead subsection 34(1) of the Code as a defence; and

3. in deciding whether or not an accused person provoked an assault upon him or herself the court must apply an objective and subjective test. The assailant must have been provoked and the accused must have intended, by the words or gestures used, to provoke his or her assailant into an act of violence. In addition, the court must determine what our society would view as an appropriate response to the words or gestures uttered. The Court must conclude that the alleged provocation was of such a nature that a violent response to it would be seen by Canadian society as appropriate. It must at the very least be a reaction which can fairly be described as “rash conduct, conduct which the ethically well-disposed agent will subsequently regret but for which sympathy, even on occasion empathy, may be attracted.”

I shall deal with this further but, for now, suggest that provocation means conduct by the accused that is intended by him or her to provoke an assault on the accused. The following passage in Smith and Hogan's *Criminal Law*, 6th ed. (1988), at p. 244, states what I think are the applicable principles: In *Browne* [[1973] N.I. 96 at p. 107 (C.C.A.), discussed 24 N.I.L.Q. 527] Lowry LCJ said, with regard to self-defence:

“The need to act must not have been created by conduct of the accused in the immediate context of the incident which was likely or intended to give rise to that need.”

Self-defence is clearly not available where D deliberately provoked the attack with the intention of killing, purportedly in self-defence. Where D's act was merely “likely” to give rise to the need, the proposition, with respect, is more questionable. If D did not foresee that his actions would lead to an attack on him, it is submitted that he should not be deprived of his usual right of self-defence. Even if he did foresee the attack, he may still be entitled to act in self-defence if he did not intend it. D intervenes to stop P from ill-treating P's wife. He knows that P may react violently. P makes a deadly attack on D. Surely D's right of self-defence is unimpaired.³⁹

Bien que cette décision – et incidemment la plupart des décisions sur la question⁴⁰ – limite la provocation à la conduite de l'individu qui est accompagnée d'une intention de provoquer sur lui-même une attaque, nous croyons qu'il est erroné d'écarter complètement la notion d'insouciance. En effet, l'insouciance présuppose la connaissance de la vraisemblance des conséquences prohibées. Or, la provocation est définie en fonction d'une conséquence particulière: la riposte. Donc, la

Since our society will rarely, if ever, see violence as a reasonable response to words or utterances, then it will be a rare case indeed that an accused will lose the protection of subsection 34(1) of the Criminal Code as a result of something that he or she said. I fully realize that my formulation could be seen to be one that would effectively make the application of the concept of provocation, for the purposes of subsection 34(1) of the Code, a redundant one.

In this case, Mr. Brennan did not commit any act which provoked the assault that was committed upon him by Mr. Pollard. All he did was politely ask Mr. Pollard if he would behave in such a rude manner at home. Even if this had been said with a raised voice or the pointing of a finger, this would not constitute provocation for the purposes of subsection 34(1) of the Criminal Code.

³⁹ *R. c. Nelson*, précité note 21, 457 et 458.

⁴⁰ Voir par exemple *R. c. Pintar*, (1996) 110 C.C.C. (3d) 402, 419 et 420 (C.A. Ont.) :

I do not intend to dwell on the specific instructions concerning provocation

provocation comprend à notre avis autant le comportement intentionnel que la conduite insouciantement menant à ce résultat.

Malgré son bien fondé, cette position ne reflète pas la jurisprudence dominante au Canada. En effet, la plupart des tribunaux exige que la provocation de l'accusé ait été faite avec l'intention d'inciter sur lui-même l'attaque à l'origine de l'action « défensive »⁴¹. C'est dans cette perspective qu'il faut envisager les propos du juge Lamoureux dans l'affaire *R. c. Mann*:

The self-defence provisions of s. 34(1) were not applicable where the accused provoked an assault, and provocation was not confined to mere words or gestures but could include any conduct by the accused intended to provoke an assault upon himself. In order for the Crown to establish provocation, it must therefore prove beyond a reasonable doubt that the accused had engaged in provocative conduct, which the accused intended would provoke an assault upon himself.⁴²

Une simple insulte (propos rudes ou injurieux) n'entraîne donc pas automatiquement le rejet de la défense⁴³. Ce sera au juge des faits à déterminer si les paroles ou les gestes de l'accusé étaient suffisamment

since in my view, nothing much turns on them. However, as I read the trial judge's instructions on this issue, it would appear that he essentially told the jury that the appellant's show of force with the gun could, of itself, amount to an act of provocation if it served to intimidate Ross and Gill into attacking him. If I am correct in this interpretation, then the trial judge misdirected the jury. The issue was not only whether Gill or Ross perceived the appellant's show of force to be an act of provocation, but also whether the appellant intended it to be so. (*R. v. Nelson* (1992), 71 C.C.C. (3d) 449 (Ont. C.A.) at pp. 457-8.)

⁴¹*R. c. Nelson*, précité note 21, 460 :

Further, in finding that there was provocation of the relevant kind, the jury would have had to find that the appellant, in turning up the stereo, intended to provoke the deceased into assaulting him.

⁴²*R. c. Mann*, (2000) 47 W.C.B. (2d) 471 (Alta. Prov. Ct.).

⁴³*R. c. I.P.C.*, [2003] A.J. (Quicklaw) n° 97, par. 34 (Ct. of J.) :

Anderson testifies the accused was fighting outside his residence and yelling, causing a disturbance. However, these actions, irritating as they may be, cannot be interpreted as conduct by I.P.C. intended to provoke Anderson to assault the accused. When Anderson confronted I.P.C., the accused was sitting. He refused to leave as Anderson had demanded and responded rudely to Anderson. Anderson did not specify what I.P.C. said other than to say he didn't appreciate what the accused was saying. I.P.C. said he was crying and swearing. He said he responded to Anderson by saying to leave him alone and swearing. The language he used was rude and irritating but not a challenge or incitement to fight. Accordingly, the Crown has not proven beyond a reasonable doubt that the accused intended to provoke Anderson to grab him.

attentatoires pour entraîner sa disqualification aux fins de l'article 34(1)⁴⁴. Sur ce point, nous suggérons un critère à la fois objectif et subjectif. Objectif, tout d'abord, puisqu'il doit s'agir d'une insulte qui est de nature à exciter les passions et à susciter une attaque de la part d'une « personne ordinaire ». Subjectif, enfin, parce que la « personne ordinaire » doit être du même âge et du même sexe que [l'agresseur] et ayant en commun avec lui d'autres facteurs donnant à l'action ou à l'insulte en cause une importance particulière. Exiger un critère plus strict pourrait entraîner une diminution excessive de la portée de l'article 34(1) en écartant indûment des individus qui ont véritablement agi en légitime défense⁴⁵.

De ce qui précède, on peut conclure que la condition relative à l'absence de provocation de la part de celui qui invoque l'article 34(1) est une application particulière de la règle générale voulant que l'accusé ne doit pas avoir été l'artisan de son propre malheur.

C. La force nécessaire pour repousser l'attaque

La troisième condition énoncée à l'article 34(1) n'est pas liée à l'*existence* du droit de se défendre mais à sa *juste mesure* (ce que les anciens qualifiaient justement d'ailleurs de *moderamen inculpatæ tutelæ*). Il faut, en effet, se garder de considérer le droit de se défendre comme un droit absolu et sans limites, car l'article 34(1) prévoit une certaine proportionnalité entre la force utilisée et la gravité de l'attaque en question⁴⁶. Cette proportionnalité impose à l'individu une obligation de réserve qui s'exprime à travers l'utilisation de la force «nécessaire» pour repousser l'attaque⁴⁷. S'interrogeant sur les limites de la légitime

⁴⁴ Pour un exemple d'actions insuffisantes, voir *R. c. Carson*, [1999] S.J. (Quicklaw) no 412, par. 38 (Prov. Ct.).

⁴⁵ *R. c. Nelson*, précité note 21, 457:

I am prepared, for present purposes, to assume that the earlier provision confined the meaning of provocation to blows, words or gestures. The wording of the present provision is different. It seems reasonably clear to me that by using the word «includes» Parliament must be taken to have intended not to confine provocation to blows, words or gestures. [...]

I [...] suggest that provocation means conduct by the accused that is intended by him or her to provoke an assault on the accused.

Voir également *R. c. Louison*, [1979] 1 R.C.S. 100.

⁴⁶ *R. c. Martin*, (1985) 47 C.R. (3d) 342 (C.A. Qué.).

⁴⁷ *R. c. Bélanger*, [2003] J.Q. (Quicklaw) n^o 18473, par. 15 et 16 (C.A.) :

Quant à savoir si un coup de poing est appliqué avec une force excessive, il faut se rappeler que, dans des circonstances comme celles qui existaient en l'espèce, on ne peut s'attendre à ce qu'une personne mesure à la

défense prévue à l'article 34(1), le juge Lamoureux de la Cour provinciale de l'Alberta souligne le degré de proportionnalité nécessaire afin de bénéficier de l'exemption de responsabilité :

The accused's actions were committed in anger but were nevertheless a proportionate and reasonable use of force in the face of potentially deadly action by the complainant, as well as being inextricably linked to the previous assault by the complainant. Section 34(1) was therefore applicable to the accused's actions with the pipe.⁴⁸

En utilisant une force excessive, abusive ou disproportionnée, l'accusé se disqualifie aux fins de l'article 34(1)⁴⁹. D'une réaction purement défensive, sa riposte devient strictement offensive. Bien que la notion de proportionnalité soit étroitement liée à l'article 34(1), le contexte entourant l'utilisation de la légitime défense commande une analyse plutôt souple de la force employée pour se défendre. En effet, une personne agressée ne peut mesurer avec exactitude le degré de force nécessaire afin de repousser l'attaque⁵⁰. De là, la nécessité d'une approche à la fois réaliste et tolérante du degré de force utilisé :

There should be a tolerant approach to the objective measurement of proportionate force in cases of self-defence, as an accused defending himself was not expected and could not weigh to a nicety that precise measure of necessary defensive action. A trial judge should not «reason backward» by examining the extent of the injuries the victim suffered in determining whether more force was used than necessary, instead

perfection l'étendue de la force utilisée; (*R. c. Gilbert*, [1997] A.Q. no. 2349 (C.A. QC), Beauregard, Tourigny et Biron; *R. c. Dubé*, [1990] A.Q. no. 2217 (C.A. QC), Rothman, Baudouin et Dussault; *R. c. Baxter* (1975), 27 C.C.C. (2d) 96 (C.A. ONT). Le premier juge s'est bien dirigé à cet égard;

La question de savoir si une force est ou n'est pas nécessaire pour repousser une attaque n'est pas strictement une question de fait, mais une question mixte de fait et de droit;

⁴⁸ *R. c. Mann*, précité note 42, par. 21.

⁴⁹ *R. c. Jimenez*, [1999] O.J. (Quicklaw) n° 1847 (Ct. of J.); *R. c. Doherty*, [1999] A.N.-B. (Quicklaw) n° 475 (B.R.); *R. c. Minion*, [1998] B.C.J. (Quicklaw) n° 1201 (C.A.).

⁵⁰ *R. c. D'Amore*, précité note 13, par. 72 :

In assessing whether reasonable force was used to defence oneself, the resultant injuries are not determinative. The nature of the force applied by the accused and the circumstances of its administration must also be considered: (*Ewaschuk*, para. 21:5160; *R v. Matson* (1970), 1 C.C.C. (2d) 374 (B.C.C.A.)). As well, in repelling an unlawful assault, an accused is not required to measure the force used in the necessitous circumstances to a nicety, because the frenzy of the occasion may not allow for detached reflection: (*Ewaschuk*, para. 21:5180; *R v. Deegan* (1979), 49 C.C.C. (2d) 417; *R v. Antley* (*supra*); *R v. Kandola* (*supra*)).

looking at the nature of the blow struck and the circumstances in which it was struck.⁵¹

Comme l'indique cet extrait emprunté à l'arrêt *Chase*, les conséquences qui résultent de l'action défensive (blessures subies) ne sont généralement pas déterminantes⁵² au stade de l'évaluation de la proportionnalité de la force employée⁵³. Cette évaluation, précisée les tribunaux, doit tenir compte du degré de force utilisé et des circonstances entourant son application : le sexe de l'accusé (et incidemment de la victime), son âge⁵⁴, sa taille, son poids (p. ex.,

⁵¹ *R. c. Chase*, (1997) 34 W.C.B. (2d) 363; *R. c. Biron*, [1995] A.Q. (Quicklaw) n^o 754 (C.A.); *R. c. Sundstrom*, [1998] B.C.J. (Quicklaw) n^o 741, par. 98 (S.C.):

I am not persuaded beyond a reasonable doubt that Sundstrom's punch was in excess of what is reasonably necessary. In saying so, I bear in mind the law enunciated by the Privy Council in *Palmer v. The Queen* (1971), 55 C.R. App. R 223 at 832, where it was held that a person, in acting in self-defence, is not required to weigh to a nicety the exact measure of his or her necessary defensive action.

⁵² Sans être déterminantes, les conséquences d'une action défensive peuvent constituer un indice important au moment d'évaluer le degré de force utilisé. Voir sur ce point *R. c. Desjourdy*, [2001] J.Q. (Quicklaw) n^o 2281, par. 46 (C.Q.) :

La gravité des blessures subies par la plaignante n'est pas l'indice exclusif de l'excès de force commis par le défendeur. Mais, comme les photographies produites au procès le démontrent, l'ampleur des ecchymoses, leur emplacement sur son corps et les séquelles à la joue droite qui subsistent encore et que le Tribunal a constatées, constituent des éléments de preuve additionnels qui démontrent avec les autres, l'excès de force utilisé par le défendeur.

⁵³ *R. c. Gabriel*, [2001] J.Q. (Quicklaw) n^o 2921, par 10 à 11 (C.Q.) :

Afin de déterminer si l'accusée a bien utilisé la force nécessaire ou si elle l'a excédée, il ne convient pas de s'attarder aux conséquences qu'a eu l'utilisation de la force en légitime défense mais plutôt au degré de force qui a été employé. C'est précisément ce qu'a décidé la Cour d'appel de la Colombie-Britannique dans l'affaire *Kandola*.

