

LÉGALITÉ ET PIÈGE ILLÉGAL

Gilles Bachand

Volume 12, Number 2, 1982

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/1110297ar>

DOI: <https://doi.org/10.17118/11143/19549>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Revue de Droit de l'Université de Sherbrooke

ISSN

0317-9656 (print)

2561-7087 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this article

Bachand, G. (1982). LÉGALITÉ ET PIÈGE ILLÉGAL. *Revue de droit de l'Université de Sherbrooke*, 12(2), 357–394. <https://doi.org/10.17118/11143/19549>

LÉGALITÉ ET PIÈGE ILLÉGAL

par Gilles BACHAND *

SOMMAIRE

INTRODUCTION	358
A) L'AUTEUR DU PIÈGE ILLÉGAL	360
1) La nécessité de l'action policière	360
2) La responsabilité de l'auteur du piège illégal	362
B) LA VICTIME DU PIÈGE ILLÉGAL	365
1) Éléments constitutifs d'un piège illégal	365
a) Le test subjectif	366
b) Le test objectif	369
c) Le test de la cause raisonnable	372
2) Fondements de l'intervention judiciaire lors de piège illégal	372
a) L'interprétation statutaire	372
b) La politique sociale	374
c) Déclaration canadienne des droits	381
3) Mode d'intervention judiciaire lors de piège illégal	382
a) L'exclusion de preuves	383
b) La mitigation de sentence	384
c) Acquittement pour absence d'un élément constitutif de l'infraction	385
d) Arrêt des procédures pour cause d'abus	387
e) La défense de piège illégal	391
CONCLUSION	393

* Étudiant à la Maîtrise en droit, Université de Montréal.

INTRODUCTION

Le présent travail a pour but de considérer les questions soulevées par une situation de piège illégal, mieux connu sous le terme américain d'“entrapment”. Il convient de noter que l'expérience américaine occupe une place relativement importante dans les considérations de l'exposé. Cela est dû à son influence considérable sur notre jurisprudence et sur l'évolution projetée du droit canadien en ce domaine, et ce, plus que toute autre approche étrangère¹.

En introduction, sera délimitée la notion visée par l'expression “piège illégal”. Sera ensuite étudiée la question sous le jour de la responsabilité pénale de son auteur; la raison d'être de méthodes de détection policière pouvant éventuellement engendrer un piège illégal, pourquoi les tolère-t-on malgré leur illégalité, ou du moins, leur immoralité? Enfin qu'en est-il de la responsabilité pénale proprement dite de l'auteur du piège?

En seconde partie, sera examiné le problème du piège illégal relativement à sa victime. Par quel processus la cour peut-elle conclure que les circonstances qui lui sont soumises constituent effectivement un piège illégal? Une fois son existence établie, sur quelle base théorique peut-on faire reposer un remède au piège illégal? Quels sont ensuite les mécanismes offerts au pouvoir judiciaire lui permettant de cristalliser les principes désapprouvant un tel piège illégal? Seront aussi mentionnées différentes recommandations de réforme du droit pénal actuel afin que soit uniformisée l'approche du judiciaire face à ce problème.

En un premier temps, toutefois, il est nécessaire de préciser sommairement différentes méthodes utilisées par les forces de l'ordre afin de détecter le crime.

Il y a tout d'abord l'indicateur, l'informateur ou l'espion. C'est celui qui simule sa participation à une conspiration ou à la perpétration d'une infraction afin d'en obtenir, de bonne foi, la preuve de sa consommation et de la culpabilité de ses auteurs². En d'autres mots, sa relation avec la police précède sa participation dans les événements entourant immédiatement la perpétration de l'infraction. Il peut poser des actes apparemment répréhensibles, mais nécessaires, tel que de montrer une certaine dose d'intérêt et d'enthousiasme pour les

1. Stanley A. COHEN, *Due Process of Law*, Toronto, Carswell, 1977, p. 388.

2. Iréné LAGARDE, *Droit pénal canadien*, 2e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 1974, p. 95.

buts d'une organisation, même s'ils sont illégaux, afin de dissimuler son identité pour plus de cinq minutes³. Comme on pourra le constater un peu plus loin, l'utilisation d'un simple indicateur est un moyen de détection encore trop passif pour constituer un "piège illégal".

Deuxièmement, il y a l'agent provocateur qui incite un individu, le croyant être, de bonne foi, un délinquant potentiel n'attendant que l'occasion propice pour perpétrer une infraction, dans le but de le faire condamner⁴. Il est légitime et ne constitue pas un piège illégal, pour un agent de fournir une telle occasion par voie de ruse, artifice ou sollicitation ordinaire, afin d'obtenir une preuve sur laquelle peut être fondée une poursuite contre une personne ayant exhibé l'intention préalable de commettre une telle infraction⁵. Cette méthode de détection, se situant à la limite de la légalité, envisage donc le rôle de l'agent de l'État comme fournissant simplement une occasion à la perpétration de l'infraction, sans toutefois être allé jusqu'à en être la cause génératrice.

Enfin, il y a le piège illégal proprement dit. Sa définition classique a été formulée par le juge Roberts de la Cour suprême américaine:

"Entrapment is the conception and planning of a crime by a law enforcement officer and his procurement of its commission by one who would not have perpetrated it except for the trickery, persuasion or fraud of the officer"⁶.

Il s'agit donc de l'instigation officielle d'un crime, en vue de condamner la partie prise au piège. Il n'est donc opportun de parler de piège illégal ou d'instigation officielle de crime que lorsque la police est allée au-delà de la simple sollicitation ou occasion et a activement organisé une machination pour prendre au piège un individu afin de le traduire ensuite devant les tribunaux⁷. Il est alors nécessaire de distinguer entre la simple sollicitation ou encouragement et le piège illégal lui-même, ce qui peut s'avérer difficile dans certains cas limite. La jurisprudence américaine a tenté d'établir certains critères de distinction en avançant que la simple occasion existe lorsque l'accusé est prédisposé à commettre le crime qu'on lui reproche, ou un crime de cette nature, tel que démontré par son comportement au moment de

3. *R. v. Mealey & Sheridan*, (1974) 60 Cr. App. R. 62.

4. I. LAGARDE, *op. cit.*, note 2, p. 95.

5. *R. v. Ormerod*, (1969) 2 O.R. 238 (CAO); *R. v. Kizner*, (1978) 38 C.C.C. 136 (CSC).

6. *Sorrels v. U.S.*, (1932) 287 U.S. 454.

7. *R. v. Kizner*, (1978) 38 C.C.C. 136 (CSC).

l'infraction. Par contre, l'incitation illégale peut être établie par un appel efficace de la part de l'agent aux sentiments de pitié, sympathie, amitié, peur ou espoir, autres que l'attente ordinaire de gains ou profits incidents au crime⁸.

En conclusion, lors de piège illégal, l'agent ne se contente plus de fournir l'occasion propice à la perpétration d'une infraction qui aurait été commise tôt ou tard, cesse de n'être qu'un simple catalyseur précipitant l'acte criminel, mais en devient lui-même un des ingrédients actifs, la *causa causans* de l'infraction.

A) L'AUTEUR DU PIÈGE ILLÉGAL

1) La nécessité de l'action policière

Les questions concernant l'existence des méthodes de détection policières sont généralement soulevées en rapport avec les infractions "consensuelles", les soi-disant crimes sans victime. On peut citer par exemple les infractions relatives à l'alcool, la drogue, le jeu ou certains comportements sexuels. Ces prohibitions trouvent leur source habituellement dans des lois adoptées pour la protection de la santé et du bien-être des membres de la communauté. De même, certains autres types de crimes peuvent justifier l'utilisation de méthodes particulières de détection, tels la pratique illégale de la médecine, les infractions contre la sécurité nationale, certaines opérations frauduleuses, le chantage ou la conspiration, pour n'en nommer que quelques-uns.

La nature même de ces infractions fait qu'elles seront généralement commises, pour la plupart, par des individus suffisamment perspicaces pour éviter la détection par des méthodes routinières et conventionnelles de surveillance. Elles seront donc commises en privé, hors du champ normal d'observation du policier ou du citoyen qui serait autrement enclin à en faire rapport aux autorités. Comme il y aura habituellement absence de plaignant, la police se verra forcée de recourir à des méthodes d'enquête et de détection actives, voire même agressives, si ces lois doivent être respectées. Bien que dans certaines circonstances la police puisse avoir des motifs suffisants pour justifier une arrestation, elle peut bien ne pas détenir suffisamment de preuves pour soutenir une condamnation. À ce moment, il lui sera nécessaire de simuler la participation à l'infraction (en qualité de délinquant ou de victime) afin d'amasser la preuve de sa perpétration

8. *U.S. v. Becker*, (1933) 62 F (2d) 1008; *U.S. v. Washington*, (1927) 20 F (2d) 163.

par l'accusé. Ils devront donc, dans certains cas, techniquement violer la lettre de la loi, lors de la mise à exécution de ces méthodes.

Commentant directement cette éventualité, le juge Goddard adopte une attitude très stricte et condamne sévèrement tout recours à de telles méthodes en disant qu'à moins d'une loi spécifique du Parlement permettant d'agir de cette façon, il est entièrement indéfendable et illicite pour les autorités policières de donner, ou de permettre que soient données des directives enjoignant un agent de police ou toute autre personne de commettre une infraction de façon à ce qu'une infraction commise par une autre personne puisse être détectée ou prouvée⁹.

Pour sa part, Glanville Williams favorise une attitude plus libérale et réaliste en soulignant le danger inhérent à une application trop stricte de la loi, qui pourrait alors entraver sérieusement le travail des policiers quant à l'arrestation et la condamnation ultérieure des délinquants¹⁰.

Le policier, étant un fonctionnaire chargé de maintenir l'ordre, fait partie de la bureaucratie. L'idéologie propre à la bureaucratie démocratique insiste particulièrement sur l'aspect d'initiative de ses membres plutôt que sur une adhérence stricte aux lois et règlements. Par opposition, le principe de légalité met l'accent sur les droits individuels des citoyens et sur la répression d'une telle initiative chez les bureaucrates judiciaires. La loi n'est donc pas seulement l'outil de l'ordre, mais en devient fréquemment son adversaire¹¹.

Alors, on peut voir que d'une part, les droits et le bien de la société réclament que la force policière puisse être énergique et efficace pour assurer la paix, l'ordre et la prévention du crime¹², alors que d'autre part, la légalité stricte requiert de la police qu'elle respecte scrupuleusement les règles sur lesquelles repose notre système légal.

Malgré l'existence de ce conflit, l'utilisation de ces méthodes de détection est néanmoins présentement sanctionnée par le pouvoir judiciaire comme étant un moyen légitime pour faire respecter la loi et contrôler le crime. Non seulement cette conduite n'offense-t-elle

9. *Brannan v. Peek*, (1948) 1 K.B. 68; (1947) 2 All E.R. 573.

10. Glanville WILLIAMS, *Criminal Law (The General Part)*, 2e éd., London, Stevens & Sons, 1961, p. 796.

11. Michael STOBER, "Entrapment", (1976) 7 R.G.D. 27.

12. Il est soumis que la certitude de l'arrestation chez un criminel potentiel est un élément de dissuasion plus persuasif que la sévérité de la peine qu'il pourrait encourir.

pas la politique sociale du droit pénal, mais cette dernière va même jusqu'à légitimer et protéger son existence¹³. En effet, il existe une politique visant à ne pas décourager la détection et la poursuite des criminels¹⁴. Même le Comité canadien de la réforme pénale et correctionnelle, dans son Rapport Ouimet, reconnaît la nécessité et la validité de procédés tels que la technique policière consistant à se faire passer pour membre d'une organisation criminelle afin d'amasser des preuves démontrant ses activités, ou à acheter des drogues pour fins d'analyse, ou pour vérifier si les restrictions concernant leur vente sont respectées¹⁵.