La Cour d'appel du Québec a décidé de même dans l'affaire *Gilbert* en soulignant que le juge de première instance avait erré en droit en considérant les blessures subies dans le but d'en tirer des conséquences juridiques quant à la détermination de la force employée. L'appréciation du caractère raisonnable ou non de la force employée ne dépendra donc pas du résultat de l'acte de légitime défense mais plutôt de l'intention de l'agent.

⁵⁴ *R. c. I.P.C.*, précité note 43, par. 36 :

Was the force used by the accused no more than necessary to defend himself? Anderson is a 28 year old mature adult and the accused was a 15 year old teenager at the time. During cross examination, Anderson said he was not afraid of I.P.C. who was more slightly built than Anderson. I.P.C. made one swing and then fled. The Crown has not proved beyond a reasonable doubt that I.P.C. used more force than necessary to defend himself.

portier dans un bar pesant au dessus de 250 livres), ses aptitudes au combat (p. ex., expert en arts martiaux), le nombre d'agresseurs, le type d'arme utilisée et le moment de l'agression constituent des facteurs à tenir compte au moment d'évaluer le caractère nécessaire de la force utilisée.

En droit, le test applicable pour savoir si la force employée était nécessaire repose sur un critère à la fois subjectif et objectif⁵⁵. 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 raisonnables⁵⁶. Le critère de la force nécessaire est donc un concept objectif auquel est greffée la perception subjective

⁵⁵ *R. c. Gabriel*, précité note 53, par 13 à 16 :

Une lecture littérale du paragraphe 34(1) C.cr. peut sembler indiquer que le test applicable à la détermination du degré de force nécessaire est essentiellement un test objectif. Toutefois, la jurisprudence précise que l'analyse appropriée consiste à se demander si la croyance de l'accusé qu'il employait la force nécessaire pour repousser l'attaque était subjectivement honnête et objectivement raisonnable. Dans l'affaire *Couture*, par exemple, la Cour d'appel a souligné que la riposte par la personne attaquée sans provocation ne peut excéder ce que cette personne peut raisonnablement croire être nécessaire dans les circonstances pour se protéger.

Une croyance erronée du danger auquel la personne fait face et, par conséquent, de la force nécessaire à appliquer pour repousser l'attaque, ne fera pas automatiquement perdre à l'accusé le bénéfice du paragraphe 34(1) C.cr. dans la mesure où cette croyance est honnête et basée sur des motifs raisonnables.

Par ailleurs, les Cours ont répété, à de nombreuses reprises, qu'on ne peut s'attendre à ce que l'accusé, dans une situation où il se voit attaqué, ait mesuré avec précision le degré de force nécessaire pour se défendre. La Cour suprême a également statué dans le même sens dans l'affaire *Hébert*.

Dans le cadre de l'évaluation objective de la force nécessaire, il conviendrait donc d'adopter une approche plutôt tolérante. Rappelons que le critère de la "force nécessaire" est un concept objectif auquel doit être greffée la perception subjective d'une personne raisonnable qui évalue la force nécessaire qui doit être appliquée.

⁵⁶ *R. c. D'Amore*, précité note 13, par. 69 :

Furthermore in this regard, although a literal reading of s. 34(1) would indicate that the test whether the force used was necessary was an objective test, the proper test is whether the accused's belief was subjectively honest and objectively reasonable. As well, as stated previously, mistaken belief is permitted as long as it is based on reasonable grounds and is honestly held: (*Ewaschuk*, para 21:5190; *R v. Baxter* (1975), 27 C.C.C. (2d) 96 (Ont. C.A.); *R v. Deseveux* (1986), 26 C.C.C. (3d) 88 (Ont. C.A.); and *R v. Proulx* (1998), 127 C.C.C. (3d) 511 (B.C.C.A.).

de l'inculpé. Discutant de la responsabilité d'une personne accusée de voies de fait avec lésions corporelles, la Cour du Québec, dans l'arrêt *R. c. Gaudreault*, confirme l'utilisation d'un critère à la fois subjectif et objectif :

Afin de déterminer si l'accusée a bien utilisé la force nécessaire ou si elle l'a excédée, précise le Tribunal, il ne convient pas de s'attarder aux conséquences qu'a eu l'utilisation de la force en légitime défense mais plutôt au degré de force qui a été employé. Il réfère à un classique en la matière, le dossier *Kandola*, et à l'arrêt de la Cour d'appel du Québec résumé au paragraphe 2. Pour la Cour du Québec, une lecture littérale du paragraphe 34(1) C.cr. peut sembler indiquer que le test applicable à la détermination du degré de force nécessaire est essentiellement un test objectif. Toutefois, la jurisprudence précise que l'analyse appropriée consiste à se demander si la croyance de l'accusé qu'il employait la force nécessaire pour repousser l'attaque était subjectivement honnête et objectivement raisonnable... Elle ajoute : "Une croyance erronée du danger auquel la personne fait face et, par conséquent, de la force nécessaire à appliquer pour repousser l'attaque, ne fera pas automatiquement perdre à l'accusé le bénéfice du paragraphe 34(1) C.cr. dans la mesure où cette croyance est honnête et basée sur des motifs raisonnables."⁵⁷

En somme, la croyance de l'accusé doit être subjectivement honnête et objectivement raisonnable⁵⁸.

D. L'absence d'intention de causer la mort ou des lésions corporelles graves

Aux termes de l'article 34(1) C.cr., la légitime défense n'est pas admise lorsque l'accusé a eu l'intention de causer la mort ou des lésions

⁵⁷ *R. c. Gaudreault*, [2003] J.Q. no 4177, par. 4 (C.Q.).

⁵⁸ *R. c. Prokop*, [2004] J.Q. (Quicklaw) no 487, par. 26 à 28 (C.Q.) :

La Cour d'appel du Québec précise également dans l'arrêt *Biron c. R.* que lorsqu'on repousse une attaque "on ne peut s'attendre que la personne qui a été attaquée mesure avec précision le degré de force nécessaire à la défense".

Reprenant ce même principe "that a person defending himself cannot weight to a nicety the exact measure of his necessary defensive action", la Cour d'appel de Colombie-Britannique dans l'arrêt *R. c. Kandola* propose une approche tolérante dans l'évaluation objective de la force employée dans les cas de légitime défense.

D'ailleurs le test applicable pour savoir si la force employée était nécessaire est un test à la fois subjectif, la croyance de l'accusé doit être subjectivement honnête, et objectif, cette croyance doit être objectivement raisonnable.

⁵⁹ *R. c. Gabriel*, précité note 53, par 12:

Afin de bénéficier du moyen de défense prévu par le paragraphe 34(1), l'accusé doit donc démontrer que, bien que son acte de défense ait eu pour

corporelles graves⁵⁹. Cette condition, une fois comprise, n'empêche pas toutefois l'utilisation de l'article 34(1) dans les cas où ce résultat survient de manière accidentelle⁶⁰. On a qu'à penser à l'agresseur au crâne fragile ou à celui qui se fracasse la tête sur une table à la suite d'une chute provoquée par un coup de poing de l'accusé⁶¹. En pareilles circonstances, l'individu n'a pas l'intention de causer la mort de la victime ni de lui infliger des lésions corporelles graves mais simplement de repousser l'attaque de façon à assurer sa propre sécurité. La riposte étant raisonnable et dénuée d'intention homicide, l'individu pourra invoquer l'article 34(1) C.cr.

La portée et les conditions d'ouverture de l'article 34(2) du Code criminel

Aux termes de l'article 34(2) du Code criminel:

conséquence de causer la mort ou des lésions corporelles graves, il n'avait pas l'intention de causer la mort ou de telles lésions. Si, toutefois, le juge des faits considère qu'il en avait l'intention ou encore si la force utilisée était supérieure à celle qui aurait été nécessaire pour lui permettre de se défendre, l'accusé perdra la protection du paragraphe 34(1)

⁶⁰ *R. c. Martin*, (1985) 47 C.R. (3d) 342, 349 (C.A. Qué.): This does not mean, of course, that the provisions of s. 34 (1) are automatically excluded where death has resulted. Obviously there are cases where death or bodily harm are not intended by a person defending himself and where death does occur; *Bélanger c. La Reine*, J.E. 83-166 (C.A.).

⁶¹ *R. c. Doherty*, (2000) 146 C.C.C. (3d) 336, 338 et 345 (C.A. N.-B.):

In the early hours of May 29, 1999, the appellant, Rayne Joseph Doherty, engaged in a brief altercation with a patron that he had, moments before, expelled from the strip club where he worked as a bouncer. After warding off a blow, Mr. Doherty delivered an uppercut to the patron's jaw causing him to fall. He hit his head on the ground. After a momentary loss of consciousness, the patron got up and walked away from the scene.

[...] [a] few hours later, the patron, Malcolm Lloyd Gillan, was discovered dead at his residence. An autopsy revealed that he died as a result of a blunt force trauma to the head. The most plausible explanation for this unfortunate turn of events is that when Mr. Gillan's head hit the ground, his skull fractured and he suffered fatal intracranial hemorrhaging.

[...] The Crown was required to prove beyond a reasonable doubt that any one of the four conditions to the application of s. 34 (1) was not established. [...] In the present case, the evidence is reasonably open to the interpretation that Mr. Doherty was unlawfully assaulted by Mr. Gillan without having provoked the assault, that, as found by the trial judge, the force used by Mr. Doherty was not intended to cause death or grievous bodily harm and, finally, that the force used by Mr. Doherty was no more than was necessary to enable him to defend himself.

34. (1) [...]

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

- a) d'une part, il la cause parce qu'il a des motifs raisonnables pour appréhender que la mort ou quelque lésion corporelle grave ne résulte de la violence avec laquelle l'attaque a en premier lieu été faite, ou avec laquelle l'assaillant poursuit son dessein;
- b) d'autre part, il croit, pour des motifs raisonnables, qu'il ne peut pas autrement se soustraire à la mort ou à des lésions corporelles graves.

Contrairement au paragraphe 1 de l'article 34, qui exclut catégoriquement toute forme d'intention de causer la mort ou des lésions corporelles graves, le paragraphe (2) ne contient aucune limitation à ce sujet⁶². Il est donc possible pour l'accusé de soulever la légitime défense malgré son intention de causer la mort ou des lésions corporelles graves⁶³. Ce facteur, une fois combiné à l'élargissement

⁶² *R. c. Trombley*, [1999] 1 R.C.S. 757; *R. c. Charlebois*, [2000] 2 R.C.S. 674, 681: Même si le juge du procès a mentionné au jury les par. 34(1) et (2), les circonstances en l'espèce sont visées par le par. (2) étant donné que l'appelant a manifestement fait usage de violence avec l'intention de causer la mort ou des lésions corporelles graves.

⁶³ *R. c. Pawliuk*, (2001) 40 C.R. (4th) 145, (2001) 151 C.C.C. (3d) 155, 183 (C.A. C.-B.) :

The result of the Pintar case is that if the accused reasonably apprehends that he is under threat of death or grievous bodily harm he may defend himself using as much force as he reasonably believes is required to preserve himself from death or grievous bodily harm which may or may not include an intention by the accused to cause death or grievous bodily harm. If the accused does not reasonably believe that he is under threat of death or grievous bodily harm he may rely on s. 34(1), but only if he did not intend to cause death or grievous bodily harm. If, in response to the attack upon him, the accused intends to cause death or grievous bodily harm he is limited to s. 34(2) and thus he must in turn be under a reasonable apprehension of death or grievous bodily harm from his attacker before it can be said his response is justified.

R. c. Pintar, précité note 40, 433-434 :

As a matter of policy, I am unable to fathom why accused persons charged with murder, who otherwise meet the criteria of s. 34(2), should be precluded from relying upon the provision simply because they did not intend to kill or cause grievous bodily harm. If anything, these accused are potentially less morally blameworthy than those who intentionally kill or cause grievous bodily harm. I fail to see why s. 34(2) should be interpreted in a manner which puts a premium on a higher degree of moral blameworthiness. My concern is particularly heightened in light of [*R. v. McIntosh* [[1995] 1 S.C.R. 686, 95 C.C.C. (3d) 481] which establishes that unlike s. 34(1), s. 34(2) applies regardless of whether an accused provokes the initial unlawful assault. If s. 34(2) contains, as a fourth constituent element, the intent to kill or cause grievous bodily harm in murder cases, this would mean that accused

considérable du champ d'application du paragraphe (2) suite à l'arrêt *McIntosh*⁶⁴, explique la place de plus en plus importante qu'occupe cette disposition en droit pénal.

La portée de l'article 34(2) du Code criminel

L'ouverture de l'article 34(2) à l'agresseur initial est une question difficile sur laquelle s'est penchée la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *R. c. McIntosh*⁶⁵. Préférant l'analyse littérale⁶⁶ à la méthode contextuelle⁶⁷, la majorité opta pour l'interprétation la plus favorable à l'accusé, permettant ainsi à l'agresseur initial qui a causé la mort ou une lésion corporelle grave en repoussant l'attaque d'invoquer l'article 34(2):

Le plus important en l'espèce est que le par. 34(2) s'applique à première vue aux agresseurs initiaux et peut donc donner lieu à une telle interprétation. Cette interprétation favorise davantage les accusés que celle préconisée par le ministère public. En outre, elle est compatible avec le libellé clair du par. 34(2) et offre une certitude aux citoyens. [...] Puisque les citoyens sont régis par le *Code criminel* et par l'interprétation que les tribunaux donnent à ses dispositions, je suis d'avis que le par. 34(2) doit être interprété selon le sens ordinaire de ses termes. Un accusé peut

persons who provoke an assault then intentionally kill their assailant are in a better position than those who provoke an assault and kill unintentionally. I see no reason why effect should be given to such an anomalous and inequitable result.

⁶⁴ [1995] 1 R.C.S 686.

⁶⁵ *Ibid.*

⁶⁶ *Ibid.*, 697:

Pour résoudre la question d'interprétation soulevée par le ministère public, je pars de la proposition qu'il faut donner plein effet à une disposition législative qui, à sa lecture, ne présente pas d'ambiguïté. C'est une autre façon de faire valoir ce que l'on a parfois appelé la «règle d'or» de l'interprétation littérale; une loi doit être interprétée d'une façon compatible avec le sens ordinaire des termes qui la compose. Si le libellé de la loi est clair et n'appelle qu'un seul sens, il n'y a pas lieu de procéder à un exercice d'interprétation [...].