Toutefois, un équilibre doit être atteint entre l'accord à la police d'une latitude raisonnable dans l'emploi de stratagèmes afin de contrôler la propagation du crime et le contrôle d'un comportement qui irait au-delà de toute latitude raisonnable¹⁶. En conséquence, le véritable problème ne se présente que lorsque la méthode de détection, suite à un excès de zèle, engendre la perpétration d'une infraction que n'aurait pas autrement commise le délinquant¹⁷. Il s'agit alors du cas du piège illégal, et seulement lors d'un tel abus flagrant de méthodes de détection la cour sentira-t-elle la nécessité d'établir une limite au-delà de laquelle le principe de légalité aura priorité sur les droits et le bien de la société requérant la condamnation de l'accusé et l'acceptation des méthodes policières ayant permis une telle conclusion.

2) La responsabilité de l'auteur du piège illégal

Il convient de rappeler les propos de Lord Goddard, dans *Brannan v. Peek*, où il affirme que le policier ou toute autre personne ayant commis une infraction, dans le but de détecter ou prouver une infraction commise par une autre personne, agit de façon illicite et doit répondre de ses actes devant les tribunaux, à moins qu'existe une stipulation expresse du Parlement, excusant une telle conduite¹⁸.

Ainsi, en toute justice, les policiers doivent être assujettis aux mêmes lois que les citoyens ordinaires. Les délinquants des deux

13. *R. v. Timar*, (1969) 5 C.R.N.S. 195 (CCO).

14. Roscoe POUND, *Jurisprudence*, vol. 3, St-Paul, West Publishing Co., 1959, p. 274.

15. Rapport du Comité canadien de la réforme pénale et correctionnelle, *Justice pénale et correction: un lien à forger*, Ottawa, Imprimeur de la Reine, 1969, p. 81.

16. *R. v. Kizner*, (1978) 38 C.C.C. 135 (CSC).

17. À cet effet, voir *R. v. Birtles*, (1969) 2 All E.R. 1131 et *R. v. Kizner*, (1978) 38 C.C.C. 136 (CSC).

18. *Brannan v. Peek*, (1947) 2 All E.R. 573.

groupes doivent être punis¹⁹. Par contre, ni l'un ni l'autre ne doit subir indûment de contraintes, car nous serions alors aux prises soit avec de la violence incontrôlée ou un État-policier. Face à cet éternel conflit, un juste milieu doit encore, et toujours, être le but à atteindre²⁰.

Le juge Laskin, dans *R. v. Ormerod*, ne reconnaît pas l'existence d'une immunité pénale policière basée sur le concept du devoir public. Ce serait là un écart sérieux des principes constitutionnels ne reconnaissant pas l'immunité officielle, sauf si la loi la prévoit expressément²¹.

Pour sa part, Glanville Williams met en garde contre une application trop stricte de la loi, ce qui aurait pour effet de restreindre l'effort policier de façon indue. Plutôt, il suggère de distinguer entre la conduite policière acceptable ("proper") et la conduite policière inacceptable ("improper"). Lorsque la conduite de la police est acceptable, elle ne devrait pas être déclarée coupable d'une infraction, même si elle a violé la lettre de la loi. Par ailleurs, si elle a agi de façon inconvenante, elle peut être poursuivie pour toute infraction révélée par les faits, y compris la conspiration et l'incitation à commettre une infraction²². Une conduite acceptable entraîne donc une immunité "officiuse" pour l'agent qui a agi de façon acceptable. Mais à partir de quels critères peut-on qualifier une conduite d'acceptable? On peut avancer qu'ils sont issus de la doctrine de common law de nécessité qui excuserait l'agent devant nécessairement enfreindre la loi afin de pouvoir la faire respecter. La décision de ne pas poursuivre l'agent serait en bonne partie justifiée si l'on peut répondre affirmativement à l'une des questions suivantes:

- a) La violation de la loi est-elle si fréquente qu'il est nécessaire de faire un effort spécial pour enrayer les infractions?

19. *Roncarelli v. Duplessis*, (1959) S.C.R. 122 (CSC).

20. Joel SHAFER et William J. SHERIDAN, "The Defence of Entrapment", (1970) 8 *Osgoode Hall Law Journal* 294.

21. *R. v. Ormerod*, (1969) 2 O.R. 238 (CAO); voir aussi *R. v. Kizner*, (1978) 38 C.C.C. 134 (CSC). Un exemple d'immunité officielle se retrouve à l'article 125 de la *Loi de la Commission de contrôle des permis d'alcool*, S.R. 1971, c. 19:

"Les officiers, inspecteurs et autres personnes employées pour la mise à exécution de la présente loi, lorsqu'ils agissent en leur qualité officielle, de même que les personnes qui agissent d'après les instructions de ces officiers, inspecteurs ou autres employés, n'encourent aucune des peines que la présente loi édicte contre ceux qui obtiennent des boissons alcooliques d'une personne munie ou non d'un permis accordé en vertu de la présente loi".

22. G. WILLIAMS, *op. cit.*, note 10, p. 796.

- b) Le crime offense-t-il si gravement la décence ou a-t-il des conséquences si graves que le gouvernement devient justifié d'éprouver le respect que les citoyens ont de la loi?
- c) Les crimes et délits de ce genre sont-ils perpétrés dans un tel secret qu'il devient difficile d'appréhender leurs auteurs²³?

Ce qui est suggéré ici est plus dans le sens d'une immunité informelle résultant de la discrétion à intenter une poursuite contre l'agent, plutôt qu'une véritable immunité officielle. Les titulaires de cette discrétion à poursuivre sont évidemment les policiers eux-mêmes et les procureurs de la Couronne.

Il est important que cette règle de pratique conserve sa flexibilité discrétionnaire, car la fixer, l'officialiser par une législation générale analogue à l'article 25 du Code criminel, équivaldrait à une abdication du contrôle judiciaire sur les agissements criminels des policiers, contrôle qui s'est révélé nécessaire de temps à autre²⁴. En effet, les tribunaux canadiens n'ont pas hésité, en certaines occasions, à condamner des policiers ayant eux-mêmes commis une infraction dans le but de garantir une poursuite²⁵.

Bien qu'existe cette discrétion d'intenter ou non une poursuite, elle n'est pas une assurance que tous les cas justifiant une sanction seront soumis aux tribunaux. En effet, il ne faut pas perdre de vue le fait que c'est la police elle-même qui jouit en premier lieu de cette discrétion. De plus, les procureurs de la Couronne peuvent se sentir fort mal à l'aise d'avoir à traduire devant les tribunaux un des policiers avec qui ils se doivent de collaborer si étroitement sur une base régulière²⁶.

Ceci n'est pas pour suggérer que l'agent fautif ne sera jamais puni, car il existe des contrôles administratifs internes se traduisant par une possibilité d'enquête ou autres mesures disciplinaires. Ces normes émanant du milieu même des forces policières sont plus efficaces que des décisions judiciaires ou des lois pour influencer la conduite policière immédiate en ce qui concerne de telles pratiques. Toutefois, de façon plus globale et à long terme, il est vrai que l'ultime facteur d'influence se révèle être une combinaison entre ces normes, la loi et les décisions des tribunaux²⁷. Un exemple de telles normes spécifiquement émises pour parer à l'éventualité du piège illégal se

23. I. LAGARDE, *op. cit.*, note 2, p. 95.

24. *R. v. Ormerod*, (1969) 38 O.R. 238, 245 (CAO).

25. *R. v. Petheran*, (1936) 1 W.W.R. 287; 65 C.C.C. 151; 2 D.L.R. 24 (CAA).

26. S.A. COHEN, *op. cit.*, note 1, p. 119.

27. M. STOBBER, *loc. cit.*, note 11, p. 27.

retrouve dans les directives du *Home Office* d'Angleterre, transmises par voie de circulaire confidentielle à tous les constables-chef, quelques jours seulement après l'affaire Birtles en 1969. Ces directives, bien que reconnaissant la nécessité d'utiliser et même de protéger les indicateurs jusqu'à un certain point, formulent les recommandations suivantes:

- a) De strictes limites doivent être imposées sur l'étendue de la participation d'un indicateur dans la perpétration d'un crime.
- b) Aucun membre de la force policière et aucun de leurs indicateurs ne doit conseiller, inciter ou causer la perpétration d'une infraction.
- c) La police ne doit pas agir de façon à ce qu'il lui soit ensuite nécessaire de retenir des informations ou de tromper la cour afin de protéger un indicateur.
- d) Des officiers séniors et d'expérience doivent pouvoir exercer une supervision efficace lors d'utilisations d'indicateurs, et une attention particulière doit être consacrée à la formation de détectives concernant ce domaine²⁸.

C'est habituellement lorsque l'agent en question aura excédé la juridiction de mesures disciplinaires internes qu'il serait alors susceptible de se voir accuser au pénal²⁹.

La conclusion finale est que l'agent fautif n'est généralement pas poursuivi, bien qu'il soit aussi susceptible de l'être que l'accusé, mais lorsqu'une accusation est déposée et en l'absence d'exonération statutaire expresse, il ne bénéficiera d'aucune immunité ou défense³⁰.

B) LA VICTIME DU PIÈGE ILLÉGAL

1) Éléments constitutifs d'un piège illégal

Il existe plusieurs tests destinés à aider le tribunal à déterminer si les faits particuliers qui lui sont soumis relèvent du piège illégal. En effet, trois tests ont été développés, principalement par la jurisprudence américaine. Ce sont le test subjectif, le test objectif et le test de la cause raisonnable.

28. K.M. DEVLIN, "Informers, Spies and Agents Provocateurs", (1971) *Chitty's Law Journal* 68 (février), référant aux directives du Home Office, (1969) 119 *New Law Journal* 513.

29. M. STOBBER, *loc. cit.*, note 11, p. 50.

30. J. SHAFER et W.J. SHERIDAN, *loc. cit.*, note 20, p. 298.

a) Le test subjectif

C'est le plus fréquemment utilisé, du moins en pratique américaine. Il est aussi appelé *creative activity test* ou *origin of intent test*. Il s'agit ici de s'enquérir de l'état d'esprit de l'accusé au moment où il fut originairement mis en contact avec l'agent de l'état, plutôt que d'enquêter sur les agissements de ce dernier. La question à déterminer est donc de savoir si l'accusé est une personne autrement innocente, que le gouvernement cherche à punir pour une infraction qui est le résultat de l'activité créative de ses propres agents³¹.

À ce moment, l'accusé doit démontrer par une prépondérance de preuve que le dessein criminel, ou *mens rea*, n'a pas pris naissance chez lui, mais a été conçu dans l'esprit de l'agent de l'état qui, lui, le transplanta chez l'accusé au moyen de persuasion, fausse représentation ou incitation afin qu'il engendre la perpétration de ladite infraction par ce dernier³². Par ailleurs, si l'accusé échoue dans sa démonstration ou si la Couronne peut établir qu'il était dans un état d'esprit tel qu'il entretenait une intention préalable d'enfreindre la loi, n'attendant que se présente l'occasion propice, il ne pourra y avoir de conclusion de piège illégal, peu importe la conduite des policiers, aussi répréhensible puisse-t-elle être.

Pour sa part, la jurisprudence canadienne demeure divisée quant à l'utilisation d'un test plutôt qu'un autre. Par exemple, bien qu'il préfère emprunter la voie objective dans *Ormerod*, le juge Laskin fait toutefois mention d'éléments appartenant à l'approche subjective lorsqu'il affirme ne pas y avoir de piège illégal lorsque l'agent ne fournit que l'occasion à l'accusé d'effectuer le trafic de stupéfiants³³.

Dans *R. v. Shipley*, le juge McAndrew divise les agents provocateurs en deux catégories: ceux qui ne font que fournir l'occasion à une personne de commettre un crime, qu'elle entendait commettre de son plein gré, sans encouragement, dès que se fut présentée l'occasion, et ceux qui font naître dans l'esprit d'une personne l'idée de commettre une infraction qu'elle n'aurait autrement pas eu l'idée de commettre, et procèdent ensuite à persuader ou encourager cet individu à réaliser cette intention³⁴.

Dans *R. v. Sirois*, la Cour supérieure d'Alberta adopte textuellement le test subjectif formulé par la majorité dans *Sorrells v. U.S.*³⁵.

31. *Sorrells v. U.S.*, (1932) 287 U.S. 442.

32. *Id.*, p. 448.

33. *R. v. Ormerod*, (1969) 2 O.R. 238 (CAO).