⁶⁷ *Ibid.*, 697 et 698:

Le ministère public a demandé à notre Cour de considérer que le par. 34(2) incluait l'expression «sans provocation de sa part». À son avis, en examinant la légitime défense en common law, l'historique législatif, les dispositions connexes du *Code criminel*, les notes marginales et l'ordre public, on se rend bien compte que le législateur ne peut avoir eu l'intention de permettre à un agresseur initial de se prévaloir du par. 34(2). Le fait que le législateur a omis d'inclure dans le par. 34(2) l'expression «sans provocation de sa part» serait un oubli, et le ministère public demande à notre Cour d'y remédier.

donc invoquer l'application de cette disposition s'il est l'agresseur initial qui a provoqué l'attaque contre laquelle il dit s'être défendu.⁶⁸

En omettant – intentionnellement ou par mégarde – d'inscrire explicitement la mention «sans provocation de sa part», le législateur permet à l'agresseur initial, qui a causé intentionnellement la mort ou des lésions corporelles graves, d'invoquer l'article 34(2). À l'ombre de ces nouvelles conditions apparaît donc un véritable bouleversement des structures qui supportent la légitime défense au Canada. C'est ce nouveau régime, et quelques-unes de ses principales figures, qu'il faut maintenant envisager.

Les conditions d'ouverture de l'article 34(2) C.cr.

A. Une attaque illégale

La première condition prévue à l'article 34(2) est l'existence d'une attaque illégale. Comme le rappelle le juge en chef Lamer dans l'arrêt *Pétel*⁶⁹, «l'existence d'une véritable attaque n'est pas une condition préalable pour invoquer la légitime défense prévue au par. 34(2) »⁷⁰. C'est la perception de l'accusé, conjuguée au caractère raisonnable de sa croyance, qui compte. La question n'est donc pas de savoir si l'accusé a bel et bien été attaqué, mais plutôt si celui-ci a raisonnablement cru, compte tenu des circonstances entourant la commission du crime, à la présence d'une attaque illégale. À l'image des deux autres conditions énoncées à l'article 34(2), l'exigence relative à l'existence d'une attaque illégale repose sur une évaluation à la fois subjective et objective de la perception de l'accusé. Subjective, tout d'abord, puisque l'on doit s'interroger sur l'état d'esprit de l'accusé au moment du crime, sur sa vision des faits. Objective ensuite, parce que cette perception est pertinente uniquement dans les cas où elle est raisonnable. Résultat: l'accusé qui croit sincèrement pour des motifs raisonnables qu'il a fait face à une attaque illégale aura rempli la première condition prévue à l'article 34(2). Enfin, mentionnons que le caractère raisonnable de la croyance de l'accusé ne doit pas être déterminé dans le vide, mais selon les circonstances et les caractéristiques personnelles de l'accusé.

Si l'homicide découlant d'une « erreur honnête mais raisonnable relativement à l'existence d'une attaque [illégale] peut être excusé.»⁷¹,

⁶⁸ *Ibid.*, 706 et 707.

⁶⁹ R. c. *Pétel*, précité note 19.

⁷⁰ Tel que résumé par les juges McLachlin et Bastarache dans l'arrêt R. c. *Cinous*, précité note 20, 57.

⁷¹ R. c. *Pétel*, précité note 19, 13.

qu'en est-il du meurtre d'un policier. Sur ce point, le juge Brunton, dans l'arrêt *R. c. Boucher*, est catégorique: la légitime défense s'applique indépendamment de l'identité de la victime. Le meurtre d'un policier n'empêche pas l'accusé d'invoquer ce moyen de défense. Quant à la légalité de l'action policière, elle suppose un examen exhaustif des pouvoirs du policier à la lumière des circonstances propres à l'espèce. Résumant les faits ayant mené au décès de l'agent L'écuyer, le juge Brunton reconnaît la vraisemblance du premier critère prévu à l'article 34 (2) :

Est-ce que la preuve est vraisemblable que l'accusé était victime d'une attaque illégale avant de riposter? La preuve que je retiens démontre qu'au moment de l'immobilisation des véhicules, monsieur L'Écuyer avait des motifs raisonnables et probables d'arrêter l'accusé sans mandat pour l'offense criminelle de conduite dangereuse (249 C.cr.) et de fuite (249.1 C.cr.). Il ne connaissait pas l'accusé, il ne savait pas qu'il était armé et ne savait pas que l'accusé était en route pour commettre un vol qualifié. Il a tiré deux coups de feu en direction de l'accusé, lui effleurant le doigt lors du deuxième. Les coups de feu ont été tirés alors que l'accusé tentait de fuir en traversant la voie rapide, direction est, de l'autoroute 40 vers 10 h 15-10 h 30 vendredi, le 28 février. Il y avait une circulation normale pour ce moment de la journée sur l'autoroute 40. Lors de la poursuite en automobile, la position des véhicules avait été signalée à maintes reprises et on pouvait s'attendre à l'arrivée de renfort.

Un agent de la paix est justifié d'utiliser la force contre une personne à arrêter qui est susceptible de causer la mort de celle-ci ou des lésions corporelles graves s'il remplit les conditions du paragraphe 25(4) C.cr. :

(4) [Usage de la force en cas de fuite] L'agent de la paix, ainsi que toute personne qui l'aide légalement, est fondé à employer contre une personne à arrêter une force qui est soit susceptible de causer la mort de celle-ci ou des lésions corporelles graves, soit employée dans l'intention de les causer, si les conditions suivantes sont réunies :

- a) il procède légalement à l'arrestation avec ou sans mandat;
- b) il s'agit d'une infraction pour laquelle cette personne peut être arrêtée sans mandat;
- c) cette personne s'enfuit afin d'éviter l'arrestation;
- d) lui-même ou la personne qui emploie la force estiment, pour des motifs raisonnables, cette force nécessaire pour leur propre protection ou celle de toute autre personne contre la mort ou des lésions corporelles graves - imminentes ou futures;
- e) la fuite ne peut être empêchée par des moyens raisonnables d'une façon moins violente.

Si l'agent de la paix ne rencontre pas les conditions, ses actions seront non justifiées et donc illégales.

Après une analyse de la preuve, j'en suis venu à la conclusion que l'accusé avait rempli le critère de la vraisemblance sur le premier élément constitutif de la défense et cela, objectivement et subjectivement. Le jury, s'il adopte les faits tels que je les ai décrits, pourrait décider que les actions de monsieur L'Écuyer n'étaient pas justifiées.⁷²

Si l'agresseur initial à l'origine de l'attaque illégale contre laquelle il prétend se défendre peut invoquer l'article 34(2), qu'en est-il de l'individu dont la conduite entraîne chez la victime un acte de légitime défense? Peut-il invoquer la protection offerte par cette disposition? Nous ne le croyons pas. Cette réponse, lourde de conséquences, repose principalement sur les deux considérations suivantes.

Aux termes de l'article 34(2) du *Code criminel* la légitime défense est subordonnée à la présence d'une *attaque illégale*. Or, la victime qui emploie la force afin de se défendre contre une attaque ou une agression n'agit pas illégalement mais en légitime défense. Donc, l'agresseur initial qui force la victime à se défendre contre une attaque ou une agression n'est pas *attaqué illégalement*. Le texte étant clair, un accusé ne peut, à notre avis, invoquer l'application de cette disposition s'il est l'agresseur initial qui est à l'origine de l'attaque tout à fait légale contre laquelle il dit s'être défendu par la suite. « Puisque les citoyens sont régis par le Code criminel et par l'interprétation que les tribunaux donnent à ses dispositions », nous sommes d'avis que le par. 34(2), et plus particulièrement l'expression « attaque illégale », doit être interprété selon le sens ordinaire de ses termes. La signification de cette expression étant consacrée je ne vois pas comment on pourrait conclure que cette exigence est, à première vue, ambiguë à quelque point de vue.

Malgré le bien-fondé de cette position, celle-ci n'est pas à l'abri d'un contre-argument, car si la présence d'une *attaque illégale* est un facteur pertinent en soi, son *absence* n'est pas fatale à l'accusé. En effet, d'après la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *R. c. Pétel*, « l'existence d'une véritable attaque n'est pas une condition préalable pour invoquer la légitime défense prévue au par. 34(2) »⁷³. La question que doit se poser le jury n'est pas si « l'accusé a été illégalement attaqué », mais plutôt si « l'accusé a raisonnablement cru, dans les circonstances qu'on l'attaquait illégalement. »⁷⁴ Bien que la perception subjective de l'accusé soit essentielle aux fins de la détermination de ce

⁷² *R. c. Boucher*, [2003] J.Q. (Quicklaw) n^o 15315, par. 55 à 58 (C.S.).

⁷³ *R. c. Pétel*, précité, note 19, 13.

⁷⁴ *Ibid.*

moyen de défense, celle-ci doit être raisonnable dans les circonstances. Or l'individu qui confronte une personne avec une arme à feu peut-il *raisonnablement* croire qu'il est attaqué illégalement? Nous ne le croyons pas. S'il a vraiment cru à la présence d'une attaque illégale, sa perception n'était pas raisonnable dans les circonstances.

Pour comprendre cette nouvelle position, prenons les deux exemples suivants :

1) **A** et **B** se trouvent dans un débit de boisson. **A** traite **B** de « sale frog ». **B** réagit à l'insulte raciale et se précipite sur **A** avec un couteau. **A** sort une arme et décharge son revolver sur **B** afin d'échapper à une mort certaine. Dans cette hypothèse, **A** est l'agresseur initial et **B** a attaqué **A** illégalement (il n'était pas en légitime défense). Donc **A** peut soulever la défense prévue à l'article 34(2) du *Code criminel*.

2) **A** se rend à un restaurant avec l'intention de cambrioler l'établissement. Une fois à l'intérieur, il sort une arme et confronte **B** (le gérant du restaurant). **B** refuse de donner le contenu de la caisse et se précipite sur **A** pour le désarmer. Dans l'altercation, **B** fait tomber **A** en bas des escaliers et saute à pieds joints sur ce dernier. **A**, pour se défendre, décharge son arme en direction de **B**. **B** décède quelques heures plus tard. Dans cette hypothèse, **A** est l'agresseur initial, **B** agit en légitime défense et **A** n'est pas illégalement attaqué (ou ne peut croire raisonnablement qu'il est attaqué illégalement car sa perception n'est pas fondée sur des motifs raisonnables). Conséquence: **A** ne peut se prévaloir de la protection offerte à l'article 34 (2)C.cr., car la première condition d'ouverture (la présence d'une attaque illégale) n'est pas remplie.

B. L'appréhension raisonnable d'un danger de mort ou de lésions corporelles graves

Aux termes de l'article 34(2)(a), un accusé, qui cause la mort ou des lésions corporelles graves en repoussant l'attaque, est justifié s'«il a des motifs raisonnables d'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». Comme l'indique la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *R. c. Lavallée*, l'imminence du danger allégué par l'accusé n'est pas un critère exigé en vertu de l'article 34(2), mais une présomption fondée sur le bon sens⁷⁵. Malgré l'absence d'indications à cet effet, l'imminence de l'attaque ou du danger peut jouer un rôle important dans la réception du moyen de défense. Nous nous expliquons.

⁷⁵ *R. c. Lavallée*, [1990] 1 R.C.S. 852, 876; voir également *R. c. Pétel*, précité, note 19, 13 et 14.

En droit pénal, la légitime défense est une variante de la nécessité. Comme elle, la légitime défense repose sur l'absence de caractère volontaire au point de vue moral ou normatif. Or, l'exigence que la situation soit urgente et le danger *imminent*, écrit la Cour suprême dans l'arrêt *Perka*⁷⁶, permet de vérifier s'il était vraiment inévitable que la personne agisse ainsi⁷⁷. Par conséquent, nous estimons – et cela en conformité avec la définition récente du danger *imminent* proposée dans l'arrêt *Ruzic*⁷⁸ –, qu'un lien temporel étroit entre les menaces de préjudice et leur mise à exécution serait préférable au moment de soulever la légitime défense. Des menaces voilées de préjudice futur non précisé ne seraient donc pas suffisantes, en général, pour déclencher l'application de l'article 34(2)⁷⁹.

⁷⁶ [1984] 2 R.C.S. 232.

⁷⁷ *Ibid.*, 251.

⁷⁸ [2001] 1 R.C.S. 687.

⁷⁹ *R. c. Currie*, (2002) 166 C.C.C. (3d) 190, 209 et 210 (C.A. Ont.) :

Based on this jurisprudence, the appellant submits that the trial judge erred by suggesting that the appellant was precluded from relying on self-defence because he did not expect to be attacked “before the day was out”. The appellant submits that the immediacy of the feared attack, or lack thereof, is irrelevant on this first element of the defence.

I disagree. While it is clear that imminence of attack is not a formal requirement to the claim of self-defence, the Supreme Court of Canada in *Cinous*, in reiterating the principles in *Lavallee* and *Petel*, confirmed that it is still a factor to be taken into consideration “in determining the reasonableness of the accused’s response” (para. 40). In my view, the determination of the reasonableness of the accused’s response involves a consideration of all three elements of the defence. On the first element, the relevance of immediacy is implicit in the question that must be asked, as set out at para. 107 in *Cinous*: “did the accused reasonably believe, in the circumstances, that [he] was being unlawfully assaulted? . . . [t]he question is whether there is evidence upon which a jury acting reasonably could conclude that the accused reasonably believed he was about to be attacked” [emphasis added].