34. *R. v. Shipley*, (1970) 2 O.R. 411; 3 C.C.C. 398 (CPO).

35. *R. v. Sirois*, (1970) 17 C.R.N.S. 398; (1972) 2 W.W.R. 119 (CSA).

Dans *R. v. Pratt*, la Cour ne peut conclure au piège illégal étant donné que l'agent n'a que fourni l'occasion à l'accusé de s'exécuter³⁶.

Dans *R. v. Bonnar*, le juge Macdonald se pose la question de savoir si l'agent n'a fourni que l'occasion que soit commise une infraction que l'accusé avait l'intention préalable de perpétrer, ou si l'agent a incité ce dernier à commettre l'infraction en l'absence de toute intention préalable à cet effet³⁷.

Encore une fois, dans *R. v. Kizner*, le juge Laskin semblant favoriser le test objectif, parle toutefois de piège illégal lorsque les agents provocateurs sont la source de l'intention criminelle de l'accusé³⁸.

L'approche subjective comporte toutefois un grave danger pour l'accusé. En effet, lorsque ce dernier soulève la question de piège illégal, il doit se soumettre à une enquête minutieuse et appropriée quant à ses conduites et prédispositions relativement à cette question. Ainsi, un nouvel élément se présente, en ce que toute preuve tendant à démontrer la prédisposition devient pertinente, donc admissible. Il s'agit donc d'une véritable boîte de Pandore³⁹.

Il s'agirait alors pour l'accusé de prouver qu'il n'a pas eu cette intention préalable, au moyen d'une preuve tendant à établir sa bonne réputation, donnant ainsi ouverture à toute preuve par la Couronne tendant à démontrer une prédisposition à enfreindre la loi, notamment par ses condamnations antérieures ou de façon plus générale par sa mauvaise réputation notoire. De plus, si ces faits sont soumis au jury, au même titre qu'une défense conventionnelle, comme le proposent les partisans de ce test⁴⁰, il peut être beaucoup plus difficile pour les jurés de faire abstraction de la preuve à laquelle ils viennent d'être exposés lorsque viendra le temps de rendre un verdict final. L'accusé doit donc soit renoncer à cette défense, ou bien l'employer avec le risque qu'il en subira un préjudice sérieux si la preuve soumise à l'appui de ses prétentions se révèle être insuffisante⁴¹.

36. *R. v. Pratt*, (1972) 19 C.R.N.S. 273; 7 C.C.C. 251 (TNO).

37. *R. v. Bonnar*, (1977) 34 C.R.N.S. 182; 30 C.C.C. 55 (CANE).

38. *R. v. Kizner*, (1978) 38 C.C.C. 136 (CSC).

39. J. SHAFER et W.J. SHERIDAN, *loc. cit.*, note 20, p. 292.

40. *Sherman v. U.S.*, (1958) 356 U.S. 377. Le juge doit traiter la détermination du piège illégal comme une question de fait à être soumise au jury, sauf lorsqu'il y a clairement absence totale de preuve ou une quantité irrésistible de preuve en sa faveur, auquel moment il peut alors en décider de lui-même comme une question de droit.

41. M. STOBBER, *loc. cit.*, note 11, p. 40.

Finalement, on peut reprocher à ce test de ne remédier qu'aux conséquences du problème, au lieu de s'attaquer franchement à ses causes. On peut très certainement soutenir que l'effet dissuasif de cette défense est sapé si elle n'est disponible qu'aux individus "autrement innocents". Les agissements policiers peuvent être répréhensibles indépendamment de l'innocence de l'accusé. Si les "innocents" sont relâchés mais que les délinquants habituels (dans lesquels la police est davantage intéressée) sont quand même punis, il n'existe aucune motivation pour la police de restreindre l'utilisation de méthodes douteuses afin de faire respecter la loi⁴². Donc, advenant la consécration définitive du test subjectif, les agents des forces de l'ordre seront tentés d'utiliser des méthodes offensant les instincts civilisés de la société dans l'espoir que la prédisposition criminelle de l'accusé saura les sauver de reproches judiciaires.

Par ailleurs, concernant ses avantages, comme ce test ne fait pas son but premier d'enquêter sur la convenance des techniques policières, une conclusion de piège illégal peut néanmoins être atteinte par le tribunal, sans que ce dernier ait à condamner expressément ou ouvertement les forces de l'ordre.

Quant aux considérations de réforme de notre droit, le Rapport Ouimet recommandait, en 1969, que soient adoptées des mesures législatives traitant spécifiquement de ce problème. L'avantage qu'aurait une loi sur des décisions judiciaires serait de pouvoir déterminer avec précision ce qui constitue un piège illégal, l'attribution et l'étendue des fardeaux de preuve, les procédures incidentes à la question de savoir si les faits allégués constituent un piège illégal, et le remède pertinent à une telle situation. Le Rapport Ouimet suggère donc l'adoption d'un test subjectif, analogue à celui qu'a formulé et appliqué la majorité de la Cour suprême des États-Unis dans tous ses arrêts sur le sujet. Ainsi, il y aurait piège illégal si la conduite du délinquant résulte de l'instigation d'un fonctionnaire chargé de l'application de la loi, ou de son agent, dont le but est d'amasser suffisamment de preuve pour soutenir une poursuite, à la condition qu'il n'était pas, n'eut été de cette incitation, prédisposé à perpétrer l'infraction qu'on lui reproche. Par contre, il n'y a pas lieu de conclure à un piège illégal si le délinquant avait projeté de perpétrer l'infraction, advenant qu'il en ait l'occasion et que celui qui est censé l'avoir poussé à agir ainsi s'est limité à lui procurer cette occasion⁴³.

42. *Hampton v. U.S.*, (1976) 8-9 Columbia Human Rights Law Review 248.

43. Rapport du Comité canadien de la réforme pénale et correctionnelle, *op. cit.*, note 15, p. 85.

b) Le test objectif

Il est connu sous le nom de *police conduct test*. Bien qu'il jouisse d'une application limitée en pratique, il est néanmoins grandement favorisé par les auteurs et les opinions minoritaires en Cour suprême américaine pour sa simplicité et la franchise avec laquelle il attaque le problème du piège illégal. Il ne se préoccupe aucunement de l'état d'esprit de l'accusé et s'attarde seulement à examiner la conduite des agents de l'État à travers le filtre de la légalité.

Si ce dernier exhibe un comportement outrepassant les standards généralement perçus comme raisonnables⁴⁴ et sans égard aux principes fondamentaux de la justice, il y a lieu de conclure au piège illégal. En d'autres mots, si la police fait appel à une sollicitation hors de l'ordinaire compte tenu des faits particuliers auxquels ils font face, l'accusé a droit à un remède, même s'il était prédisposé à commettre le crime⁴⁵. La question à se poser est donc: Est-ce que le citoyen moyen, normalement respectueux des lois, aurait été induit à commettre l'infraction suite aux tactiques utilisées par l'État⁴⁶? Ces tactiques peuvent se traduire, par exemple, par des appels à la sympathie, l'amitié ou par la possibilité de gains exorbitants, et ainsi de suite.

Une bonne part de la jurisprudence canadienne adopte le test objectif. Par exemple, dans *R. v. Ormerod*, le juge Laskin refuse de conclure au piège illégal car il se dit incapable d'affirmer qu'il y a effectivement eu un tel harcèlement systématique et incessant de la part de l'indicateur, au point d'aller au-delà de la sollicitation ordinaire d'un supposé trafiquant. Ceci au moins, la police est justifiée de faire lorsqu'elle cherche à découvrir les marchands de stupéfiants illégaux⁴⁷.

Dans *R. v. McDonald*, le juge Selbie reprend textuellement les paroles du juge Laskin dans la précédente cause⁴⁸.

Dans *R. v. Chernecki*, le juge Bull ne peut conclure au piège illégal puisque les faits ne démontrent pas qu'il y a eu une duperie calculée ou un harcèlement persistant. Au contraire, l'agent se présentant

44. "... to which common feelings respond for the proper use of governmental power". *Sherman v. U.S.*, (1958) 356 U.S. 377, 379.

45. Barnett M. SNEIDEMAN, "A Judicial Test for Entrapment: The Glimmering of a Canadian Policy on Police-Instigated Crime", (1973) 16 *Criminal Law Quarterly* 103.

46. "Entrapment: *Hampton v. U.S.*", (1976) 67 *Journal of Criminal Law & Criminology* 424.

47. *R. v. Ormerod*, (1969) 2 O.R. 238 (CAO).

48. *R. v. McDonald*, (1971) 15 C.R.N.S. 122 (CPCB).

comme un client potentiel aurait approché l'accusé "de la façon habituelle", sans incitation ou supplication⁴⁹.

Dans *R. v. Haukness*, on souligne la nécessité de retrouver une conduite enjôleuse et persistante à un degré tel qu'elle outrepassa la sollicitation ordinaire d'un trafiquant de drogues⁵⁰.

Finalement, dans *R. v. Kizner*, les juges Laskin et Pigeon parlent de piège illégal lorsqu'il existe une machination activement organisée par la police et allant au-delà de la simple sollicitation ou du simple leurre (*mere decoy work*)⁵¹.

Ce test, cherchant à mettre en lumière les méthodes policières inacceptables, comporte nécessairement comme conséquence la condamnation ouverte des forces de l'ordre, et vise à restreindre son champ d'action en lui imposant un contrôle judiciaire indirect. Ce test est évidemment né de la préoccupation du pouvoir judiciaire visant à préserver son intégrité en ne sanctionnant pas l'immoralité de ses représentants. Il s'agit donc là d'une politique sociale, la même que l'on peut retrouver à la base de notre concept d'abus de procédure.

Le test objectif est d'application moins complexe que le test subjectif, en ce sens que la cour n'a à apprécier qu'un ensemble de faits totalement indépendants de la question principale en litige, soit l'innocence ou la culpabilité de l'accusé. On pourrait envisager, par exemple, la tenue d'un voir-dire, analogue à la procédure utilisée pour vérifier le caractère libre et volontaire d'une confession. La question de savoir si les actions policières sont d'une nature telle qu'elles outrepassent effectivement des standards raisonnables est considérée, par les tenants de ce test, comme une question de droit devant être laissée à la discrétion du juge seul.

Les avantages que comporte cette approche sont de déplacer le centre d'attention, du dossier et de prédisposition de l'accusé vers la conduite de la police, et également d'empêcher que soient soumises au jury des preuves tendant à attaquer de façon préjudiciable la réputation de l'accusé. De plus, il est possible d'établir des précédents pouvant guider les décisions futures, bien que les critères y énoncés devraient pouvoir s'adapter à la nature évolutive du crime et de sa détection.

Toutefois, même en tenant compte des dangers potentiels pour l'accusé qu'entraîne une application du test subjectif, les tribunaux

49. *R. v. Chernecki*, (1971) 16 C.R.N.S. 230; 4 C.C.C. 556 (CACB).

50. *R. v. Haukness*, (1976) 5 W.W.R. 420 (CPCB).

51. *R. v. Kizner*, (1978) 38 C.C.C. 131 (GSC).

semblent considérer comme plus important de ne pas affaiblir indûment, inutilement, l'image de la force policière en basant leurs jugements sur une critique expresse de leurs efforts. J.D. Watt souligne ce point en faisant la remarque que la cour devient alors un tribunal chargé de rôtir les officiers de police et leur conduite, plutôt que de juger la personne inculpée, ainsi qu'elle devrait le faire, afin de déterminer si l'accusé est une personne autrement innocente⁵².

De plus, en créant indirectement un pouvoir de contrôle des techniques policières, on peut engendrer une atmosphère de contrainte chez les forces de l'ordre qui, s'efforçant alors d'éviter la vexation d'une révision judiciaire, pourraient bien restreindre leurs efforts, aux dépens de l'efficacité et de crédibilité du "long bras de la justice". D'où les principaux désavantages du test objectif.