Lamer C.J.C., in *Petel*, stated that the alleged rule that the apprehended danger be imminent is not a rule, but “a mere assumption based on common sense”. In my view, the common sense that underlies the s. 34(2) defence must be informed by both the wording of the section and its intended purpose. Section 34(2) speaks of “repelling the assault”. Common sense dictates that the accused’s response for which justification is sought under s. 34(2) must relate to something that is either happening or about to happen. The Supreme Court in *Cinous* aptly reminds us of the intended purpose of the s. 34(2) defence: Self-defence under s. 34(2) provides a justification for killing. A person who intentionally takes another human life is entitled to an acquittal if he can make out the elements of the defence. This defence is intended to cover situations of last resort. In order for the defence of self-

Formulée positivement, cette analyse peut être envisagée à l'intérieur d'un continuum chronologique au sein duquel se trouve la présence (1) d'un danger *immédiat* – c'est l'image du couteau levé ou du fusil braqué sur une personne⁸⁰ –, (2) d'un danger *imminent* – c'est le cas du mari violent qui menace sa femme de la tuer quand tous les invités seront partis⁸¹ –, et, enfin, (3) la présence d'une crainte *future, incertaine et éloignée* – «si tu me quittes un jour, tu vas le regretter»⁸². En résumé, l'agression n'a pas à être en cours ni immédiate pour satisfaire à l'appréhension raisonnable d'un danger de mort ou de lésions corporelles graves. Un lien temporel étroit entre les menaces et leur mise à exécution suffit généralement pour remplir la deuxième condition énoncée à l'article 34(2).

Sans être obligatoire, l'*imminence* du danger demeure donc un facteur important dans «l'appréciation raisonnable du risque et de la croyance raisonnable que la seule façon de s'en sortir est de tuer ou blesser l'agresseur»⁸³. Cela étant, comment mesurer l'appréhension raisonnable d'un danger de mort ou de lésion corporelle grave? Au moyen d'un critère à la fois subjectif et objectif, répond la Cour. La

defence under s. 34(2) to [page 210] succeed at the end of the day, a jury would have to accept that the accused believed on reasonable grounds that his own safety and survival depended on killing the victim at that moment. [At para. 124; emphasis added.]

Hence, it is my view that an act of intentional killing will not be reasonable unless there is a temporal connection between the assault, or the reasonably apprehended assault, and the intentional killing in “response” to it. Otherwise, the “response” is not a response at all; the assault or apprehended assault merely provides the accused with a motive for the killing, not justification at law.

In this case, there was no evidence that the appellant believed he was going to be attacked by Francis at the Scarborough courthouse on May 13, 1997. He never said so in his testimony and the proposed expert evidence added nothing to this aspect of the defence. Nor was there any objective basis in the evidence for such a belief. In my view, the appellant's subjective belief that Francis would physically attack him in the future, and the reasonableness of that belief, without any connection to the events of May 13, 1997, cannot provide the evidential foundation for a s. 34(2) defence for the shooting on that day. The trial judge was correct in distinguishing this case from the situation in either *Lavallee* or *McConnell* where there was an evidential basis upon which a jury could infer that the accused reasonably apprehended an attack at the time of the killing.

⁸⁰ *R. c. Lavallée*, précité, note 75, 876.

⁸¹ *Ibid.*, 876 et 882.

⁸² Voir cependant *Vaillancourt c. R.*, [1999] R.J.Q. 652 (C.A. Qué.).

⁸³ Gisèle Côte-Harper, Pierre Rainville et Jean Turgeon, *Traité de droit pénal canadien*, 4^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1998, p. 1187 et 1188; voir également *R. c. Pétel*, précité, note 19, 14.

relation entre les composantes objectives et subjectives impliquées dans l'analyse des éléments constitutifs de l'article 34(2) est magnifiquement illustrée par la Cour suprême dans l'arrêt *Reilly c. La Reine*⁸⁴. D'après le plus haut tribunal :

Le paragraphe 34(2) met en cause l'état d'esprit de l'accusé au moment où il a causé la mort. Ce paragraphe ne protège l'accusé que lorsque celui-ci appréhende la mort ou une lésion corporelle grave résultant de l'attaque qu'il repousse et lorsqu'il croit qu'il ne peut se soustraire à la mort ou à une lésion corporelle grave autrement que par la force qu'il a employée. Son appréhension doit néanmoins être *raisonnable* et sa croyance doit se fonder sur des *motifs raisonnables et probables*. En vertu du paragraphe, le jury doit se fonder sur ce qu'il croit, à la lumière de la preuve, être l'évaluation de la situation par l'accusé et sa perception quant à la réaction que cette situation exigeait, dans la mesure où on peut vérifier cette perception à partir d'un critère objectif.⁸⁵

Bien que la perception subjective de l'accusé quant à la présence d'un risque de mort ou de lésion corporelle grave soit essentielle, celle-ci doit également être raisonnable. De là l'importance d'un critère objectif qui tient compte à la fois des circonstances entourant l'événement reproché – p. ex., taille de l'agresseur, force physique de l'accusé⁸⁶, historique de violence⁸⁷, menaces antérieures, contexte de brutalité⁸⁸,

⁸⁴ [1984] 2 R.C.S. 396.

⁸⁵ *Ibid.*, 404.

⁸⁶ *R. c. Lavallée*, précité, note 75, 883.

⁸⁷ *R. c. B.E.N.*, [2000] S.J. (Quicklaw) n° 27, par. 31 (Ct. of J.) :

B.E.N. acted in anticipation of what the complainant would do in these circumstances. I have no doubt, but that he genuinely perceived that his actions were necessary to avoid grievous bodily harm and that he believed that there was no other means available to him at that moment. When considering how a reasonable person would respond, I have a reasonable doubt regarding the reasonable person's perception of the situation and the necessity to act as he did. The young person's perception was shaped not only by the details of the incident in question but also by the history of violence and intimidation between them.

⁸⁸ *Conway c. R.*, [2004] J.Q. (Quicklaw) n° 3246, par. 80 à 84 (C.A. Qué.) :

That being the case, I am of the view that it would have been preferable for the trial judge to provide the jury with the additional information about the context of the bikers' war in which Conway was a potential victim as an explanation for his having reacted the way he did when confronted by Nolet and Barolet.

Just a few days before the events unfolded at the Bar Adulte, Conway was part of a security detail at the Montreal Courthouse to protect Paradis that the latter felt was so ineffective that he considered it suicidal to remain at liberty. In such circumstances, the existence of the bikers' war is not so farfetched an explanation for Conway to have thought it necessary to shoot Nolet and Barolet to save his life or to avoid serious injury when he became involved in what he contends was

mauvaise réputation de la victime⁸⁹ –, ainsi que des particularités propres à l'individu susceptibles d'affecter sa perception du danger telles que la déficience intellectuelle⁹⁰, le jeune

an unprovoked fight at the bar.

Both before and subsequent to the judgment of the Supreme Court of Canada in *R. v. Pétel*, the importance of the context for the accused in evaluating the defence of self-defence has been emphasized. *Pétel* was a case in which it was argued in appeal by an accused who had been convicted of second degree murder that both the prior and current threats of the deceased victim and his partner in crime, who was shot but survived, were relevant factors in assessing her conduct with respect to her belief that her life was in danger when one of the two men threatened to kill her if she did not hide a weapon and measure some cocaine. The trial judge had differentiated the prior threats from those uttered on the evening in question, but both a majority in this Court and a majority of the Supreme Court found that the prior threats could well have affected the accused's perception of the need to use deadly force. A new trial was ordered.

As far as Conway was concerned, the bikers' war was a part of his day-to-day reality, and could well have had a bearing on the way he reacted when he says he was accosted without provocation by two men who were unknown to him, Nolet and Barolet, even though there was no objective indication that he was being attacked by these bigger although unarmed men because he belonged to the Rock Machine, or that they intended to kill him when they left the table at which they had been seated and headed towards him.

That being said, it would have been up to the jury to decide if the context of the bikers' war was a plausible reason for Conway's conduct, along with the other factors mentioned by the trial judge, as well as those by the Crown. That is an opportunity that may come if a new trial is ordered.

⁸⁹ *R. c. Bonnell*, [1997] A.J. (Quicklaw) n^o 483 (Prov. Ct.):

Section 34 (2) operated to justify the accused's actions, as he had a reasonable apprehension of grievous bodily harm from the violence the complainant was then using and from his prior reputation for vicious, dirty fighting.

Voir également : *R. c. Jacko*, [1997] O.J. (Quicklaw) n^o 2472 (Ct. of J.):

However, Jacko was assaulted by the victim who had a reputation for being aggressive and violent when intoxicated. The Crown failed to prove beyond a reasonable doubt that Jacko did not have a reasonable apprehension of death or grievous bodily harm or that he did not believe on reasonable grounds that he could not otherwise escape.

⁹⁰ *R. c. Nelson*, précité, note 21, 467 :

In my respectful view, the diminished intelligence of an accused, depending upon the nature and extent of the impairment, is a factor which should properly be taken into account in the application of s. 34(2). I do not think that Reilly mandates otherwise. Ritchie J., in holding that an intoxicated person could not have a reasonable apprehension and a belief based on reasonable and probable grounds, said that: «[a] reasonable man is a man in

âge⁹¹, la «sensibilité accrue de la femme battue aux actes de son partenaire»⁹², etc. Examinant la vulnérabilité particulière des victimes de violence conjugale à la lumière de leur capacité à prédire avec un degré étonnant de certitude l'intensité de la prochaine attaque⁹³, la juge Wilson cite un article dans lequel la psychologue Julie Blackman décrit ce phénomène:

[traduction] La violence répétée permet aux femmes battues d'établir une échelle dont elles peuvent se servir pour «évaluer» la possibilité de supporter un accès de violence chez leur partenaire ou d'y survivre. Aussi arrivent-elles à discerner les indices d'une violence inhabituelle. Pour les femmes battues, cette capacité de réaction à la violence à laquelle elles sont constamment exposées est un outil de

full possession of his faculties». A person with diminished intelligence may well be in full possession of his or her faculties. The difficulty is that these faculties are, though no fault of his or her own, diminished. In this regard, such a person may be in a position similar to that of the accused in *Lavallée* in that his or her apprehension and belief could not be fairly measured against the perceptions of an «ordinary man».

In addressing this latter question, the evidence relating to the nature of the accused's intellectual impairment is of central importance. All people are not of equal intellectual ability and it cannot be said that any variation below what may be thought to be the norm would entitle an accused to have his or her alleged intellectual deficit taken into account in the application of the reasonableness requirement in s. 34(2). However, where the accused has an intellectual impairment, not within his or her control, which relates to his or her ability to perceive and react to events — an impairment that clearly takes him or her out of the broad band of normal adult intellectual capacity — I think the deficit should be taken into account.

⁹¹ *Ibid.*, 468:

Returning to the law of self-defence, I also note the decision of the Saskatchewan Court of Queen's Bench in *R. v. Cadwallader*, [1966] 1 C.C.C. 380, 53 W.W.R. 293, in which a 14-year-old boy charged with manslaughter relied on self-defence. The court, at pp. 387-8, appears to have applied the standard of a 14-year-old boy in giving effect to this defence.

⁹² *R. c. Lavallée*, précité, note 75, 882.

⁹³ *Ibid.*, 880:

Un autre aspect de la nature cyclique des mauvais traitements tient à ce qu'ils donnent à la violence un degré de prévisibilité qu'on ne trouve pas dans un incident isolé de violence entre deux personnes qui ne se connaissent pas. Cela signifie aussi qu'il se peut en fait qu'une femme battue soit en mesure de prédire avec certitude que la violence aura lieu avant que le premier coup soit porté, même si une personne étrangère à la situation ne peut le prédire. On a dit en fait qu'une femme battue connaît tellement bien la violence de son partenaire que le comportement de celui-ci lui permet de prévoir la nature et l'ampleur (mais non le moment) de cette violence.

survie. Il ressort des recherches que les femmes battues qui ont recours à l'homicide subissent une violence particulièrement grave et fréquente par rapport à celles qui ne commettent pas l'homicide. Elles savent distinguer entre les types de danger qu'elles connaissent et ceux qui sont nouveaux. Elles ont eu d'innombrables occasions d'apprendre à connaître la violence de leur partenaire et de perfectionner cette connaissance. Et, il importe de le souligner, elles sont en mesure de dire en quoi l'ultime incident de violence différerait des autres: elles sont capables de préciser les aspects de la dernière agression qui leur ont permis de se rendre compte que cette fois-ci l'incident aboutirait à un acte de la part de l'agresseur qui mettrait leur vie en danger.⁹⁴

En soulignant l'importance des particularités propres à l'accusé susceptibles d'influer sur sa perception des faits, la Cour assure un juste équilibre entre les volets subjectifs et objectifs impliqués dans l'évaluation du risque de mort ou de lésion corporelle grave prévue à l'article 34(2)(a)⁹⁵. *Subjectif*, tout d'abord, car la «question n'est pas de savoir ce qu'un étranger aurait raisonnablement cru mais bien de savoir ce que l'accusé a raisonnablement cru, compte tenu de sa situation et de

⁹⁴ *Ibid.*, 880; Julie Blackman, «Potential Uses for Expert Testimony: Ideas Toward the Representation of Battered Women Who Kill», (1986) 9 *Women's Rights Law Reporter* 227, 229.

⁹⁵ Pour une application de ce critère, voir *R. c. Cinous*, précité, note 20, 58 et 59 :

L'analyse qui doit être effectuée relativement à ce deuxième élément de la légitime défense prévue au par. 34(2) est essentiellement la même que pour le premier élément. Pour que le critère de la vraisemblance soit respecté en ce qui concerne le deuxième élément de la légitime défense, le jury doit raisonnablement être en mesure d'inférer de la preuve non seulement que l'accusé croyait raisonnablement qu'il serait attaqué, mais encore qu'il mourrait ou subirait des lésions corporelles graves à la suite de cette attaque. L'accusé a clairement affirmé, dans son témoignage, qu'il craignait de subir une attaque mortelle. Le jury peut accepter ce témoignage, c'est-à-dire accepter que l'accusé a effectivement eu cette perception. La composante subjective du moyen de défense invoqué est donc vraisemblable.

La composante objective du moyen de défense est également vraisemblable. Compte tenu des faits de la présente affaire, cette conclusion va de pair avec la décision que le premier élément de la légitime défense est vraisemblable. Autrement dit, pour la même raison qu'il est vraisemblable que l'accusé a eu des motifs raisonnables de croire qu'il serait attaqué, il est vraisemblable qu'il a cru que l'attaque serait mortelle. Dans l'ensemble, l'accusé a raconté qu'il croyait que Ice et Mike mettaient à exécution un projet de le supprimer et qu'au moins l'un des deux était armé. Le jury ne pouvait pas raisonnablement accepter le témoignage de l'accusé selon lequel il croyait qu'il serait attaqué et, en même temps, rejeter son affirmation qu'il estimait que cette attaque serait mortelle. En outre, le fondement probant permettant de conclure au caractère raisonnable de la perception de l'accusé qu'il serait

ses expériences antérieures »⁹⁶. *Objectif*, ensuite, parce que « la croyance de l'accusé doit également être raisonnable compte tenu de sa perception de la situation. »⁹⁷ Malgré l'importance de la situation particulière de l'accusé, l'ivresse volontaire n'est pas un facteur pertinent dans l'évaluation du risque de mort ou de lésion corporelle grave résultant de l'attaque⁹⁸, car le concept de la personne raisonnable fait référence à une personne sobre, dont le jugement n'est pas affecté par l'alcool⁹⁹.