Maintenant, en ce qui a trait aux propositions de réforme, bien qu'on ait pu constater que les recommandations canadiennes préfèrent l'approche subjective, il n'en est pas de même aux États-Unis. En effet, l'American Law Institute définit le piège illégal comme étant la situation où un officier des forces de l'ordre public ou son agent, voulant obtenir la preuve de la perpétration d'une infraction, incite ou encourage une autre personne à commettre ladite infraction soit en faisant sciemment de fausses représentations destinées à induire la croyance qu'une telle conduite n'est pas prohibée, soit en employant des méthodes de persuasion ou d'incitation comportant un risque sérieux que l'infraction soit commise par d'autres individus que ceux qui sont prêts à la commettre⁵³.

De même, la *National Commission on Reform of Federal Criminal Laws* propose qu'existe une situation de piège illégal lorsqu'un membre, ou toute personne coopérant avec une agence chargée de faire respecter la loi au niveau de la localité, de l'État ou du pays, cause la perpétration d'une infraction, suite à son utilisation de persuasion ou d'autres moyens susceptibles de faire commettre une telle infraction par des personnes normalement respectueuses de la loi⁵⁴.

On constate donc que les recommandations américaines traitent premièrement le piège illégal comme un problème relevant des techni-

52. John David WATT, "The Defence of Entrapment", (1970) 13 *Criminal Law Quarterly* 334.

53. *The American Law Institute Model Penal Code*, Philadelphie, American Law Institute, 1962, a. 2.13, p. 43.

54. Final Report of the National Commission on Reform of Federal Criminal Laws, *Proposed New Federal Criminal Code*, Washington, U.S. Government, 1971, a. 702, p. 58.

ques policières inacceptables, la question de la prédisposition de l'accusé étant impertinente.

c) Le test de la cause raisonnable

Ce test ne trouve aucun support dans la jurisprudence, et pour leur part les auteurs ne le mentionnent habituellement que dans le but de le rejeter⁵⁵.

Ici, la cour doit établir la raison première qui a poussé les forces de l'ordre à utiliser une quelconque méthode de détection active en rapport à un accusé. La police avait-elle un motif raisonnable pour agir de cette façon? Si oui, il ne peut y avoir de piège illégal. Par contre, si les faits tendent à établir que la police a agi sans motif raisonnable, la cour fait alors face à une situation de piège illégal. Ici aussi, comme lors du test subjectif, il est permis à la Couronne, en contre-preuve, d'établir la mauvaise réputation de l'accusé comme fondement des motifs raisonnables qu'aurait pu entretenir la police.

2) Fondements de l'intervention judiciaire lors de piège illégal

Une fois que le tribunal a effectivement conclu en l'existence d'une situation de piège illégal, existe-t-il ensuite un ou des principes de base lui permettant de justifier une quelconque intervention de sa part en faveur de la victime de ce piège? Trois possibilités semblent se présenter à lui. Ce sont l'interprétation statutaire, la politique sociale (*public policy*) et la clause garantissant l'application régulière de la loi dans la *Déclaration canadienne des droits (due process of law)*.

a) L'interprétation statutaire

Cette justification théorique trouve son origine dans l'arrêt américain *Sorrells v. U.S.* Les faits se résument ainsi: lors de la prohibition, un agent fédéral se faisant passer pour un touriste se présente chez Sorrells. Son but est d'amasser des preuves contre ce dernier. Au cours de la conversation, l'agent demande plusieurs fois à Sorrells de lui procurer de l'alcool. Après plusieurs refus, il n'y parvient finalement qu'en exploitant les sentiments éveillés chez l'accusé par la réminiscence de leurs expériences comme membres de la même division lors de la Grande Guerre. La Cour suprême des États-Unis casse la condamnation de Sorrells pour cause de piège illégal.

Le juge en chef Hughes, parlant pour la majorité, base son verdict sur le raisonnement que lors de piège illégal aucun crime est com-

55. J. SHAFER et W.J. SHERIDAN, *loc. cit.*, note 20, p. 289; M. STOBBER, *loc. cit.*, note 11, p. 39; S.A. COHEN, *op. cit.*, note 1, 387.

mis puisqu'on ne peut pas prétendre que le Congrès ait pu vouloir que la lettre de sa loi puisse être utilisée pour supporter une si grossière perversion de son objet⁵⁶. L'interprétation littérale d'une loi aux dépens de sa raison d'être et produisant d'absurdes conséquences ou de flagrantes injustices a fréquemment été condamnée.

La majorité se voit ainsi incapable de réconcilier l'application littérale de la loi au principe voulant qu'on ne doive pas en abuser pour leurrer des innocents afin de les traduire ensuite en justice. Elle ajoute qu'il est du rôle du tribunal de s'assurer que l'application de la loi ne soit pas étrangère à son objet. On note donc qu'en cas de piège illégal, le tribunal refuse tout simplement d'appliquer la loi plutôt que de lui donner effet pour ensuite accorder l'immunité à l'accusé.

Ce raisonnement fut subséquemment réaffirmé par la Cour suprême dans *Sherman v. U.S.*, où le juge en chef Warren parlant pour la majorité dit que le rôle des forces de l'ordre n'inclut pas la fabrication de crime, car le Congrès n'eût pas pu avoir l'intention que ses lois soient appliquées en incitant d'innocentes personnes à les violer⁵⁷.

Cette justification théorique pour l'intervention judiciaire fut réitérée par la Cour suprême de façon majoritaire lors des arrêts *U.S. v. Russell*⁵⁸ et *Hampton v. U.S.*⁵⁹.

En conséquence, ces opinions majoritaires ne nient pas que la loi ait été violée par l'accusé. De même, elles admettent que l'intention du législateur, aussi claire puisse-t-elle leur apparaître n'est pas expressément révélée dans le texte de loi en question. Leur argument est plutôt avancé à partir de la présomption voulant que le législateur n'a pas pu entretenir l'intention ou le désir de voir la loi s'appliquer aux créations issues de crimes instigués par l'État, et qu'une telle conclusion soit inéluctable au point de ne nécessiter aucune stipulation expresse.

Toutefois, l'interprétation statutaire comme fondement à un remède lors de piège illégal ne trouve d'adeptes que dans la jurisprudence américaine. Cette approche est évidemment condamnée par les opinions minoritaires lors des quatre jugements précités, de même que par une forte proportion d'auteurs qui la qualifient d'approche fictive basée sur une quelconque intention hypothétique du Congrès.

56. *Sorrells v. U.S.*, (1932) 287 U.S. 452.

57. *Sherman v. U.S.*, (1958) 356 U.S. 369.

58. *U.S. v. Russell*, (1973) 411 U.S. 423.

59. *Hampton v. U.S.*, (1976) 8-9 *Columbia Human Rights Law Review* 246.

Actuellement dans les pays de *common law*, l'interprétation statutaire n'est utilisée par les tribunaux que pour examiner la politique sociale inhérente à un statut, sans toutefois que tel examen puisse se faire aux dépens de ses stipulations expresses. Son usage le plus commun a été de résoudre des antinomies entre deux clauses ou des ambiguïtés dans une même clause, en des termes conformes à ce qui est déclaré être l'intention du législateur⁶⁰. L'attitude contemporaine face à l'interprétation statutaire veut donc qu'on ne puisse se permettre trop de libertés avec un texte de loi, et ce, à plus forte raison s'il s'exprime en termes clairs et non équivoques.

Bien que ne puisse être contredite la présomption voulant que législateur n'eût pu entretenir l'intention de voir abusées ses lois lors de piège illégal, il demeure qu'en aucun endroit est-il expressément prévu que la loi puisse être rendue inopérante dans de telles circonstances. À ce propos, le juge Frankfurter, minoritaire dans l'arrêt *Sherman v. U.S.*, dira qu'un statut prohibant la vente de stupéfiants est silencieux quant à la question de piège illégal, tout autant que sur la question d'admissibilité de preuves illégalement obtenues... Dans ces causes criminelles où on soulève des allégations de piège illégal, la seule intention véritable du législateur qui puisse être extraite de son texte avec quelconque raison est l'intention de rendre criminelle la conduite précise dans laquelle s'est engagé l'accusé⁶¹.

b) La politique sociale

Le premier arrêt à faire reposer un quelconque remède à une situation de piège illégal sur une base de politique sociale est *Woo Wai v. U.S.* Les faits veulent que l'accusé ait détenu certains renseignements potentiellement utiles au Département de l'Immigration. Suite à son refus de les leur communiquer, les agents fédéraux lui font commettre une infraction suite à un piège illégal, afin de pouvoir utiliser la subséquente menace de poursuite pour vaincre son silence. L'individu, persistant à demeurer muet, est donc mis en accusation. La Cour fédérale justifie son ordonnance d'acquittement pour la raison qu'il est contraire à la politique sociale de confirmer une condamnation obtenue de la façon décrite par la preuve dans le présent cas. Une saine politique sociale ne peut être soutenue que par la négation de la criminalité de ceux qui sont ainsi induits à commettre des actes qui transgressent la lettre d'un statut criminel⁶².

60. N.L.A. BARLOW, "Entrapment and the Common Law: Is There a Place for the American Doctrine of Entrapment?", (1978) 41 *Modern Law Review* 272 (mai).

61. *Sherman v. U.S.*, (1958) 356 U.S. 379.

62. *Woo Wai v. U.S.*, (1915) 223 Fed. 415.

En 1924, le juge Brandeis utilise la notion de politique sociale lors de sa dissidence dans l'arrêt *Casey v. U.S.*, où il dit souhaiter voir l'arrêt des procédures afin que soit protégé le gouvernement de la conduite illégale de ses officiers et afin que soit préservée la pureté de ses cours⁶³.

Quelques années plus tard, soit en 1932, le juge Roberts de la Cour suprême des États-Unis, parlant pour la minorité dans la cause de *Sorrells v. U.S.*, (minorité comprenant le même juge Brandeis) fait reposer un remède au piège illégal carrément sur la notion de politique sociale, plus particulièrement sur la facette de l'intégrité judiciaire. Bien que l'accusé ait effectivement commis les actes prohibés dont il est inculpé, la cour peut refuser de le condamner pour la raison qu'il en serait alors moins dommageable pour le processus judiciaire que de sanctionner de telles pratiques policières⁶⁴.

Subséquentement, dans *Sherman v. U.S.*, la minorité s'exprimant par le juge Frankfurter supporte cette position en affirmant que les tribunaux refusent de condamner l'accusé non pas parce que sa conduite ne relève pas de la loi, mais parce que sa condamnation, dans de telles circonstances, discréditerait l'administration de la justice⁶⁵.

Cette approche protège donc le processus judiciaire de l'abus, tout en assurant un remède à l'individu pris au piège illégal, imposant de ce fait une limite aux pouvoirs de la police.

Pour sa part, la jurisprudence canadienne ne réfère que très rarement à la notion de politique sociale et demeure très laconique quand vient le temps de définir le contenu de cette justification théorique. Cependant, il est indiscutable que l'approche américaine est compatible avec notre propre concept d'abus de procédure, où la cour recherche une conduite manifestement oppressive et injuste pour utiliser son pouvoir inhérent de suspendre ou casser les procédures.

Par exemple, dans *R. v. Shipley*, le juge McAndrew, concluant à l'existence d'un piège illégal, en l'absence duquel l'accusé n'aurait jamais commis de trafic de marijuana, juge qu'il serait injuste envers celui-ci, et constituerait de l'oppression et un abus du processus judiciaire, que de continuer les procédures dans de telles circonstances⁶⁶.

63. *Casey v. U.S.*, (1924) 276 U.S. 423.

64. *Sorrells v. U.S.*, (1932) 287 U.S. 457.

65. *Sherman v. U.S.*, (1958) 356 U.S. 380.

66. *R. v. Shipley*, (1970) 3 C.C.C. 398 (CPO); voir aussi *R. v. McDonald*, (1971) 15 C.R.N.S. 122 (CPCB).

Dans *R. v. Haukness*, le juge Cronin s'exprime en disant qu'il en va contre les principes de l'administration de la justice au Canada que de condamner une personne qui a commis une infraction suite à un piège illégal⁶⁷.

De même, comme l'explique le juge Macdonald, parlant pour la Cour d'appel de Nouvelle-Écosse dans *R. v. Bonnar*, concernant une éventuelle conclusion de piège illégal, il y a, dans une telle situation, un abus du processus de la cour et quelque chose de contraire à la politique sociale. En effet, une telle conduite de la part d'un agent provocateur sape la base du système et de l'administration de la justice criminelle dans une société libre et démocratique et ne peut en conséquence être permise ou tolérée⁶⁸.

La question est donc de savoir s'il existe dans notre système un principe impérieux qui permettrait à la cour d'ignorer un texte de loi ou une règle jurisprudentielle, ainsi que le suggèrent ces arrêts.

En premier lieu, il s'agit de déterminer ce qu'est la notion de politique sociale. Selon le juge Tindal dans *Hornor v. Graves*, est contraire à la politique sociale ce qui entre en conflit avec la morale de l'époque et contrevient à un quelconque intérêt reconnu de la société⁶⁹. Pour sa part, W.S.M. Knight explique qu'il n'est pas question de statut ou de droit écrit en politique sociale. La doctrine, sous le couvert de la plus vague généralisation, opère plutôt à cause d'une quelconque lacune dans la loi, bien que seulement là où la considération globale dominante est le bien de collectivité - la loi suprême, dit-il - où il peut aussi y avoir quelque considération spéciale pour les droits ou intérêts d'individus autres que ceux immédiatement concernés par l'objet de la poursuite. C'est le juge qui découvre la lacune et afin de la combler, articule, développe et applique cette doctrine⁷⁰. Et c'est éluder la question que de rejeter le droit qu'a le judiciaire de combler ces lacunes pour la simple raison qu'il s'agisse là d'un empiètement sur les pouvoirs du législateur. Que l'une des branches du gouvernement fasse défaut n'est guère une raison valable pour suggérer qu'une autre branche doive pareillement s'abstenir d'agir. De plus, le législateur demeure maître de la situation. Si la politique sociale qu'exprime le judiciaire ne lui est pas acceptable, il a le loisir

67. *R. v. Haukness*, (1976) W.W.R. 420 (CPCB).

68. *R. v. Bonnar*, (1977) 34 C.R.N.S. 192 (CANE).

69. *Hornor v. Graves*, (1831) 7 Bing 743.

70. W.S.M. KNIGHT, "Public Policy in English Law", (1922) 38 L.Q.R. 208.

de redresser rapidement la situation par une mesure statutaire appropriée⁷¹.

Ensuite, relativement à son application, il semblerait, selon les auteurs, qu'un texte de loi ou une règle jurisprudentielle n'est pas nécessairement l'autorité dominante d'une cause si une plus grande exigence de la justice nous contraint à ne pas en tenir compte. Les idéaux ou principes constituant la politique sociale sont des standards à observer parce qu'ils édictent une exigence de justice, d'équité ou d'une autre dimension de moralité tirant leur origine de prétentions philosophiques fondamentales de la société auxquels ils appartiennent. L'origine de principes légaux ne réside pas dans une décision particulière de quelque législature, mais dans un sentiment de convenance développé au sein de la profession et du public avec le temps⁷².

Dans de tels cas, le texte de loi (représentant le principe de la suprématie du législateur) ou la règle jurisprudentielle (représentant le principe du *stare decisis*) qui serait autrement applicable, n'est pas judiciairement annulé mais plutôt supplanté par un principe de politique sociale d'importance supérieure, qui le rend inopérant relativement aux faits particuliers devant la cour. Lorsqu'existe un tel conflit entre ces principes, la cour doit considérer leur importance relative, c'est-à-dire effectuer une sorte de balance des inconvénients à appliquer l'un plutôt que l'autre.

Quant au piège illégal en particulier, deux thèmes reviennent régulièrement lorsque les tribunaux concluent à l'existence effective d'une telle situation.

Le souci premier du judiciaire est de préserver la pureté du gouvernement et du processus judiciaire en refusant de sanctionner les inconvenances résultant d'abus au niveau des méthodes policières. Il émane de la maxime "ex dolo malo non oritur actio", c'est-à-dire que la cour ne prêtera pas assistance à la partie qui fonde sa poursuite sur une action illégale⁷³. Ainsi que le souligne Roscoe Pound, il existe une politique reconnue contre les actes promoteurs de crime ou violeurs de loi - en d'autres mots, une politique encourageant le soutien

71. James D. HOPKINS, "Public Policy and the Formation of a Rule of Law", (1971) 37 *Brooklyn Law Review* 323.

72. N.L.A. BARLOW, *loc. cit.*, note 60, p. 276.

73. Bien que cette maxime soit une créature du droit civil, il convient de rappeler les paroles du juge Devlin dans *Connelly v. D.P.P.*, (1964) 2 W.L.R. 1355: "The same fundamental doctrines, although they are often expressed differently, govern the rules of pleading and procedure in civil and criminal cases".

des institutions légales et une politique contre les actes affectant de façon préjudiciable le rôle social des officiers publics⁷⁴.

Ainsi que le reconnaît la minorité dans l'arrêt *Sorrells v. U.S.*, le fondement véritable de la doctrine réside dans la politique visant à protéger la pureté du gouvernement et de ses processus. Ni les cours d'équité, ni celles administrant des remèdes légaux ne tolèrent l'utilisation de leur processus afin de consommer une injustice. Lorsqu'un officier des forces de l'ordre envisage un crime, le planifie et encourage sa perpétration par un individu n'ayant pas l'intention de le commettre, pour le seul motif d'obtenir une condamnation, aucun tribunal qui se respecte ne devrait permettre la consommation d'un dessein si odieux. La doctrine réside plutôt dans une règle fondamentale de politique sociale. La protection de ses propres fonctions et la pureté de son propre temple appartient exclusivement à la cour. En effet, il est du ressort de la cour, et de la cour seule, de se protéger elle-même et le gouvernement d'une telle prostitution de la loi criminelle⁷⁵.

Plus tard, dans *Sherman v. U.S.*, la minorité réaffirmait cette obligation qu'ont les cours de s'opposer à l'application de la loi par des moyens illégaux violant des standards de justice soutenus avec raison et de refuser de supporter de telles méthodes en les ratifiant. La confiance publique en une juste et honorable administration de la justice, sur laquelle dépend ultimement la "rule of law", est la valeur prédominante en jeu⁷⁶.

Cette dernière affirmation, reflétant le souci qu'a le judiciaire de promouvoir la confiance publique de l'administration de la justice et de préserver le processus judiciaire de toute contamination, peut aussi justifier une quelconque méthode de contrôle direct sur l'action policière. En effet, le policier représente habituellement le premier contact tangible entre le citoyen et la loi. La conduite et les actions policières comportent alors d'importantes conséquences en ce qu'elles peuvent créer ou détruire son respect de la loi. La police constitue la première ligne d'attaque contre le crime et son efficacité façonnera la perception qu'aura la société face à la violation de la loi⁷⁷. Il a été allégué, avec raison, que des actions policières tel le piège illégal nuit à la réputation de la communauté des forces de l'ordre, suscite de la sympathie pour l'accusé, même en présence de sa culpabilité morale,

74. R. POUND, *op. cit.*, note 14, p. 274.

75. *Sorrells v. U.S.*, (1932) 287 U.S. 457.

76. *Sherman v. U.S.*, (1958) 356 U.S. 380.

77. M. STOBBER, *loc. cit.*, note 11, p. 26.

et ne contribue qu'à appauvrir le respect qu'a la société envers les cours et le gouvernement en général⁷⁸. De plus, le piège illégal peut fournir l'occasion pour certains policiers encore moins scrupuleux de véhiculer leurs sentiments malicieux envers un citoyen particulier.

Il en est donc que de toutes les parties, on est en droit de s'attendre à ce que l'État se présente en cour avec les mains propres. Là où il ne le fera pas, son pourvoi devra échouer. S'il a encouragé la perpétration d'un crime, ce qui en soi est un acte criminel, dans le seul but de s'assurer une poursuite, il ne lui sera pas permis de tirer bénéfice de telles actions en obtenant la condamnation subséquente de la victime de son piège illégal⁷⁹. Ses intérêts ne peuvent être confinés au stade de la poursuite et de la peine, et ignorés au stade de l'infraction.

La seconde préoccupation du judiciaire consiste à assurer à l'individu une certaine protection contre l'utilisation abusive de la loi par l'État contre ses membres les plus vulnérables. Ainsi que l'explique le juge Frankfurter (minoritaire) dans *Sherman v. U.S.*, le pouvoir du gouvernement est abusé et employé à une fin pour laquelle il n'a pas été constitué lorsqu'il est utilisé pour promouvoir au lieu de détecter le crime et pour amener la chute de ceux qui, laissés à eux-mêmes, auraient bien pu obéir à la loi. La nature humaine est assez faible d'elle-même et suffisamment assaillie par des multiples tentations sans que le gouvernement en ajoute et engendre les infractions⁸⁰.

La politique sociale cherche alors à protéger le citoyen contre les actions arbitraires de la part de la branche exécutive du gouvernement, par la condamnation de la pratique consistant à lancer un représentant de l'État aux trousses d'un individu afin d'exploiter ses faiblesses ou de dénaturer ses intentions pré-existantes. Ce seul principe est suffisant en lui-même pour primer sur la stricte réalisation de la loi. Les cours ne peuvent échapper à leur devoir d'assurer un juste traitement à ceux qui viennent ou qui sont amenés devant elles, et de prévenir que l'accusé souffre d'oppression. Et ceci, même si l'accusé a pu transgresser certaines dispositions du droit positif⁸¹.

Les aspirations fondamentales du droit criminel sont d'empêcher que les citoyens se comportent de façon anti-sociale et de les éduquer quant aux exigences de base de la vie en société. Il est en accord avec ces buts de reconnaître une défense tirant sa raison d'être

78. *Hampton v. U.S.*, (1976) 8-9 Columbia Human Rights Law Review 252.

79. N.L.A. BARLOW, *loc. cit.*, note 60, p. 281.

80. *Sherman v. U.S.*, (1958) 356 U.S. 384; voir aussi *U.S. v. Saunders*, (1878) 8 Mich. 222.

81. N.L.A. BARLOW, *loc. cit.*, note 60, p. 282.

de méthodes policières indéfendables ayant pour effet de stimuler la criminalité. Agir autrement serait d'attribuer au droit criminel une fonction principalement punitive et ainsi faire abstraction de ses plus nobles fins.

La politique sociale ne prétend donc pas que la conduite de l'accusé soit moins répréhensible ou dangereuse ou plus réformable que celle du criminel ayant agi de sa propre volonté ou ayant été incité, aidé ou exploité par une autre personne. Ce n'est qu'afin de tenter de dissuader une telle conduite chez le gouvernement que l'on peut justifier un remède à une situation de piège illégal, et non pas à cause de l'innocence de l'accusé face au crime commis. Il ne s'agit donc pas d'une excuse ou d'une justification de la conduite de l'accusé, mais une demande par ce dernier d'être relevé des conséquences de sa culpabilité par son objection aux méthodes odieuses et indéfendables utilisées par l'État dans l'application de ses lois.

Enfin, lorsqu'est appliqué ce principe à une situation de piège illégal, il en résulte inévitablement un certain contrôle judiciaire sur l'opportunité des techniques policières. On peut avancer que ce contrôle est analogue à celui ayant imposé aux policiers les limites qu'ils ne doivent franchir lorsqu'ils cherchent à obtenir une confession chez un suspect. Les situations de piège illégal et d'obtention de déclarations involontaires impliquent tous deux l'action de vaincre la volonté de l'individu. Bien que les moyens utilisés lors du piège illégal puissent être plus subtils, le résultat obtenu est semblable dans les deux cas. Le but de ces contrôles de fait sur les agissements policiers n'est pas tellement destiné à éviter un comportement brutal de leur part, comme d'écarter la possibilité que la police puisse extirper même une honnête confession à contre-cœur ou induire la perpétration d'un crime⁸².

Finalement, en ce qui concerne certains types d'infractions, notamment les crimes contre la personne, l'intérêt public à contrôler une telle conduite de la part de l'accusé l'emporte sur celui impliqué lors de la désapprobation de conduite policière indésirable⁸³.