C. La croyance raisonnable de l'accusé de ne pas pouvoir se soustraire à ce danger autrement qu'en causant la mort ou une lésion corporelle grave

Aux termes de l'article 34(2)(b), l'accusé qui plaide la légitime défense doit croire pour des motifs raisonnables, qu'il ne peut pas autrement se soustraire à la mort ou à des lésions corporelles graves qu'en tuant la victime ou en lui infligeant des lésions corporelles graves. À l'ombre de cette troisième condition apparaît l'exigence relative à l'impossibilité d'obéir à la loi. En effet, y avait-il un moyen de s'en sortir autrement? Si oui, alors « l'agent cesse d'être prisonnier

attaqué est le même que celui permettant de conclure au caractère raisonnable de sa croyance que l'attaque serait mortelle.

Les circonstances décrites par l'accusé, y compris, plus particulièrement, les indices que Mike et Ice étaient armés, les rumeurs circulant au sujet d'un projet de le supprimer, le comportement suspect et le port des gants, pourraient permettre à un jury agissant raisonnablement d'inférer que la perception de l'accusé qu'il était en danger de mort était raisonnable.

⁹⁶ R. c. *Pétef*, précité, note 19, 13.

⁹⁷ R. c. *Cinous*, précité, note 20, 53.

⁹⁸ L'ivresse n'empêche pas cependant l'accusé de plaider la légitime défense. Voir R. c. *P.D.N.*, [2003] N.W.T.J. (Quicklaw) n° 61, par. 8 (Ct. of J.) : The accused was intoxicated. It is no offence per se to be intoxicated, nor does it remove self-defence to be intoxicated.

⁹⁹ R. c. *Nelson*, précité, note 21, 466 :

The court in *Reilly* held that the appellant could not rely upon his state of intoxication. At p. 8, *Ritchie J.* said:

The fatal difficulty with the appellant's argument in this case is that although intoxication can be a factor in inducing an honest mistake, it cannot induce a mistake which must be based upon reasonable and probable grounds. The perspective of the reasonable man which the language of s. 34(2) places in issue here is the objective standard the law commonly adopts to measure a man's conduct. A reasonable man is a man in full possession of his faculties. In contrast, a drunken man is one whose ability to reason and to perceive are diminished by the alcohol he has consumed.

d'une alternative et ne subit plus l'obligation de choisir la commission d'un acte infractionnel»¹⁰⁰. Sa décision d'employer la force sera le résultat d'un acte volontaire, mû par le désir de vengeance et la colère. Si, par contre, l'action était vraiment inévitable, s'il n'y avait pas d'autre solution que celle de causer la mort ou des lésions corporelles graves, alors l'acte de défense n'aura aucune coloration pénale puisque l'accusé ne pouvait agir autrement (ce qui est involontaire avons-nous dit)¹⁰¹.

À l'image des deux premières conditions prévues à l'article 34(2), le caractère irrésistible de la légitime défense repose sur un critère à la fois subjectif et objectif. «Subjectif, tout d'abord car il s'agit d'examiner les perceptions personnelles de l'accusé au moment du crime. Objectif ensuite, car il faut se demander si ces perceptions étaient raisonnables dans les circonstances. »¹⁰² En somme, «il faut établir que l'accusé croyait qu'il ne pourrait pas s'en sortir autrement qu'en abattant la victime, et qu'il avait des motifs raisonnables de le croire»¹⁰³. S'interrogeant sur la croyance raisonnable qu'on ne peut s'en sortir autrement qu'en tuant l'agresseur, la juge Wilson déclare ce qui suit à propos de la violence conjugale:

À mon sens, le jury doit se demander si, compte tenu des antécédents, des circonstances et des perceptions de l'appelante, sa croyance qu'elle ne pouvait éviter d'être tuée par Rust la nuit en question qu'en le tuant d'abord était raisonnable.¹⁰⁴

Malgré la souplesse des conditions prévues à l'article 34(2), on ne saurait trop insister sur cette exigence qu'il n'y ait pas d'autres solutions possibles¹⁰⁵. La légitime défense étant une arme de dernier

¹⁰⁰ A.-C. Dana, *op. cit.*, note 1, p. 228.

¹⁰¹ R. c. *B.E.N.*, précité, note 87, par. 30.

¹⁰² R. c. *Cinous*, précité, note 20, 61 :

En précisant qu'un accusé devait avoir des motifs raisonnables de croire qu'il n'avait pas d'autre choix, le législateur a insufflé un élément d'objectivité dans le moyen fondé sur la légitime défense. Il ne suffit pas qu'un accusé établisse qu'il croyait subjectivement que le seul moyen de se sortir d'une situation dangereuse était de faire feu. Il ne suffit pas non plus que l'accusé explique justement pourquoi il a cru qu'il devait agir comme il l'a fait.

L'accusé doit pouvoir indiquer un motif raisonnable qui justifiait cette croyance. Il ne doit pas seulement pouvoir expliquer pourquoi il a cru n'avoir d'autre choix que de tuer la victime, ou mentionner certaines considérations qui, dans son esprit, le justifiait d'avoir cette croyance. Il faut plutôt que la croyance qu'il a eue ait été objectivement raisonnable.

¹⁰³ *Ibid.*, 59 et 60.

¹⁰⁴ R. c. *Lavallée*, précité, note 75, 889; voir également R. c. *Bear*, [1999] S.J. (Quicklaw) n^o 262 (Prov. Ct.).

¹⁰⁵ Sur la situation particulière des prisonniers, voir R. c. *McConnell*, (1996) 48

recours, sa réception par les tribunaux ne doit être permise que lorsque la situation semblait vraiment inévitable. C'est d'ailleurs ce que rappellent les juges McLachlin et Bastarache dans l'arrêt *R. c. Cinous*:

La légitime défense prévue au par. 34(2) justifie de tuer quelqu'un. La personne qui, de propos délibéré, enlève la vie à une autre personne a le droit d'être acquittée si elle peut établir l'existence des éléments constitutifs de la légitime défense. Ce moyen de défense est censé s'appliquer aux situations de dernière extrémité. Pour que la légitime défense prévue au par. 34(2) soit retenue en fin de compte, le jury doit accepter que l'accusé avait, au moment où il a agi, des motifs raisonnables de croire qu'il devait tuer la victime pour assurer sa sécurité et sa survie. Il n'y a en l'espèce aucun élément de preuve qui permettrait à un jury ayant reçu des directives appropriées et agissant raisonnablement d'arriver à cette conclusion. Le témoignage de l'accusé n'est tout simplement pas susceptible d'étayer les inférences requises pour que le moyen de défense invoqué soit retenu.¹⁰⁶

Limpide dans sa formulation, l'exigence quant à l'*irrésistibilité* du péril fait apparaître au grand jour les liens qu'entretient la légitime défense avec la nécessité et la contrainte. Ce principe, que l'on retrouve dans plusieurs décisions récentes, fut repris et développé dans l'arrêt *R. c. Charlebois*¹⁰⁷. Dans cette affaire, l'appelant, qui souffrait de dépendance émotive et d'anxiété aiguë par rapport à la victime (un dénommé Jetté), était accusé de meurtre. Discutant de la croyance de l'inculpé voulant qu'il n'avait pas d'autre choix que celui de tuer le présumé agresseur, le juge Beauregard affirme:

La thèse de celui-ci était difficile puisque, suivant les faits non contestés, il était fort douteux que Charlebois n'eût pas d'autre solution que celle de tuer Jetté qui, lors de l'homicide, semblait dormir sur le canapé, alors que Charlebois aurait pu quitter les lieux ou même faire appel à son colocataire, un gaillard de 200 livres, qui dormait dans une autre chambre de l'appartement.¹⁰⁸

Toujours au même effet, citons l'arrêt *Cinous*¹⁰⁹ dans lequel les juges McLachlin et Bastarache rejettent la défense de l'accusé pour absence de motifs raisonnables. D'après ces derniers:

En l'espèce, il n'y a absolument aucun élément de preuve qui permettrait à un jury d'inférer raisonnablement que l'accusé avait des motifs raisonnables de croire qu'il

C.R. (4th) 199; *R. c. Plain*, [1997] O.J. (Quicklaw) n° 4927 (Ct. of J.).

¹⁰⁶ *R. c. Cinous*, précité, note 20, 62.

¹⁰⁷ *R. c. Charlebois*, précité, note 62.

¹⁰⁸ *R. c. Charlebois*, [1999] A.Q. (Quicklaw) n° 568, par. 17 (C.A.), (1999) 135 C.C.C. (3d) 414, 423 (C.A. Qué.).

¹⁰⁹ *R. c. Cinous*, précité, note 20.

n'avait pas d'autres moyens de s'en sortir. Aucun élément de preuve n'explique pourquoi l'accusé n'a pas attendu à l'intérieur de la station-service au lieu de retourner à la fourgonnette. Il n'y a absolument rien qui explique pourquoi il n'a pas pris la fuite une fois descendu de la fourgonnette. En fait, rien n'indique qu'il était raisonnable de sa part de conclure qu'il devait retourner à la fourgonnette et abattre la victime.¹¹⁰

Le critère de la force excessive. Contrairement au paragraphe (1) de l'article 34 qui exige le recours à une force nécessaire, le paragraphe (2) du même article demeure silencieux à cet égard. L'emploi d'un excès de force par l'accusé n'écarte donc pas la légitime défense si la croyance de l'accusé en l'absence d'un autre moyen de s'en sortir est raisonnable.¹¹¹ Cette croyance, il convient de le préciser, s'exprime, encore une fois, à travers le croisement des facteurs subjectifs et

¹¹⁰ *Ibid.*, 62.

¹¹¹ En effet, rien n'exige que la force employée ne dépasse pas la force nécessaire pour prévenir la mort ou des lésions corporelles graves ou que la force employée soit proportionnée à l'attaque contre laquelle l'accusé se défend. *R. c. Dubé*, [1991] R.L. 8, 37 Q.A.C. 270 (C.A.); *R. c. Edgar*, [2000] O.J. (Quicklaw) n^o 137 (C.A. Ont.); *R. c. Mulder*, (1978) 40 C.C.C. (2d) 1 (C.A. Ont.); *R. c. Ward*, [1978] O.J. (Quicklaw) n^o 894 (C.A. Ont.); *R. c. Hébert*, [1996] 2 R.C.S. 272 :

Le jury a demandé: «Si Dale est considéré coupable d'avoir employé un excès de force en légitime défense, serait-il reconnu coupable de voies de fait graves?» La réponse à cette question était incorrecte et trompeuse. Le juge du procès a répondu: [TRADUCTION] «... la réponse à cette question est qu'un excès de force écarte la légitime défense, et je n'ajouterai rien de plus». Je conviens avec la Cour d'appel que le moyen de défense avancé par l'appelant en application du par. 34(2) n'avait aucune vraisemblance. Il n'a pu raisonnablement appréhender que la mort ou une lésion corporelle grave ne résulte d'une attaque menée par son père âgé et frêle. Il n'a pu non plus croire raisonnablement qu'il ne pouvait se soustraire à la mort ou à des lésions corporelles graves autrement qu'en causant lui-même des lésions corporelles graves à son père. Le paragraphe 34(2) n'aurait jamais dû être soumis à l'appréciation du jury. Cependant, puisqu'il l'a été, le juge du procès était obligé de donner au jury des directives appropriées relativement à cette disposition. En vertu de ce paragraphe, l'emploi d'un excès de force par l'accusé n'écarte pas la légitime défense. Dans *R. c. Ward* (1978), 4 C.R. (3d) 190 (C.A. Ont.), on a conclu à juste titre que le par. 34(2) n'exige pas que la force employée soit proportionnée à l'attaque contre laquelle l'accusé se défend. De même, dans *R. c. Mulder* (1978), 40 C.C.C. (2d) 1 (C.A. Ont.), la cour a statué à juste titre que rien n'exige que la force employée ne dépasse pas la force nécessaire pour prévenir la mort ou des lésions corporelles graves.

R. c. Druken, (2001) 164 C.C.C. (3d) 115, 127 et 128 (C.A. T.-N.) :

In assessing whether there was an “air of reality” to this component of the

objectifs. Tout ce qui compte aux termes de l'article 34(2) est la croyance raisonnable de l'accusé en l'absence d'un autre moyen de s'en sortir. Cette distinction, il va de soi, est importante. Elle détermine – en juxtaposition avec les facteurs relatifs au rôle de l'accusé dans l'agression et à la présence de l'intention de causer la mort ou des lésions corporelles graves – l'altérité de l'article 34(2) par rapport au paragraphe premier (34(1)). C'est ce que rappelle d'ailleurs la Cour d'appel de l'Ontario dans l'arrêt *Pintar*:

A comparison of those two provisions reveals that whereas each initially requires that the accused be unlawfully assaulted, unlike s. 34 (1), s. 34 (2) applies even if the accused provoked the assault (*R. v. McIntosh*, [1995] 1 R.C.S. 686). Furthermore, in cases which result in death or grievous bodily harm, unlike s. 34 (1), s. 34 (2) applies even if the accused intended to kill or cause grievous bodily harm (*R. v. Baxter*, (1975) 27 C.C.C. (2d) 96). Finally, unlike s. 34 (1), under s. 34 (2) the question is not whether the responsive force used was no more than necessary to enable the accused to defend himself, but whether the accused believed, on reasonable grounds, that he could not otherwise preserve himself from death or grievous bodily harm (*R. v. Bogue*, (1976) 30 C.C.C. (2d) 403).¹¹²

Le principe ne fait plus aucun doute: l'utilisation d'une force excessive n'empêche pas l'accusé d'invoquer le moyen de défense prévu à l'article 34(2)¹¹³. Pertinente sous le régime de l'article 34(1), l'évaluation de la force employée doit céder sa place à une analyse à la

defence, it is important to remember that, first, a failure to flee or retreat will not preclude a finding that Druken acted in self defence, and second, it is not a requirement of section 34(2) that the force used must be proportionate to the assault. Those factors are relevant only to the extent that they may raise a reasonable doubt regarding whether Druken had a reasonable belief it was not possible to preserve himself from harm except by killing the victim.