Ainsi, comme le recommandent le Rapport Ouimet et le *Model Penal Code*, le moyen de défense fondé sur le fait que l'infraction a été le fruit d'une incitation par un policier, ou son agent, ne devrait pas s'appliquer à la perpétration d'infractions qui comportent ou

82. Final Report of the National Commission on Reform of Federal Criminal Laws, (Working Papers), *op. cit.*, note 54, p. 319.

83. *R. v. Kizner*, (1978) 38 C.C.C. 139 (CSC).

menacent de comporter des lésions corporelles ou qui mettent la vie en danger⁸⁴.

En général dans de tels cas, il ne semblera donc pas injuste de punir quelqu'un qui aura causé ou menacé de causer des blessures corporelles à une autre personne, même s'il a été induit à agir ainsi par un agent de l'État, car une personne pouvant être persuadée de poser de tels gestes représente un danger que la société ne peut ignorer⁸⁵.

On peut remarquer la similitude de politique derrière cette proposition particulière et la défense de contrainte de l'article 17 du Code criminel. Cette dernière défense offre en effet d'excuser la perpétration d'une infraction pour cause de contrainte morale par voie de menace de mort immédiate ou de lésion corporelle grave, sauf dans le cas où serait commise une infraction de nature sérieuse tel le meurtre, incendie ou blessures corporelles.

Enfin, dans de telles éventualités, les comités de réforme canadien et américain recommandent que soit également poursuivi l'agent ayant incité la perpétration d'un crime de cette nature, ce qui aurait un effet additionnel de dissuasion chez ce dernier.

c) Déclaration canadienne des droits

L'article 1 a) de la *Déclaration canadienne des droits*⁸⁶ reconnaît l'existence du "droit de l'individu à la vie, à la liberté, à la sécurité de la personne ainsi qu'à la jouissance de ses biens, et le droit de ne s'en voir privé que par l'application régulière de la loi". Mais peut-il justement y avoir application régulière de la loi lorsqu'un officier du gouvernement incite un citoyen à commettre une infraction? La jurisprudence canadienne ne nous est d'aucun secours.

La garantie d'application de la loi de la D.C.D. pourrait être la source de l'exercice d'un contrôle judiciaire sur les pouvoirs et agissements de la police et de la Couronne afin d'assurer à l'accusé un minimum de justice. Mais pour que cet article puisse ainsi étendre sa protection aux situations où la police se comporte de façon injuste et immorale, il faudrait pouvoir l'interpréter de façon libérale afin qu'elle ne comprenne pas l'application régulière de la loi sous son seul sens procédural⁸⁷.

84. Rapport du Comité canadien de la réforme pénale et correctionnelle, *op. cit.*, note 15, p. 85; *The American Law Institute Model Penal Code*, *op. cit.*, note 53, p. 43.

85. *Ibid.*

86. *Déclaration canadienne des droits*, (1960) 8-9 Elizabeth II, c. 44.

87. M. STOBBER, *loc. cit.*, note 11, p. 59.

Il a été avancé que les cours américaines basent la défense de piège illégal sur leur Constitution, même si leurs jugements ne font pas expressément référence à une telle base théorique⁸⁸. Mais dans l'arrêt *R. v. Hogan*, le juge Ritchie, parlant pour la majorité de la Cour suprême du Canada, semble écarter l'interprétation américaine couvrant à la fois application régulière de la loi dans son sens procédural et substantif. Il affirme que les causes américaines gravitent autour d'une Constitution fondamentalement différente de la nôtre, et particulièrement concernant la signification à donner à la garantie d'application régulière de la loi contenue à son 14^e amendement, pour laquelle il se dit incapable de trouver l'équivalent dans l'A.A.N.B. de 1867, source de l'autorité législative du Parlement du Canada et qui est qualifiée de "Constitution du Canada" dans l'A.A.N.B. (no. 2) 1949, c. 22⁸⁹.

C'est donc dire que l'interprétation américaine du concept d'application régulière de la loi nous est d'aucun secours. En effet, dans *R. v. Curr*, le même juge affirme que:

"... l'expression 'application régulière de la loi' employée à l'article 1(a) doit s'interpréter comme signifiant 'selon les voies de droit reconnues par le Parlement et les tribunaux canadiens' "⁹⁰.

Mais précisément, personne ne peut dire ce que le juge Ritchie envisageait comme contenu canadien de la garantie d'application régulière de la loi⁹¹.

3) Modes d'intervention judiciaire lors de piège illégal

Jusqu'à la fin du dix-neuvième siècle, aucune défense n'était disponible à la victime du piège illégal. Les tribunaux basaient leur refus d'accorder un remède sur la citation biblique que l'on peut trouver à Genèse 3:13:

"Et Dieu dit à la femme: Qu'est-ce que tu as fait? Et la femme dit: Le serpent m'a séduite et j'ai mangé".

Bien que ça ne semble pas être la *ratio* de cette décision particulière, il est très certainement discutable que le serpent puisse avoir été un agent du Gouvernement.

Seulement vers 1895 les cours américaines ont-elles commencé à reconnaître et appliquer une défense au piège illégal, résultant en

88. J. SHAFER et W.J. SHERIDAN, *loc. cit.*, note 20, p. 299.

89. *R. v. Hogan*, (1974) 18 C.C.C. 71 (CSC).

90. *R. v. Curr*, (1972) 18 C.R.N.S. 284 (CSC).

91. S.A. COHEN, *op. cit.*, note 1, pp. 17 et 390.

l'acquiescement pur et simple de sa victime. Au Canada, plusieurs approches ont été discutées et tentées sans que soit consacrée l'une d'elles en particulier. Par ailleurs en Angleterre, on ne reconnaît toujours pas de défense au piège illégal, sauf dans les cas d'abus flagrant où les circonstances entourant la perpétration de l'infraction peuvent influencer modérément sur la détermination de la peine.

Il existe cinq remèdes principaux disponibles à la victime du piège illégal. Ce sont l'exclusion de preuves, la mitigation de sentence, l'acquiescement pour absence d'un élément constitutif de l'infraction, l'arrêt des procédures pour cause d'abus et l'acquiescement pur et simple au même titre que toute autre défense de *common law*.

a) L'exclusion de preuves

En 1965 dans la cause anglaise de *R. v. Murphy*, il a été décidé que la cour disposait d'une discrétion inhérente pour déclarer inadmissible toute preuve obtenue illégalement ou injustement, si elle était susceptible de causer préjudice à l'accusé. L'effet pratique de cette décision était donc d'accorder à l'accusé la quasi-certitude d'être acquitté, puisque le témoignage de l'agent ou la preuve principale de la poursuite serait alors supprimée⁹².

La High Court d'Australie et la Cour suprême de Nouvelle-Zélande adoptent unanimement cette attitude en affirmant qu'il existe une discrétion judiciaire clairement reconnue permettant d'exclure des preuves autrement admissibles, vu la façon illégale ou injuste dont elles ont été obtenues⁹³.

Par contre, la Cour suprême du Canada, dans l'arrêt *R. v. Wray*, déclare qu'elle n'a pas connaissance de l'existence d'un tel pouvoir permettant d'exclure une preuve pertinente pour le motif que son admissibilité discréditerait l'administration de la justice. La méthode par laquelle une preuve est obtenue est totalement étrangère à la question de son admissibilité, qui ne doit être décidée que sur la base de sa pertinence. Seule peut être exclue la preuve ayant une valeur probante faible et dont l'admissibilité causerait un préjudice disproportionné à l'accusé⁹⁴.

En 1974, dans la cause de *R. v. Mealy & Sheridan*, la Court of Appeal d'Angleterre rejette à son tour l'argument voulant que la Cour possède une discrétion pour déclarer inadmissible la preuve de la perpétration d'une infraction, pour la raison qu'elle aurait été

92. *R. v. Murphy*, (1965) N.I. 138.

93. *R. v. Ireland*, (1970) Aust. Argus L.R. 733; *R. v. Pethig*, (1977) 1 N.Z.L.R. 448.

94. *R. v. Wray*, (1970) 11 C.R.N.S. 235 (CSC).

obtenue illégalement ou injustement. La cour s'explique en soulignant que c'est le crime lui-même, et non sa preuve, qui fut obtenu injustement⁹⁵.

Dans *R. v. Sang & Mangan*, la même cour réaffirme sa précédente décision en ajoutant que l'admissibilité d'une preuve ne dépend que de sa pertinence. Seules les preuves de faible valeur probante et de nature hautement préjudiciable peuvent être exclues à la discrétion du tribunal. Comme l'explique le juge Roskill, un tribunal ne peut justifier son refus d'admettre une preuve de valeur probante évidente parce qu'elle a été obtenue grâce aux activités d'un officier de police ou d'un indicateur, ou parce que l'infraction reprochée n'aurait pas été commise n'eût été de ces activités, et un juge, selon Roskill, n'a aucune discrétion lui permettant de refuser de déclarer admissible une telle preuve⁹⁶.

b) La mitigation de sentence

Dans la cause anglaise de *R. v. Birtles*, l'accusé voit sa sentence réduite de cinq à trois ans lorsque la cour constate que la police n'a pas tenté de minimiser les conséquences de la perpétration de l'infraction, mais a plutôt encouragé l'accusé à commettre cette infraction ou une infraction plus sérieuse qu'il n'aurait autrement commise, ou encore parce que la police a participé elle-même à cette infraction⁹⁷.

Dans *R. v. Ormerod*, le juge McGillivray exprime l'opinion que devrait être modifiée la sentence lorsqu'il est démontré que des agents de la paix ont autorisé ou même encouragé l'accusé à enfreindre la loi en effectuant le trafic d'une drogue ou d'un stupéfiant⁹⁸.

La même Court of Appeal d'Ontario affirme dans *R. v. Price* que le fait qu'une inculpation soit déposée suite à l'activité d'un agent clandestin doit être considéré lors de l'appréciation de la peine à imposer. Dans le présent cas, il y eut une réduction de un an à deux mois⁹⁹.

Dans *R. v. Chernecki*, le juge Bull affirme en *obiter* que le piège illégal ne donne pas ouverture à une défense face à une accusation criminelle, tel qu'exprimé par le juge Judson dans *R. v. Lemieux*¹⁰⁰.

95. *R. v. Mealy & Sheridan*, (1974) 60 Cr. App. R. 59.

96. *R. v. Sang & Mangan*, (1979) 2 W.L.R. 439.

97. *R. v. Birtles*, (1969) 2 All E.R. 1136.

98. *R. v. Ormerod*, (1969) 2 O.R. 232 (CAO).

99. *R. v. Price*, (1970) 12 C.R.N.S. 131 (CAO).

100. *R. v. Lemieux*, (1967) S.C.R. 496 (CSC).

Par contre, il reconnaît que le fait qu'il y ait eu piège illégal peut servir de motif pour mitiger la sentence¹⁰¹.

Donc, par cette méthode, particulièrement populaire en Angleterre où la défense de piège illégal est clairement inexistante, une cour se voyant dans l'impossibilité d'acquitter l'accusé peut néanmoins exprimer sa désapprobation des circonstances entourant l'obtention de la condamnation, ou essayer d'alléger le sentiment d'injustice chez l'accusé, par l'imposition d'une sentence substantiellement moindre que celle qui aurait normalement été imposée dans les circonstances¹⁰².

Suite à la discussion de ce remède, certains auteurs anglais soumettent que dans le cas d'un criminel de carrière, le piège illégal ne devrait pas nécessairement être un facteur de mitigation de sentence, la possibilité que le crime dans lequel il ait été invité à prendre part soit une mise en scène par la police étant un des risques connus de sa profession. Ils suggèrent que seulement ceux qui sont induits à commettre un crime isolé puissent être sauvés par cette doctrine¹⁰³.

Il est à noter qu'une telle exception est inconciliable avec les principes de base condamnant tout recours au piège illégal, tel que discuté précédemment. La notion même que certaines activités policières puissent être inacceptables relativement aux "innocents" mais acceptables lorsqu'elles s'adressent aux "coupables" est incompatible avec le principe d'égalité devant la loi. De plus, permettre l'utilisation de mesures policières contre un individu antérieurement condamné, mesures qui ne sont pas permises envers le reste de la société, équivaut à accorder à cet individu un statut permanent de criminel, contrairement à tous les espoirs de la pénologie moderne¹⁰⁴.

c) Acquittement pour absence d'un élément constitutif de l'infraction

Dans la cause de *R. v. Lemieux*, afin de capturer les membres d'un groupe de voleurs, la police d'Ottawa engage un indicateur du nom de Bard. Ce dernier doit amener Lemieux et un certain Guindon

101. *R. v. Chernecki*, (1971) 4 C.C.C. 560 (CACB); voir aussi *R. v. Kizner*, (1978) 38 C.C.C. 136 (CSC).