Voir cependant *R. c. B.E.N.*, précité, note 87.

¹¹² *R. c. Pintar*, précité, note 40, 421.

¹¹³ *R. c. Bogue*, (1976) 30 C.C.C. (2d) 403, 408 (C.A. Ont.) :

There is, however, a real difference between the test under s. 34(1) that the force be no more than is necessary to enable the accused to defend himself, and that under s. 34(2)(b) that the accused believe on reasonable grounds that he cannot otherwise preserve himself from death or grievous bodily harm. The belief of the accused may be a reasonable one, but it may be mistaken: *R. v. Chisam* (1963), 47 Cr.App.R. 130. If as a result of threats or an assault a person believes that he may momentarily be shot or stabbed, and he in turn instinctively shoots or stabs his assailant, it may properly be concluded that only reasonable defensive action had been taken to save his life. If on the other hand, the test is an objective one requiring that the force be proportionate to the attack, then the accused may not be justified if he shoots or stabs his assailant, when knocking him unconscious would have been all that was required to preserve his life or save him from grievous bodily harm.

fois subjective et objective de la croyance de l'accusé en l'absence d'un moyen de s'en sortir autrement:

In our judgment, the cases relied upon by the Crown only establish that the accused will not be entitled to rely upon ss. 34(2) and 35 if he did not, or could not, believe on reasonable grounds that the force he used was necessary to preserve himself. If he did not have such a belief then the force he used was excessive and the sections afford no defence. If the requirements of the sections are satisfied then no further inquiry or consideration of the nature of the force used by the accused is necessary or permissible.¹¹⁴

Bien que la présence d'une force excessive n'interdise pas le recours à l'article 34 (2), celle-ci demeure – aux côtés des autres circonstances propres à l'espèce – un élément pertinent au moment d'évaluer le caractère raisonnable de la croyance de l'accusé qu'il allait mourir ou subir des lésions corporelles graves ou qu'il ne pouvait se soustraire à la mort ou à des lésions corporelles graves autrement qu'en agissant ainsi :

In each of these three statements the trial Judge has clearly indicated that in addition to the criteria in s. 34(2)(a) and (b) the force must be proportionate to the original assault by the deceased. Whether the amount of force used against the accused was disproportionate to the nature of the force used by her was proper to be considered by the jury as a circumstance, or an item of evidence, in deciding whether she had a reasonable apprehension of death or grievous bodily harm and whether she had reasonable and probable grounds to believe that she could not otherwise preserve herself from death or grievous bodily harm. If, however, the jury was either satisfied that the accused had such apprehension and belief, or entertained a reasonable doubt with respect to it, she was entitled to be acquitted. No further requirement existed that the force used by the accused be proportionate to the nature of the attack upon her.¹¹⁵

En se situant dans la perspective qui vient d'être esquissée, nous sommes amenés naturellement à conclure que l'article 34(2) occupe une place de premier plan en droit pénal canadien. Cette importance, dont la valeur a été considérablement accrue depuis l'arrêt *McIntosh*¹¹⁶, entraîne une marginalisation de plus en plus visible des autres dispositions du *Code criminel* dont notamment l'article 35.

¹¹⁴ R. c. *Siu*, (1992) 71 C.C.C. (3d) 197, 208 (C.A. C.-B.).

¹¹⁵ R. c. *Bogue*, précité, note 113, 411.

¹¹⁶ R. c. *McIntosh*, précité, note 64.

Les conditions d'ouverture de l'article 35 du Code criminel

Aux termes de l'article 35 du *Code criminel*:

35. [Légitime défense en cas d'agression] 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.

Contrairement au paragraphe (2) de l'article 34, qui n'est pas particulièrement précis sur cette question, l'article 35 du *Code criminel* réfère directement à l'agresseur initial. Sa protection s'étend 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. Comme l'indique le libellé de l'article 35, les conditions d'ouverture de ce moyen de défense sont relativement strictes¹¹⁷. Cette

¹¹⁷ Sur l'exigence prévue au par. 35 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) voir *R. c. Pintar*, précité, note 40, 423 :

Having left it to the jury to determine whether the appellant originated the unlawful assault upon Ross and Gill which precipitated their final advance upon him or alternatively, whether the appellant provoked Ross and Gill into advancing as they did, the trial judge was certainly required to consider the applicability of s. 35. To do so, he had to determine whether the evidence lent an air of reality to each of that provision's constituent elements. In my view, that analysis should have led the trial judge to conclude that there was a complete lack of evidence concerning the final constituent element of s. 35,

situation, qui résulte de la volonté du législateur de limiter au maximum l'accessibilité de la légitime défense à l'agresseur initial, soulève des difficultés importantes depuis l'élargissement considérable de la portée de l'article 34(2). Parmi ces difficultés, mentionnons le chevauchement évident des articles 34(2) et 35 du *Code criminel*, chevauchement qui tend naturellement à écarter la disposition la plus sévère – en l'occurrence l'article 35 – et à favoriser l'agresseur qui a commis l'infraction la plus grave. D'après le juge Lamer, alors juge en chef, dans l'arrêt *McIntosh*:

Je reconnais que l'application du par. 34(2) donne lieu à une certaine absurdité. Par exemple, on est frappé par le fait que, si un agresseur initial qui a causé la mort ou des lésions corporelles graves peut se prévaloir du par. 34(2), alors cette personne une fois accusée pourrait être en meilleure position pour soulever la légitime défense qu'un agresseur initial qui a commis une attaque moins grave, ceci précisément parce que l'agresseur qui a causé une lésion moins grave ne pourrait se prévaloir du moyen de défense général visé au par. 34(2), dont seul l'accusé qui «cause la mort ou une lésion corporelle grave» peut se prévaloir. Le paragraphe 34(1) ne s'appliquerait pas puisqu'il prévoit expressément qu'une personne ne pourra s'en prévaloir que si elle n'a pas provoqué une attaque. Par conséquent, l'agresseur qui a commis une attaque moins grave ne pourrait se prévaloir que de l'art. 35, qui lui impose de se retirer du combat. À mon avis, il n'est pas normal qu'un accusé qui a commis l'infraction la plus grave puisse invoquer le moyen de défense le plus large.¹¹⁸

Sévère dans son application, l'article 35 repose sur le principe voulant qu'une riposte excessive peut enlever à l'attaque ou à la provocation originale son effet infractionnel en paralysant l'imputabilité de l'accusé. Dans ces circonstances : «le provocateur

namely, whether the appellant “declined further conflict and quitted or retreated from it as far as it was feasible to do so before the necessity of preserving himself from death or grievous bodily harm arose.” Nowhere in his evidence does the appellant suggest that he attempted to retreat before it became necessary, from his perspective, to fire the fatal shots; nor does the testimony of Stephanie or her boyfriend Jason assist the appellant in this regard.

In accordance with the appellant's own version of the final series of events, I am of the view that retreat was a realistic option open to him when he observed Ross shut off the engine and exit the truck with Gill. Since the appellant took no steps to retreat when he could have, it follows that the evidence fails the air of reality test on the final constituent element of s. 35. Accordingly, in my view, there was no basis for leaving s. 35 to the jury, and the trial judge erred in doing so.

¹¹⁸ *Ibid.*, 706.

doit supporter tout ce qui découle de son acte initial, mais uniquement ce qui a été la conséquence directe de cet acte. Aussi, tout ce qui dans l'acte de réponse dépasse [l'attaque] ou la provocation, ne peut plus être imputé à l'agresseur ou au provocateur. Au delà de la limite de l'attaque ou de la provocation, la situation devient objective par rapport à l'agresseur initial. Elle lui est étrangère. Elle est alors susceptible d'être couverte par la légitime défense. »¹¹⁹

L'analyse de l'article 37 du Code criminel

A. Son champ d'application

Contrairement aux articles 34 et 35 du *Code criminel* – qui s'adressent à une facette bien précise de la légitime défense –, l'article 37 apparaît plutôt comme « un énoncé général du principe de la légitime défense »¹²⁰ ou comme une proposition susceptible de lier entre elles les différentes dispositions qui gouvernent ce moyen de défense. Malgré son caractère générique, l'article 37 n'est pas inutile. Son rôle est de « combler une lacune de façon à établir le fondement de la légitime défense dans les cas où les art. 34 et 35 ne sont pas applicables »¹²¹. Cet objectif, d'une importance capitale, se concrétise, notamment, dans le cadre des deux hypothèses suivantes.

Premièrement, dans les cas où les articles 34 et 35 du Code criminel n'offrent aucun moyen de défense à l'accusé. On a qu'à penser à l'agresseur initial qui cause des lésions corporelles moins graves et qui ne s'est pas retiré du combat¹²² ou à celui qui cause des lésions

¹¹⁹ A.-C. Dana, *op. cit.*, note 1, p. 221.

¹²⁰ R. c. *McIntosh*, précité, note 64, 707.

¹²¹ *Ibid.*, 708 :

Même s'il a soutenu que le juge Moldaver a commis une erreur en ne donnant pas de directives au jury sur l'art. 37, l'intimé n'a pas été en mesure de présenter un scénario dans lequel ni l'art. 34 (selon l'interprétation qui précède) ni l'art. 35 ne lui offriraient un moyen de défense. En conséquence, il ne paraît pas y avoir possibilité de rendre l'art. 37 applicable en l'espèce.

¹²² Voir cependant les commentaires du juge McLachlin dans l'arrêt R. c. *McIntosh*, *ibid.*, 721 :

Si le par. 34(2) peut s'appliquer à un agresseur initial qui a causé la mort ou des lésions corporelles graves, l'accusé pourrait être en meilleure position pour invoquer la légitime défense qu'un agresseur initial dont l'attaque a été moins grave; puisque le par. 34(2) ne s'applique qu'à un agresseur qui « cause la mort ou une lésion corporelle grave », l'agresseur qui a commis une attaque moins sérieuse ne serait pas visé par ce paragraphe. Ce dernier, forcé de faire valoir l'art. 35, n'aurait aucun moyen de défense s'il ne s'est pas retiré du combat. Il n'est pas normal, pour employer une expression du Juge en chef, qu'une personne accusée, dont la conduite a été plus grave, puisse invoquer le moyen de défense le plus large.

corporelles moins graves et qui n'avait pas de 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. Dans la mesure où l'article 34(1) n'est pas ouvert à l'agresseur initial, que l'article 34(2) n'est pas disponible lorsque l'accusé n'a pas causé la mort ou des lésions corporelles graves et que l'article 35 interdit le recours à ce moyen de défense lorsque l'accusé n'a pas de motifs raisonnables de croire qu'il va mourir ou subir des lésions corporelles graves ou qu'il ne s'est pas retiré du combat, l'accusé n'aura d'autres choix alors que de recourir à l'article 37. C'est du moins ce que semble indiquer le juge Finch de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique dans l'arrêt *R. c. Grandin*:

In my view, s. 37 extends the ambit of the self-defence protection found in s. 34 (1) and provides a wider defence to an accused. Unlike s. 34 (1), s. 37 applies to an accused even if he provoked the assault upon him, applies to an accused who acts in the defence of others, and does not consider intent in relation to the amount of force used. In other words, s. 37 does not contain a prerequisite that the accused did not intend to cause death or grievous bodily harm.¹²³

Toujours au même sujet, citons l'arrêt *R. c. Finney* dans lequel la Cour d'appel de l'Ontario déclare:

Unless s. 37 has application, it must be concluded that an accused who provokes an assault cannot justify defending himself from that assault unless the assault reaches the level where the accused reasonably apprehends death or grievous bodily harm. This makes no sense. It ignores human nature. Even persons who provoke assaults cannot realistically be expected to submit to retaliation short of that which causes a reasonable apprehension of death or grievous bodily harm. Furthermore, an interpretation which would deny self-defence to a provoked assault except in cases covered by s. 34(2) or s. 35 would effectively invite the escalation of a confrontation until it reached the level where those sections could be triggered. This is hardly good criminal law policy.

[...] I see no sound policy reason, however, for denying an accused the possibility of the defence of self-defence in cases where the accused provoked the attack, but the attack has not yet reached the level where the accused has a reasonable apprehension of death or grievous bodily harm.

Section 37 is available to an accused who has provoked the assault [...].¹²⁴

¹²³ *R. c. Grandin*, (2001) 154 C.C.C. (3d) 408, 419 (C.A. C.-B.).

¹²⁴ *R. c. Finney*, [1999] O.J. (Quicklaw) n^o 4215, par. 20-22 (C.A.).

La deuxième situation donnant ouverture à l'article 37 du *Code criminel* apparaît lorsque l'accusé contre-attaque afin de défendre une personne placée sous sa protection. Dans ce cas, il ne fait aucun doute, l'agent est fondé à employer la force nécessaire pour prévenir l'attaque ou sa répétition. Le droit de protéger une personne sous sa protection étant étroitement rattaché à l'article 37, cet aspect assure l'altérité et la pertinence de cette disposition dans le cadre du régime applicable en matière de légitime défense. Ce droit, croyons-nous, peut aller jusqu'à l'infliction de la mort, car s'il est vrai « que les articles 34 et 35 imposent exclusivement l'application des principes formulés à l'article 37, lorsqu'il y a eu mort ou lésions corporelles graves »¹²⁵, rien n'empêche toutefois l'accusé de soulever cet article lorsque la mort a été infligée pour protéger la vie d'une personne placée sous sa protection.

Avant d'entreprendre l'étude des conditions d'ouverture de l'article 37 du *Code criminel*, une question demeure: Qu'entend-on par *personne placée sous sa protection*? Peut-il s'agir d'un frère ou d'une soeur? Sûrement¹²⁶. De son conjoint ou de son enfant? À coup sûr¹²⁷. De son ami? Peut-être, mais peu probable. Et pourtant, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique, dans l'arrêt *R. c. Williams*, semble

¹²⁵ *R. c. McIntosh*, précité, note 64, 723.