102. J.C. LEVY, "Police Entrapment — A Note on Recent Developments", (1970) 35 *Saskatchewan Law Review* 189.

103. N.L.A. BARLOW, *loc. cit.*, note 60, p. 284; ARCHBOLD, *Pleading, Evidence & Practice in Criminal Cases*, 40e éd., Londres, Sweet & Maxwell, 1979, p. 917.

104. *The American Law Institute Model Penal Code (Working Papers)*, *op. cit.*, note 53.

à voler dans une maison particulière, où la police, ayant obtenu la permission du propriétaire, les attend afin de les arrêter. Les deux accusés sont trouvés coupables en première instance. En Cour suprême, le juge Judson reconnaît que, dans le présent cas, Lemieux n'entretenait aucune intention préalable de commettre cette infraction avant son contact avec Bard. Toutefois, il rejette clairement une défense fondée sur ce piège illégal en disant que si Lemieux avait effectivement commis l'infraction dont on l'a accusé, le fait qu'il ait commis l'acte prohibé à l'instigation d'un agent de l'État n'aurait rien eu à voir avec la question de sa culpabilité ou de son innocence.

Malgré cette affirmation et le fait que Lemieux possédait le *mens rea* nécessaire au moment même de l'infraction, la Cour suprême acquitte ce dernier pour la raison que le propriétaire étant consentant à ce qu'ait lieu l'effraction, il ne pouvait y avoir d'*actus reus* valable dans les circonstances. Lemieux n'avait donc pas techniquement commis l'infraction¹⁰⁵.

Dans l'affaire *R. v. Patterson*, suite à une proposition téléphonique de nature sexuelle par un détective, l'accusée et une autre femme accompagnent ce dernier et un second agent à une maison située dans une banlieue résidentielle afin de s'y livrer à la prostitution. Elle est subséquentement déclarée coupable d'avoir tenu une maison de débauche. La Cour suprême acquitte l'accusée tout en refusant de commenter sur les méthodes policières employées dans le présent cas. La défense ne soulève même pas la question. Le juge Spence fait plutôt reposer l'acquittement sur le sens du mot "tenir" (une maison de débauche). En effet, le mot "tenir" tel qu'entendu dans cet article du Code suppose une utilisation fréquente ou habituelle de la maison à de telles fins, or il n'y avait aucune preuve à l'effet que ces locaux aient servi en d'autres occasions à des fins de prostitution¹⁰⁶.

Dans une annotation à cette cause, D. Hill déplore justement ce silence de la cour face à une telle conduite de la part de la force policière, incitant des citoyens à enfreindre la loi afin de les traduire ensuite devant les tribunaux¹⁰⁷.

Il est à noter que cette façon de procéder a aussi permis à l'occasion d'acquitter des individus accusés de complot, leur co-

105. *R. v. Lemieux*, (1967) S.C.R. 496 (CSC); voir aussi *R. v. Macro*, (1969) Crim. L.R. 205.

106. *R. v. Patterson*, (1968) 3 C.R.N.S. 23 (CSC); voir aussi *R. v. Hutt*, (1978) 1 C.R. 164 (CSC).

107. David H. HILL, "Annotation — The Last Word on Common Bawdy-Houses? — Agents Provocateurs", (1968) 3 C.R.N.S. 28.

conspirateur étant un policier n'ayant pas le *mens rea* nécessaire pour que se soit constituée une entente valable entre au moins deux personnes. Il ne pouvait donc en droit exister de conspiration¹⁰⁸.

Donc, selon la méthode de l'élément manquant, lorsque le tribunal entrevoit une situation de piège illégal, il dissecte plutôt l'article définissant l'infraction en ses éléments constitutifs de base, soit *mens rea* et *actus reus*, dans le but de vérifier si l'un ou l'autre peut être absent dans le cas particulier qu'il a devant lui¹⁰⁹.

L'avantage que comporte une approche permettant ainsi à la cour d'esquiver la question du piège illégal, réside dans le fait qu'elle lui permet d'éviter un préjudice à l'accusé sans avoir à se justifier par une condamnation expresse de l'effort policier. Car à cette époque, on considérait que de libérer l'accusé à cause d'une conduite policière un peu trop enthousiaste était de pénaliser directement le policier consciencieux et efficace¹¹⁰. Il s'agissait donc de ne brimer d'aucune façon l'action policière, ne serait-ce que par voie de châtement moral. Par ailleurs, on peut peut-être tout aussi bien expliquer le silence de la cour et son recours à ce mécanisme, par l'absence pur et simple à ce moment d'un remède viable reposant directement sur la révision judiciaire de méthodes policières inconvenantes¹¹¹.

d) Arrêt des procédures pour cause d'abus

En pays de *common law*, on reconnaît depuis longtemps aux tribunaux criminels une discrétion inhérente leur permettant de faire dispense de prescriptions procédurales ou substantives, lorsqu'agir autrement équivaldrait à un abus du processus judiciaire ou une oppression envers l'accusé¹¹².

Bien que la doctrine d'abus de procédures trouve sa source au civil, permettant à ces tribunaux de renvoyer les procédures qu'ils jugent être inutiles, vexatoires ou futiles, il convient de rappeler qu'elle est toute autant applicable au criminel, car selon le juge Devlin, les mêmes principes fondamentaux, quoiqu'ils soient souvent exprimés différemment, guident les processus civil et criminel¹¹³.

108. *R. v. Kotyzyn*, (1949) 8 C.R. 246 (CAQ); *R. v. O'Brien*, (1954) 19 C.R. 371 (CSC).

109. Voir aussi *R. v. Burke*, (1979) 44 C.C.C. 50 (CAIDE).

110. J.C. LEVY, *loc. cit.*, note 102, p. 182.

111. *R. v. Bonnar*, (1977) 34 C.R.N.S. 190 (CANE).

112. *Connelly v. D.P.P.*, (1964) 2 W.L.R. 1145; *R. v. Bell*, (1929) 51 C.C.C. 388; *R. v. Moore*, (1974) 1 N.Z.L.R. 417; *R. v. Thompson*, (1962) 1 All E.R. 65.

113. *Connelly v. D.P.P.*, (1964) 2 W.L.R. 1355.

Le juge Jessup, parlant au nom de la Court of Appeal d'Ontario dans *R. v. Osborn*, reconnaît l'existence de ce pouvoir au Canada, bien qu'il ne doit être exercé que dans de rares cas¹¹⁴.

Dans *R. v. Ormerod*, le juge Laskin reconnaît la compatibilité entre ce mécanisme de contrôle judiciaire et les principes véhiculés par la politique sociale. Il ajoute ensuite qu'afin de soutenir ce moyen de défense, dont l'objet n'est pas de déterminer si le crime a bel et bien été commis mais de décider si les méthodes employées par la police devraient être tolérées, il serait nécessaire pour les tribunaux d'exercer un pouvoir inhérent leur permettant de faire dispense en rapport avec l'administration de la justice. Quant à l'existence effective d'une telle discrétion permettant de prévenir les abus de procédures judiciaires, le juge Laskin se contente de mentionner qu'elle a déjà été utilisée, par exemple dans l'arrêt *R. v. Osborn* devant cette même cour, mais préfère ne pas se prononcer sur sa validité tant que les faits d'une cause ne l'y contraignent pas directement¹¹⁵.

Dans *R. v. Shipley*, les faits supportant une conclusion de piège illégal, le juge McAndrew s'appuyant sur l'arrêt *R. v. Osborn* déclare qu'il serait injuste envers l'accusé et constituerait de l'oppression et un abus de procédures judiciaires que de permettre à la poursuite de continuer. Il ordonne alors que soient arrêtées les procédures¹¹⁶.

Toutefois, l'affaire *Osborn* ayant été soumise à la Cour suprême, cette dernière semble rejeter l'existence de ce pouvoir inhérent. Les juges Pigeon, Martland et Judson affirment clairement que la doctrine d'abus de procédures comme moyen de contrôle sur les accusations que le tribunal, dans sa discrétion, considère oppressives, n'a aucune place dans notre droit. Par contre, les juges Hall, Ritchie et Spence tendent implicitement à accepter une telle doctrine, mais ne se prononcent pas expressément sur sa validité, puisque les présents faits ne lui donneraient pas ouverture même si son existence n'était pas contestée. Enfin, le juge Fauteux demeure silencieux et les deux autres juges sont absents¹¹⁷.

Par la suite, plusieurs arrêts demeurent sympathiques à l'existence d'un pouvoir inhérent afin de prévenir les abus de procédures, tel qu'établi par l'arrêt *Connelly*, et jugent que l'arrêt *R. v. Osborn* en Cour suprême n'a pas eu pour effet d'abolir la doctrine de façon

114. *R. v. Osborn*, (1969) 4 C.C.C. 664 (CAO).

115. *R. v. Ormerod*, (1969) 2 O.R. 238 (CAO).

116. *R. v. Shipley*, 3 C.C.C. 398, 402 (CCO); voir aussi *R. v. McDonald*, (1971) 15 C.R.N.S. 122 (CPCB).

117. *R. v. Osborn*, (1970) 12 C.R.N.S. 1 (CSC).

définitive, mais ne touchait qu'au seul cas où une accusation correcte était subséquemment déposée à un acquittement sur une accusation incorrecte fondée sur les mêmes faits¹¹⁸.

Dans *R. v. Chernecki*, le juge Bull rejette les commentaires du juge Laskin dans *Ormerod* relativement aux abus de procédures, ainsi que la partie du jugement du juge Jessup dans *Osborn* (CAO), vu l'opinion nettement opposée qui se dégage de l'appel de cette dernière décision à la Cour suprême¹¹⁹.

En 1972, dans *R. v. Pratt*, l'accusé soulève dans sa défense que les présentes procédures devraient être arrêtées pour abus du processus de la cour, puisque l'infraction dont on l'inculpe a été instiguée par la police. Le juge deWeerdt, se basant sur les faits, est incapable de conclure au piège illégal et conséquemment en l'existence d'un abus de procédures dans la présente cause¹²⁰. Stanley Cohen avance que le juge ne semble donc pas être en désaccord avec la proposition voulant que face à des faits opportuns, la doctrine d'abus de procédures puisse être invoquée afin d'arrêter les procédures oppressives¹²¹.

Dans *R. v. Rourke*, le juge McIntyre de la Court of Appeal de Colombie-Britannique reconnaît l'existence de la doctrine d'abus de procédures, mais ajoute que cette discrétion ne peut être exercée que dans des cas exceptionnels et rares¹²².

Dans *R. v. Bonnar*, le juge McDonald rétablit les verdicts de culpabilité de l'accusé, les faits ne supportant pas une conclusion de piège illégal. Il exprime toutefois l'opinion que les procédures devraient être arrêtées ou l'accusé libéré là où il est clair que ce dernier n'avait pas l'intention pré-existante ou n'était pas pré-disposé à commettre l'infraction dont on l'inculpe, mais l'a commise seulement parce que la conduite de l'agent de l'État à son égard constituait un tel harcèlement systématique et incessant qu'elle allait au-delà de la sollicitation ordinaire. Dans une telle situation, il y a un abus du processus de la cour et quelque chose de contraire à la politique sociale. En effet, une telle conduite de la part d'un agent provocateur sape la base du système de l'administration de la justice dans une

118. *R. v. Koski*, (1972) 5 C.C.C. 46 (CSCB); *R. v. Crocquet*, (1973) 12 C.C.C. 331 (CACB); *R. v. Sheehan*, (1974) 14 C.C.C. 23 (HCO); *R. v. Del Puppo*, (1974) 16 C.C.C. 462 (CPCB).

119. *R. v. Chernecki*, (1971) 16 C.R.N.S. 230; 4 C.C.C. 556 (CACB).