¹²⁶ Voir cependant les commentaires du juge Allen dans l'arrêt *R. c. Abbaya*, [2000] A.J. (Quicklaw) n^o 1645, par. 47 (Ct. of J.) :

A constituent element of s. 37(1) of the Criminal Code is that its application is limited to circumstances to "anyone under his (the accused's) protection". The words "any one under his protection" are not surplusage and are of some consequence. Generally such words would be referable to a certain class of persons. The common law recognized this class of person to be a spouse, parent, child, master, or servant but not a sibling: *R. v. Rose* (1884), Cox C.C. 540; *R. v. Duffy*, *supra*. *R. v. Barkhouse*, *supra* would seem to be some authority for the proposition that the circumstances can convert the relationship such that anyone that needed to be rescued could be "under protection" and that s. 37(1) could be used to justify an assault. In my view that case is simply an application of the common law principle that an individual can rescue another using reasonable force.

¹²⁷ *Ibid.*, par. 37 et 38 :

Another English case dealing with this same subject is *R. v. Duffy* (1966), 50 Cr. App. R. 68 (C.C.A). There, the accused saw her sister kneeling on the floor with the victim pulling her hair. Ms. Duffy then pulled the victim's hair but he did not budge; thereafter, he kicked her in the leg, and she then hit him with a bottle. The bottle shattered and cut him severely. Thereafter, both women assaulted the victim. The trial judge had directed the jury that self defence was not available to someone coming to the aid of her sister in that manner. Edmond Davies J. writing for the court disagreed, and directed an acquittal.

reconnaître implicitement le fait qu'une personne peut revendiquer la protection de l'article 37 pour défendre un ami qui se fait attaquer par une bande de voyous¹²⁸. Même interprétation du côté de la cour provinciale de la Nouvelle-Écosse, laquelle reconnaît la possibilité d'utiliser cette disposition afin de protéger une personne en difficulté¹²⁹. Bien que nous sommes d'accord avec le résultat, nous croyons que la possibilité d'utiliser la force afin de protéger un ami

At p. 70-71 he said:

It appears to this court that the trial unfortunately developed along the wrong lines. The inception of the errors what the defending counsel throughout relied upon the plea that the appellant was acting in self-defence, a plea which he submitted extended to the action of the appellant in seeking to rescue her sister. It is established that such a defence is not restricted to the person attacked. It has been said to extend to "the principal civil and natural relations." Hale (1 Pleas of the Crown, 484) give as instances master and servant, parent and child, and husband and wife who, if they even kill an assailant in the necessary defence of each other, are excused, the act of the relative assisting being considered the same as the act of the party himself. But no reported case goes outside the relations indicated, although the learned editor of Kenny's Criminal Law (18th ed., p. 198) says that "... perhaps the courts will now take a still more general view of this duty of the strong to protect the weak."

¹²⁸ R. c. *Williams*, (2001) 160 C.C.C. (3d) 73, 84 (C.A. C.-B.) :

In the final analysis, I do not see that it makes any real difference whether the appellant struck the victim in anticipation of a punch or after it happened.

Hickey and the victim were squaring off for a fight when the appellant got out of the vehicle. The appellant said that he was acting on his fear that the victim's friends would gang up on Hickey.

In her charge the trial judge told the jury that defence of another as a defence under s. 37 was available to the appellant even if he struck the deceased in anticipation of a punch being thrown at Hickey. The following remarks cover the situation in which the jury might find that the appellant was mistaken about the punch and consequently there was no need to include an instruction on honest but mistaken belief in an assault. The trial judge said: An assault can include an attempt or threat by act or gesture to apply force to another person, if the person believes, upon reasonable grounds, that there is a present ability to carry out the purpose of the application of force. So an impending assault is something you are going to have to consider when you consider this defence of a third person. Was this the pre-emptive strike before anything happened, or anything further happened to Mr. Hickey? [Emphasis added.]

As counsel for the Crown pointed out to us, the trial judge repeatedly used "impending assault" three more times when discussing the defence of a third party.

¹²⁹ R. c. *Barkhouse*, (1983) 58 N.S.R. (2d) 393, par. 38 et 39 (Prov. Ct.) :

(voire un tiers en difficulté) repose davantage sur l'article 27 (recours à la force pour empêcher la perpétration d'une infraction)¹³⁰ et l'article 30 (le fait d'empêcher la violation de la paix) du Code criminel que sur l'assimilation d'un ami (ou d'une personne étrangère en difficulté) à une personne placée sous sa protection.

In my view however, Mr. Barkhouse is entitled to invoke the provisions of s. 37(1) of the Criminal Code, which section states:

“Every one is justified in using force to defend himself or any one under his protection from assault, if he uses no more force than is necessary to prevent the assault or the repetition of it.”

In this respect we have here an attempted seizure which I have found to be unreasonable, and hence unlawful. This places Constable Briggs in an unenviable position. While Officer Briggs may well enjoy the immunity from prosecution since he may have been acting within the scope of s. 25 of the Criminal Code, nevertheless, it is clear that Donald Findlay was entitled to resist the officer, even if this meant some kind of assault, provided it was not excessive.

Was Mr. Barkhouse justified in entering into the fray? The express evidence is that Mrs. Dorothy Findlay did call for help. It could well be that the Findlays at that moment came under Mr. Barkhouse's protection. However, there is authority for the fact that at common law a rescuer such as Mr. Barkhouse in those circumstances could interfere. The authority is spoken of in *R. v. Duffy* (1966), 50 Cr. App. R. 68 (U.K.), which is paraphrased in Crankshaw's Criminal Code of Canada (8th Ed.), at page 1-157 as follows;

“... the appellant, convicted of wounding, had come to the rescue of her sister, whom she found fighting with a man. The court said, at common law, self defence extended to the principal civil and natural relations of the person attacked. However, quite apart from any special relationship between the person attacked and his rescuer, there is a general liberty, even as between strangers, to prevent an offence, the intervener being permitted to do all that is reasonable in the circumstances for the purpose of rescue.”

It is of course trite law that in Canada under s. 7(3) of the Criminal Code an accused in a criminal proceeding may invoke any common law defence.

¹³⁰ *R. c. Hébert*, précité, note 111, 277 et 278 :

De même, l'art. 27 justifie l'emploi de la force raisonnablement nécessaire pour empêcher la perpétration d'une infraction. C'est un article d'application générale et il n'est pas nécessaire que la personne qui invoque la justification soit un agent de la paix ou un fonctionnaire public, ou un membre d'une catégorie restreinte de personnes. Cependant, cet article vise nettement à permettre à un passant qui constate qu'une infraction est en train d'être commise ou sur le point de l'être d'employer la force pour en empêcher la perpétration. Placer une attaque personnelle dans la catégorie des infractions dont la perpétration déclenche l'application de l'art. 27 n'aurait aucun sens.

B. Les conditions d'ouverture de l'article 37 du Code criminel

D'après le juge Lamer dans l'arrêt *McIntosh*¹³¹, un accusé peut invoquer la protection prévue à l'article 37 dans tous les cas où la force employée par l'agent était (1) *nécessaire* et (2) *proportionnelle*.

1) *La force nécessaire*. Aux termes du paragraphe 37(1) du *Code criminel*:

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

À l'image de l'article 34(1), l'article 37 renvoie directement à la notion de force nécessaire. Bien que cette expression soit généralement rattachée à l'appréciation du degré de force utilisé afin d'assurer sa protection, l'approche dualiste proposée par le juge Lamer dans l'arrêt *McIntosh*¹³², – approche qui met l'accent sur la *nécessité* et la *proportionnalité* de la riposte – nous oblige à interpréter ce critère en fonction du caractère *irrésistible* de l'attaque¹³³. Il faut donc se demander si la force utilisée était nécessaire pour prévenir l'attaque ou sa répétition. Si la réponse est affirmative, alors l'individu devra être acquitté, car son choix n'était pas un choix véritable, mais une réaction dictée par l'instinct de conservation. En sens contraire, sera condamné, «l'agent [qui] cesse d'être prisonnier d'une alternative et [qui] ne subit plus l'obligation de choisir la commission d'un acte infractionnel »¹³⁴.

Tout en reconnaissant que l'expression «force nécessaire pour prévenir l'attaque ou sa répétition » devrait plutôt refléter le degré de force utilisé pour se protéger (ou pour protéger une personne placée sous sa protection), nous croyons que l'article 37 exige la présence d'un

¹³¹ R. c. *McIntosh*, précité, note 64.

¹³² *Ibid.*

¹³³ R. c. *Styles*, [2000] N.J. (Quicklaw) n° 109, par. 29 (T.-N. C.S.):

Further, even if the possibility existed that Michael Brophy might push Nick Styles a second time, other more reasonable methods of prevention could have been adopted by the appellant including a sharp verbal warning to Michael Brophy as to his presence, or simply going to his son, ascertaining whether or not he had been hurt, and removing him from the scene. There was sufficient evidence before the trial judge to conclude that the force utilized in the circumstance was excessive and unnecessary. There is no legal basis to conclude the actions of the appellant were reasonably necessary in the circumstances.

¹³⁴ A.-C. Dana, *op. cit.*, note 1, p. 228.

péril *irrésistible* (impossibilité d'agir autrement dans les circonstances). Enfin, mentionnons que l'article 37 n'interdit pas l'agresseur initial de se prévaloir de cette disposition¹³⁵.

2) *La proportionnalité*. Aux termes de l'article 37(2) du *Code criminel*, la légitime défense «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». Comme l'indique ce passage d'une clarté remarquable, la riposte de l'accusé doit être proportionnelle à l'attaque anticipée ou réelle¹³⁶. Cette condition repose sur la présomption qu'une force excessive ou disproportionnée cesse d'être défensive pour devenir strictement offensive. En effet, la défense disproportionnée par rapport à l'agression ne peut être légitime, car elle se situe inéluctablement en dehors de la nécessité qui a dicté l'acte de l'agent. La riposte étant démesurée, l'accusé perd son droit d'invoquer l'article 37. Cela étant, comment doit-on évaluer la proportionnalité entre la défense et l'agression? En fonction du résultat final? Non, répond la jurisprudence. C'est la force elle-même, non les conséquences physiques et matérielles, qui compte. Toujours selon le juge Finch dans l'arrêt *Grandin*:

As I've said, Section 37(2) states that no one is justified in intentionally applying force that is excessive, having regard to the nature of the assault that one is trying to prevent.

It is important to note that it is not the nature or the extent of the resulting injury to anyone that is determinative of whether the force used was excessive or not. In other words, just because the result of the use of force was a laceration and fracture of the skull, that in itself, alone, is not enough to say that too much force or excessive force was used or applied. That goes back, again, to the question I made earlier – the comment I made earlier. You can have a small application, or light application of force which has serious consequences. You can have a serious application of force which has minimal consequences. The mere fact that you see an injury, does not provide proof of excessive force. You have to ask yourself again: How did this happen? What was going on? How was it that the amount of force used was, in fact, used, with what was it used, and what were the circumstances, and was it excessive having regard for that which it was intended to prevent?¹³⁷

À l'image de l'article 34(1), l'évaluation de la force utilisée est un processus souple qui comporte un élément objectif et subjectif. «Il faut [donc] se garder de confondre l'existence du droit de se défendre et sa

¹³⁵ R. c. *McIntosh*, précité, note 64, 707.

¹³⁶ R. c. *Mulder*, (1978) 40 C.C.C. (2d) 1 (C.A. Ont.).

¹³⁷ R. c. *Grandin*, précité, note 123, 421.

mesure. Ce serait une erreur de croire, que si les conditions de la légitime défense sont réalisées, la personne menacée aura toujours le droit de se défendre par tous les moyens »¹³⁸. Pour être exonératoire, la légitime défense prévue à l'article 37 doit donc être proportionnée à l'acte d'agression, faute de quoi la coloration pénale du fait dommageable sera portée au compte de son auteur.

Considéré dans sa forme résiduaire, l'article 37 entraîne donc une marginalisation importante des articles 34(1) et 35 du Code criminel car cette disposition intervient là où les articles 34(1) et 35 ne peuvent assurer de protection adéquate en raison des limites entourant leurs conditions d'ouverture¹³⁹.

Le fardeau de la preuve en matière de légitime défense

Comme tous les moyens de défense reconnus en droit criminel, la légitime défense repose sur le critère de la vraisemblance¹⁴⁰. Or pour qu'un moyen de défense soit vraisemblable, il doit y avoir au dossier des éléments de preuve qui permettraient à un jury ayant reçu des directives appropriées et agissant raisonnablement de prononcer l'acquittement, s'il y ajoutait foi. Il ne s'agit pas ici de déterminer s'il existe une preuve au sens général, mais plutôt de savoir s'il existe une preuve susceptible de justifier un acquittement.¹⁴¹ Si tel est le cas, la légitime défense doit alors être présentée au jury. Dans le cas contraire, elle doit être écartée. Procéder autrement ne contribuerait qu'à semer la confusion dans l'esprit des jurés et à faciliter le prononcé d'un verdict non étayé par la preuve soumise au procès¹⁴² :

En général, le système de jury fonctionne exceptionnellement bien. Son importance est confirmée par l'al. 11 *f*) de la Charte. L'une des raisons qui expliquent pourquoi il fonctionne si bien a trait au fait que les juges du procès peuvent diriger l'attention des jurés sur les éléments essentiels de l'infraction et sur les moyens de défense applicables. Ce processus devrait être maintenu. L'exposé au jury doit porter sur les éléments essentiels du crime reproché à l'accusé et sur les moyens de défense qui peuvent être soulevés. Quant aux moyens de défense théoriques qui ne sont pas étayés, ils ne devraient pas être soumis au jury, car cela ne serait pas approprié et risquerait de créer de la confusion et de prolonger indûment les procès avec jury.¹⁴³

¹³⁸ A.-C. Dana, *op. cit.*, note 1, p 228.

¹³⁹ Sur la relation entre les articles 34 et 37 voir les décisions suivantes *R. c. Boucher*, précité, note 72, par. 50 (C.S.) :

La légitime défense prévue à l'article 37 C.cr. ne sera pas soumise au jury. La légitime défense prévue à l'article 37 existe pour combler des situations factuelles qui ne tomberont ni dans l'article 34 C.cr. ni dans l'art. 35. La

défense n'a pas pu me convaincre que tel était le cas car je crois, comme je l'ai déjà dit, que la légitime défense avancée dans ce dossier est couverte par l'article 34(2).

R. c. *Perepelecta*, précité, note 14, par. 72 :

When two self-defence sections are potentially available to an accused, the section providing the wider protection should ordinarily be examined first. In *R. v. Grandin* (2001), 154 C.C.C. (3d) 408, the British Columbia Court of Appeal considered sections 34(1) and 37. Justice Finch writing for the court states at pages 419 and 420:

“The elements of the defence under s. 34(1) are: that the accused was unlawfully assaulted by the victim; that the accused did not provoke the assault; that the force used by the accused was not intended to cause death or grievous bodily harm; and that the force used by the accused was no more than necessary to enable him to defend himself. See Hebert, *supra*.

The only elements of the defence under s. 37 are that the accused used force to defend either himself or others from an assault, and that the force used was no more than was necessary.

In my view, s. 37 extends the ambit of the self-defence protection found in s. 34(1) and provides a wider defence to an accused. Unlike s. 34(1), s. 37 applies to an accused even if he provoked the assault upon him, applies to an accused who acts in the defence of others, and does not consider intent in relation to the amount of force used.

In other words, s. 37 does not contain a prerequisite that the accused did not intend to cause death or grievous bodily harm.

Section 37, like s. 34(1) requires that the force used by the accused be no more than necessary. Thus, both provisions include a proportionate force component.

I find support for this view of the ambit of the defence provided by s. 37 in the carefully reasoned article, “Simplifying Self-Defence” by Gil McKinnon, Q.C. and Keith Hamilton (1997), 55 *The Advocate* 701 at 703:

On the issue of intent to cause death or grievous bodily harm, the Supreme Court of Canada ruled in *R. v. Hebert* that in a case of aggravated assault in which the 75-year-old victim received bruises to his face, nose, sternum and forearms, the trial judge erred in failing to instruct the jury that s. 37, like s. 34 was equally applicable to the accused's defence. In *Pintar*, (1996), 30 O.R. (3d) 483, the Ontario Court of Appeal observed that s. 37 does not address the issue of intent. In our view this legislative silence, coupled with the interpretive approach adopted in *McIntosh* leads irresistibly to the conclusion that s. 37 should be interpreted as applying even where the accused intends to cause death or grievous bodily harm.

Based on this analysis, s. 37 has a wider ambit of application, which

Il n'est pas question ici d'évaluer la crédibilité des témoignages ni la valeur probante de la preuve, mais bien de vérifier s'il existe une preuve raisonnablement susceptible d'étayer un verdict d'acquiescement. Pour ce faire, le juge devra évaluer l'ensemble de la preuve en supposant que celle-ci est véridique. Le fondement probant peut découler directement du témoignage de l'accusé¹⁴⁴ ou de son contre-interrogatoire, des témoins cités par la poursuite ou par la défense, des circonstances entourant les événements reprochés, etc. Autrement dit, «s'il existe une preuve directe concernant chacun des éléments du moyen de défense, peu importe qu'elle ait été produite ou non par l'accusé, le juge du procès doit soumettre le moyen de défense au jury»¹⁴⁵.

encompasses all factual situations in which s. 34(1) might arise and thus renders s. 34(1) superfluous. In our view, there is no need in "proportionate force" cases for trial judges to consider, or to instruct juries on, s. 34(1)."

R. c. Balchand, (2001) 160 C.C.C. (3d) 339, 344 (C.A. Ont.) :

The jury of course should have been told that unless the Crown satisfied them beyond a reasonable doubt that it was not applicable, the appellant was entitled to the benefit of s. 34(2) and that they need only consider s. 37 if satisfied beyond a reasonable doubt that s. 34(2) did not apply.

¹⁴⁰ *R. c. Cinous*, précité, note 20, 52 et 53 :

Dans l'arrêt Pétel, précité, p. 12, le juge en chef Lamer a énoncé les trois éléments constitutifs de la légitime défense prévue au par. 34(2) : « (1) l'existence d'une attaque illégale; (2) l'appréhension raisonnable d'un danger de mort ou de lésions corporelles graves, et (3) la croyance raisonnable qu'on ne peut s'en sortir autrement qu'en tuant l'adversaire ». Pour que le moyen de défense soit retenu, l'existence de ces trois éléments doit être établie. Le critère de la vraisemblance doit donc s'appliquer à chacun d'eux. Si l'un ou l'autre de ces éléments n'est pas vraisemblable, la légitime défense ne doit pas être soumise à l'appréciation du jury. Voir les arrêts Hebert et Latimer.

¹⁴¹ *Ibid.*, 47 et 48.

¹⁴² *Ibid.*, 30.

¹⁴³ *R. c. Osolin*, [1993] 4 R.C.S. 595, 683.

¹⁴⁴ *R. c. Cinous*, précité, note 20, 54 :

La preuve produite en l'espèce émane du propre témoignage de l'accusé. Même si notre Cour a clairement dit que la simple affirmation, par l'accusé, que les éléments constitutifs d'un moyen de défense existent n'est pas suffisante pour que le critère de la vraisemblance soit respecté, ce principe ne s'applique pas dans la présente affaire. Dans son témoignage, l'accusé ne s'est pas contenté d'alléguer l'existence des éléments du moyen de défense, mais il a relaté en détail les perceptions qu'il a eues et ce qui l'a amené à les avoir. Comme nous l'avons dit précédemment, la crédibilité n'est pas en cause dans l'analyse de la vraisemblance. La question n'est pas de savoir s'il y a lieu de croire ou non l'accusé (ou un autre témoin). Il s'agit plutôt de savoir si, dans l'éventualité où il retiendrait l'interprétation de la preuve qui est la plus favorable à l'accusé, le jury pourrait raisonnablement faire les inférences requises.

¹⁴⁵ *Ibid.*, 50.

Si la règle de la vraisemblance ne pose aucune difficulté apparente lorsqu'il s'agit d'évaluer le volet subjectif de la légitime défense – dans la mesure où il est possible d'utiliser une preuve directe (p. ex., le témoignage de l'accusé quant à sa croyance en la présence d'une attaque illégale) –, il en va autrement lorsqu'il s'agit d'examiner la composante objective du moyen de défense (présence de motifs raisonnables appuyant les dires de l'accusé). Dans ce cas, le juge du procès doit se demander si la preuve, en tenant pour acquis qu'elle est véridique, peut raisonnablement étayer la croyance subjective de l'accusé:

L'analyse de la vraisemblance doit être effectuée relativement à chacune des composantes subjective et objective du moyen de défense. Une preuve susceptible d'étayer une conclusion de fait particulière quant à un élément du moyen de défense ne sera pas nécessairement susceptible d'étayer les autres éléments de ce moyen de défense. Lorsque la légitime défense prévue au par. 34(2) est invoquée, le témoignage de l'accusé concernant ses perceptions ne constitue pas nécessairement une preuve raisonnablement susceptible d'étayer la conclusion que les perceptions qu'il a eues étaient raisonnables.

Le problème en l'espèce est de savoir s'il existe une preuve qui aurait permis à un jury ayant reçu des directives et agissant raisonnablement de conclure que les perceptions que l'accusé est censé avoir eues étaient raisonnables dans les circonstances. Étant donné que, par définition, le caractère raisonnable ne peut être établi au moyen d'une preuve directe, il s'agit essentiellement de savoir s'il existe une preuve qui permettrait à un jury d'inférer raisonnablement que les perceptions de l'accusé étaient raisonnables. Il n'y avait pas lieu de soumettre le moyen de défense à l'appréciation du jury s'il n'était pas en mesure de conclure raisonnablement que les perceptions de l'accusé étaient raisonnables, même en tenant compte son témoignage pour véridique.¹⁴⁶

En ce qui concerne maintenant la charge de persuasion, celle-ci incombe au ministère public, lequel doit prouver, hors de tout doute raisonnable, que l'accusé n'a pas agi en légitime défense. Résultat: L'accusé doit bénéficier de tout doute raisonnable soulevé par la preuve relativement à l'application de ce moyen de défense.

Au delà des problèmes reliés à la charge de présentation et de persuasion, le régime applicable en matière de légitime défense pose des difficultés importantes au plan de la détermination des dispositions pertinentes¹⁴⁷. Pour enrayer ces difficultés, la Cour d'appel de l'Ontario

¹⁴⁶ *Ibid.*, 53 et 54.

¹⁴⁷ *R. c. Boucher*, précité, note 72, par. 45 :

Comme deuxième observation préliminaire, le concept de légitime défense en droit canadien est extrêmement complexe. Il s'agit d'un domaine fertile

dans l'arrêt *Pintar* propose une approche fonctionnelle de la légitime défense¹⁴⁸, approche qui fut simplifiée par le juge Allen dans l'arrêt *R. c. Susan* :

pour des instructions excessives et confuses au jury. C'est pourquoi je partage l'opinion de l'honorable juge Moldaver dans l'arrêt *R. c. Pintar* lorsqu'il écrit :

The legal and practical implications arising from Hebert are significant and deserve close attention. As a matter of law, the Supreme Court of Canada has now made it clear that just as under-charging can lead to reversible error in some cases, so too can over-charging. On a practical level, I am of the view that the decision advocates a somewhat more functional approach to instruction on the law of self defence than may have existed in the past. Hebert admonishes trial judges to separate the wheat from the chaff when assessing the applicability of the various self-defence provisions. It invites trial judges to take a hard look at the evidence with a view to determining the essence of the claim to self-defence and the Code provision(s) realistically available to that claim. It advocates a careful and considered culling of the self-defence provisions to avoid unnecessary, inappropriate and irrelevant legal instruction of a kind that might well divert the jury's attention from the real basis upon which the claim to self-defence rests.

¹⁴⁸ *R. c. Pintar*, précité, note 40, 416 :

To give effect to the functional approach, I would urge trial judges to consider the following guidelines when faced with the prospect of charging a jury on the law of self-defence:

(1) Consider the evidence carefully with a view to determining the essence of the claim to self-defence and the Code provision(s) realistically available to that claim.

(2) To the extent that the evidence fails the air of reality test in respect of one or more of the constituent elements of a particular provision, that provision should not be left with the jury.

(3) To the extent that the evidence clearly establishes one or more of the constituent elements of a particular provision, Crown counsel should be encouraged to admit the underlying facts and thereby avoid unnecessary legal instruction.

(4) Where a particular provision affords the accused a wider scope of justification than a companion provision, the narrower provision should only be put to the jury if the evidence lends an air of reality to the factual underpinnings of that provision, and the provision somehow fills a gap unaccounted for in the justification afforded by the wider provision.

Guidelines 1 through 3 require little explanation. The first two are derived from Hebert, *supra*, and the third is essentially a corollary of the second. Guideline 4, which has its genesis in McIntosh, *supra*, requires some brief elaboration.

- (1) Consider the evidence carefully with a view to determining the essence of self-defence claim and the Code provisions realistically available to the claim.
- (2) Determine if in the circumstances any particular provision has an “air of reality”.
- (3) Where there is more than one provision that might be applicable, afford the accused the scope of the wider provision and consider that first.
- (4) If there is no reasonable doubt that the wider or least restrictive provision applies then consider if the provisions of the narrower provision are applicable.
- (5) Section 37 would only be applied if there is some gap between the provisions as found in sections 34, and 35.
- (6) Determine if a section other than those sections between section 34 - 37 might be applicable.¹⁴⁹

En ajoutant la légitime défense à la liste déjà impressionnante des moyens de défense soumis à la règle de la vraisemblance, la Cour suprême du Canada confirme sa préférence pour l’adoption d’un critère uniforme de preuve visant à déterminer si le juge du procès doit soumettre le moyen de défense au jury. Toute autre solution «reviendrait à favoriser l’incohérence et l’anomalie dans le droit criminel»¹⁵⁰.

Conclusion

Toute cette analyse sur la légitime défense nous a montré combien celle-ci est étroitement liée à la notion de nécessité et de contrainte. Solidement ancrée dans la tradition classique, la légitime défense puise sa source dans l’évanouissement du libre arbitre et dans la disparition de l’acte volontaire au point de vue moral ou normatif. Malgré le caractère inébranlable de ses structures, la légitime défense demeure beaucoup trop complexe. Sa rédaction obscure, jumelée à son manque flagrant de cohésion, empêche de saisir avec précision les conditions d’ouverture de ce moyen de défense. Un exercice de clarification s’impose donc. Cet exercice, de toute évidence, devra s’inscrire dans le cadre des développements récents de la Cour suprême du Canada sur l’acte volontaire, et plus largement dans le mouvement de réforme – pour ne pas dire de résurgence – qui marque actuellement les principes gouvernant la responsabilité morale et pénale en droit canadien¹⁵¹.

¹⁴⁹ *R. c. Susan*, (2000) A.J. (Quicklaw) n° 35, par. 32 (Ct. of J.).

¹⁵⁰ Expression empruntée au juge en chef Lamer dans l’arrêt *R. c. Hibbert*, précité, note 2, 1017.

¹⁵¹ Voir à ce sujet les commentaires intéressants d’Adrien-Charles Dana, *op. cit.*,

note 1, p. 218:

À travers une approche beaucoup plus simple et conforme à l'idée de contrainte considérée comme la négation de la liberté de vouloir, il s'agira pour les juges de constater, concrètement, cas par cas, sans entrer dans les considérations philosophiques ou psycho-physiologiques, que l'agent ne pouvait neutraliser l'agression que par l'accomplissement d'un acte normalement infractionnel. Comme il le fait en matière [...] de contrainte au sens classique, ou d'état de nécessité, dans une hypothèse de légitime défense, qui n'est qu'un cas particulier de l'état de nécessité... avec cette circonstance spéciale que la nécessité a été créée par l'injuste agression de la victime, le juge pénal exercera son pouvoir d'appréciation pour retenir la réalisation des conditions de la contrainte. Les conditions de la légitime défense ne sont, en réalité, que la projection de celles qui déterminent l'intervention de la notion de contrainte. Et c'est cette dernière qui constitue le critère qui détermine le domaine de la légitime défense.