120. *R. v. Pratt*, (1972) 19 C.R.N.S. 273; 7 C.C.C. 251 (TNO).

121. S.A. COHEN, *op. cit.*, note 1, p. 394.

122. *R. v. Rourke*, (1976) 25 C.C.C. 555 (CACB).

société libre et démocratique, et ne peut en conséquence être permise ou tolérée¹²³.

Encore une fois, dans *R. v. Rourke*, la Cour suprême vient embrouiller une situation imprécise. Les juges Pigeon, Ritchie, Beetz, Martland et DeGrandpré sont d'avis qu'il n'existe pas en droit canadien de pouvoir inhérent permettant d'arrêter des procédures régulièrement instituées parce qu'elles sont jugées oppressives. Par ailleurs, les juges Laskin, Judson, Spence et Dickson se prononcent de façon aussi claire, mais en faveur de l'existence d'un tel pouvoir, bien qu'il ne puisse être exercé que dans les cas exceptionnels¹²⁴.

L'attitude de la doctrine et de la jurisprudence subséquentes à cet arrêt favorise également la survie de ce pouvoir¹²⁵. Les auteurs avancent que la décision de la Cour suprême dans *Rourke* ne dépose pas les cours de ce pouvoir historique, mais est plutôt une tentative d'établir la portée à attribuer à la doctrine¹²⁶. La décision de *Rourke*, tout comme celle d'*Osborn*, ne concerne que la situation factuelle qui lui était soumise, soit dans le présent cas qu'aucune règle ne dicte que les poursuites doivent être intentées promptement sous peine de constituer de l'oppression et un abus de procédures. Le pouvoir inhérent d'arrêter les procédures est un élément vital de l'arsenal du tribunal pour assurer que justice soit rendue. Afin de faire disparaître ce pouvoir, il doit être clairement éliminé par la loi. Or le Code criminel n'a pas spécifiquement écarté ce pouvoir et conséquemment, il réside toujours chez nos tribunaux¹²⁷.

Par contre, il est encore des tribunaux qui se disent liés par leur interprétation de *R. v. Rourke*. C'est notamment le cas dans *R. v. Sabloff*, où la Cour supérieure du Québec qualifie l'arrêt *Rourke* de décision claire et non équivoque lui prohibant d'arrêter les procédures pour cause d'abus et de retirer ainsi la cause des mains du jury lorsque les faits justifient une conclusion de piège illégal¹²⁸.

123. *R. v. Bonnar*, (1977) 34 C.R.N.S. 192 (CANE); voir aussi *R. v. Burke*, (1979) 44 C.C.C. 50 (CAIPE).

124. *R. v. Rourke*, (1977) 35 C.C.C. 129 (CSC).

125. *R. v. Loubier*, (1978) 4 C.R.N.S. 96 (CSO); *R. v. Babcock*, (1978) 4 C.R.N.S. 105 (CPCB); *R. v. Bjorklund*, (1978) 37 C.C.C. 5 (CSCB); *R. v. Abitibi*, 29 W.W.B. 308 (CAO); *R. v. Jones*, (1978) 40 C.C.C. 173 (CSCB); *R. v. Hickey*, (1979) 44 C.C.C. 366 (CPO); *R. v. Cinglen*, (1979) 45 C.C.C. 227 (OHC).

126. "The Doctrine of Abuse of Process", (1978) 1 C.R. 350.

127. *Id.*, p. 360.

128. *R. v. Sabloff*, (1979) C.S. 828 (CSQ); voir aussi *R. v. Lebrun*, (1979) 45 C.C.C. 300 (CACB).

Dans l'arrêt *R. v. Kizner*, le juge Laskin, parlant aussi pour les juges Spence, Dickson et Estey, et après avoir effectué une révision des arrêts *R. v. Ormerod*, *R. v. Shipley* et *R. v. McDonald*, affirme, compte tenu que les faits présentement devant lui ne justifient pas une conclusion de piège illégal:

"I leave open the question whether the appropriate way to deal with entrapment is by a stay of proceedings, a matter considered by this Court in another context in *R. v. Rourke*..."¹²⁹.

Pour leur part, les juges Pigeon, Ritchie, Beetz, Martland et Pratte concluent également qu'il n'y a pas eu de piège illégal dans les présents faits et préfèrent n'exprimer aucune opinion concernant toute autre question¹³⁰.

Cette dernière décision est donc très significative en ce qu'elle laisse la porte ouverte, et ce, de façon unanime, à un remède au piège illégal par voie de la doctrine d'abus de procédures.

e) Le défense de piège illégal

Dans *R. v. Haukness*, le juge Cronin acquitte purement et simplement un individu accusé de trafic de stupéfiants vu que la police est allée au-delà de la sollicitation ordinaire afin d'amasser sa preuve. Il explique ensuite sa décision en disant qu'il y a un lien entre la doctrine d'abus du processus de la cour et la doctrine de piège illégal en ce qu'aucune ne provient d'une autorisation législative expresse, mais c'est là que cesse toute similarité. En effet, la doctrine d'abus de procédures ne s'intéresse pas aux abus ou inconduites imputables à la police dans le cours de la détection du crime ou de l'application de la loi criminelle, qui est plutôt le domaine où la doctrine de piège illégal opère¹³¹.

Ensuite, dans *R. v. Kizner*, après avoir effectué un survol de la jurisprudence, notamment des arrêts de *R. v. Chernecki* et *R. v. Kizner* où les cours d'appel de Colombie-Britannique et d'Ontario expriment clairement l'opinion que n'est pas disponible en droit canadien la défense de piège illégal, et malgré le fait que la présente cause n'oblige pas le tribunal à décider quelles conséquences légales devraient découler d'une preuve de piège illégal, le juge Laskin affirme:

"... I would not, however, endorse the view of the Ontario Court of Appeal in the present case or of the British Columbia Court of Appeal in *Chernecki*

129. *R. v. Kizner*, (1978) 38 C.C.C. 141 (CSC).

130. *Ibid.*

131. *R. v. Haukness*, (1976) 5 W.W.R. 420 (CPCB).

rejecting entrapment as a defence. There are good reasons for leaving the question open"¹³².

Le juge en chef s'explique en disant qu'il ne croit pas que l'article 7(3) du Code criminel doive être considéré comme ayant bloqué le pouvoir des tribunaux d'accroître l'horizon du *common law* par voie de reconnaissance de nouvelles défenses, lorsqu'ils le jugent opportun, vu des circonstances nécessitant un contrôle accru sur la conduite d'une poursuite ou de toute procédure judiciaire¹³³.

Cette interprétation de l'article 7(3) se révèle être conforme à l'intention des codificateurs de 1955, qui entendaient laisser aux tribunaux canadiens le soin et la responsabilité de faire évoluer le droit pénal général et de l'adapter aux situations nouvelles résultant des transformations sociales et de l'évolution du *common law*¹³⁴. On peut citer comme exemple d'une telle évolution la défense de condamnations multiples développée lors de l'arrêt *R. v. Kienapple*¹³⁵.

Pour sa part, le juge Pigeon, parlant pour lui-même et les quatre autres juges, constate simplement que les faits ne justifient pas une conclusion de piège illégal dans le présent cas et refuse de se prononcer sur toute autre question¹³⁶.

De nouveau, cette décision laisse unanimement la porte ouverte à la défense de piège illégal, cette fois-ci en tant que défense pure et simple de *common law*.

Subséquentement, la Cour supérieure du Québec, dans *R. v. Sabloff*, profite de l'opportunité ainsi offerte et reconnaît le piège illégal comme étant la source d'une défense valable à une accusation criminelle. Le juge Greenberg propose donc que revienne au jury le soin de déterminer si la Couronne a prouvé tous les éléments essentiels de chaque infraction au-delà de tout doute raisonnable. Seulement s'il en conclut ainsi concernant l'un des chefs sera-t-il ensuite invité à considérer l'existence d'une situation de piège illégal, tel que définie dans *R. v. Ormerod*. Les jurés devront être satisfaits que l'accusé a prouvé les éléments essentiels de sa défense, et ce, par une prépondérance de preuve.

Il semblerait, selon le juge Greenberg, que contrairement aux défenses d'ivresse, accident, erreur, nécessité, contrainte, consente-

132. *R. v. Kizner*, (1978) 38 C.C.C. 137 (CSC).

133. *Ibid.*

134. Commission de réforme du droit du Canada, *Pour une codification du droit pénal*, Ottawa, Information Canada, 1976, p. 34.

135. *R. v. Kienapple*, (1975) 1 R.C.S. 729 (CSC).

136. *R. v. Kizner*, (1978) 38 C.C.C. 142 (CSC).

ment de la victime, etc, qui prévalent en réussissant à soulever un doute raisonnable quant à un des éléments essentiels de l'infraction (*actus reus* ou *mens rea*), la défense de piège illégal ne prétend pas vicier ou nier l'existence de l'un de ces éléments essentiels. Plutôt, l'accusé admet qu'il a commis l'infraction telle que prouvée, mais allègue qu'il doit en être acquitté parce que les méthodes policières ne peuvent être tolérées par la Cour¹³⁷.

Il est à noter que les propositions de réforme du droit pénal, tant au Canada qu'aux États-Unis, vont dans ce sens, c'est-à-dire qu'elles recommandent toutes l'acquittement pur et simple de l'accusé lorsque ce dernier réussit à démontrer par prépondérance de preuve que sa conduite criminelle résulte exclusivement de l'existence d'un piège illégal¹³⁸.

CONCLUSION

L'intérêt et l'ordre publics exigent que l'application de la loi soit uniforme et efficace. Il s'agit là de deux concepts partiellement opposés et un délicat équilibre doit donc s'effectuer entre eux. D'une part, l'uniformité requiert de la loi qu'elle soit prévisible et ne puisse être employée arbitrairement contre le justiciable, d'où restriction de son utilisation. D'autre part, une justice crédible se doit aussi d'être efficace face à la propagation du crime, d'où libéralisation de son applicabilité.

En réalité, on comprend donc qu'on ne puisse se permettre d'accabler exagérément l'une ou l'autre partie à un piège illégal. L'uniformité et la prévisibilité interdisent toute vexation additionnelle à sa victime, tandis que l'efficacité protège son auteur de contraintes indues à son initiative. Il semble donc d'un idéalisme incommode que de s'attendre à ce que le principe de légalité se cristallise purement en faveur de la victime du piège, spécialement si l'on considère l'orientation conservatrice qu'a adoptée la société occidentale depuis les dernières années.

137. *R. v. Sabloff*, (1979) C.S. 828 (CSQ).

138. Rapport du Comité canadien de la réforme pénale et correctionnelle, *op. cit.*, note 15, p. 85; The American Law Institute Model Penal Code, *op. cit.*, note 53, p. 43; Final Report of the National Commission on Reform of Federal Criminal Laws, *op. cit.*, note 54, p. 58.

S'il existe aux États-Unis une disposition constitutionnelle expresse et impérative ayant poussé ces derniers à reconnaître une quelconque solution au problème, on ne peut pas dire qu'il en est de même ici, ce qui explique probablement en grande partie notre flottement face à la même question. On peut avancer que la question de piège illégal n'est sérieusement débattue au Canada que depuis environ une quinzaine d'années, soit depuis l'affaire *Lemieux*. Bien que la Cour suprême ait adroitement évité à plusieurs reprises de trancher le débat en consacrant une solution particulière à ce problème, il demeure qu'elle a quand même reconnu l'importance de ne pas tout simplement en nier l'existence.

L'activité créatrice des tribunaux canadiens dans ce domaine n'a donc pas été étouffée, mais ont plutôt été balisées les voies dans lesquelles devrait être concentrée leur recherche d'un remède qui serait acceptable au plus haut échelon judiciaire. Il ne fait aucun doute que de perpétuer l'incertitude au sujet de la reconnaissance éventuelle d'une "défense de piège illégal" est de bafouer les principes fondamentaux de la justice. À l'heure actuelle, le cœur du problème ne semble plus être de nature substantive, mais de nature purement technique, c'est-à-dire qu'il ne s'agit plus que de trouver le mécanisme qui bloquera effectivement la trappe.