

La présence sur les lieux du crime

Rachel Grondin

Volume 22, Number 3, September 1991

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/1057815ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/1057815ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Éditions Wilson & Lafleur, inc.

ISSN

0035-3086 (print)

2292-2512 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this article

Grondin, R. (1991). La présence sur les lieux du crime. *Revue générale de droit*, 22(3), 615–647. <https://doi.org/10.7202/1057815ar>

Article abstract

Can people be found guilty of a criminal offence simply by being present in a certain place? The following text answers this question by analyzing the essential elements of either committing an offence or participating in an offence committed by another person.

This article will show that simple presence by itself does not constitute the material element of a crime as given in the *Criminal Code*. Further analysis, however, demonstrates that physical presence in a location could correspond to criminal participation as stated in paragraphs 21(1b) or 21(1c) of the *Criminal Code*.

La présence sur les lieux du crime

RACHEL GRONDIN

Professeure à la Faculté de droit
de l'Université d'Ottawa

RÉSUMÉ

Peut-on engager sa responsabilité criminelle suite à sa présence physique dans un endroit particulier ? Le présent texte répond à cette question en analysant les éléments essentiels à la commission réelle d'une infraction ou à la participation secondaire à une infraction commise par une autre personne.

Le but de cet article consiste à démontrer que la présence en soi n'équivaut jamais à l'élément matériel des crimes prévus au Code criminel. Par contre, on y étudie aussi les conditions permettant de conclure que la présence dans un lieu peut correspondre aux modes de participation criminelle définis aux articles 21(1)b) ou 21(1)c) C.cr.

ABSTRACT

Can people be found guilty of a criminal offence simply by being present in a certain place ? The following text answers this question by analyzing the essential elements of either committing an offence or participating in an offence committed by another person.

This article will show that simple presence by itself does not constitute the material element of a crime as given in the Criminal Code. Further analysis, however, demonstrates that physical presence in a location could correspond to criminal participation as stated in paragraphs 21(1)b) or 21(1)c) of the Criminal Code.

SOMMAIRE

Introduction	616
I. La présence : <i>actus</i> de l'infraction	617
A. La présence et le libellé de l'infraction	617
1. La présence « sans excuse légitime »	618
2. La participation à un attroupement illégal	620
3. La présence comme moyen de preuve	621

B. La présence passive et le devoir d'intervenir	622
1. Le devoir légal d'agir	624
2. L'état d'esprit coupable lors d'une omission	627
II. La présence passive lors de la commission d'une infraction par un tiers	631
A. La présence et les modes de participation	633
1. La commission par un « tiers »	634
2. Le lien de causalité	636
B. La présence « en vue d'aider »	637
1. La simple présence est une omission	638
2. La présence passive et l'intention d'aider	640
C. La présence « qui encourage »	641
1. La manifestation de l'encouragement	642
2. L'élément moral de l'encouragement	643
Conclusion	645

INTRODUCTION

En général, on condamne une personne parce qu'elle a fait quelque chose. Peut-on la déclarer criminellement responsable si elle était simplement présente dans un lieu quelconque ? Nous entendons par là les cas où une personne se trouve physiquement devant une situation sans que l'on puisse prouver toute action de sa part. On ne considère pas comme présent celui qui a été témoin de faits parce qu'il les a vus de sa fenêtre ou les a entendus au téléphone. Toutefois, malgré une présence physique sur les lieux du crime, on peut être victime, témoin ou même acteur dans une situation criminelle sans pour autant se rendre coupable d'une infraction. Le policier qui intervient lors d'un vol de banque est certainement sur les lieux du crime. Il en est de même des témoins ou de la victime. Leur présence les expose au devoir légal de déposer dans un éventuel procès et à des conséquences pénales en cas de défaut. Notre étude ne porte pas sur ces cas de présence accidentelle mais plutôt sur les cas de présence comme élément matériel d'un crime.

Afin de reconnaître ces situations de responsabilité et déterminer la nature de l'infraction pour laquelle la personne présente peut être condamnée, nous chercherons premièrement si la simple présence correspond à l'élément matériel (*actus reus*) donné dans la définition des crimes au *Code criminel*. Ensuite, nous considérerons la présence comme élément d'un *actus reus* élargi permettant de conclure à une participation lors de la commission d'une infraction par une autre personne. Ainsi, la première partie de notre travail sera consacrée à l'étude de la personne présente comme auteur réel d'une infraction et la deuxième partie, à la personne présente comme responsable d'un crime commis par un tiers.

I. LA PRÉSENCE : ACTUS DE L'INFRACTION

La présence correspondra au mode de commission réelle d'une infraction seulement lorsqu'une disposition interdit explicitement la présence dans un endroit. Par ailleurs, si l'infraction en est une d'omission, la présence passive pourra entraîner un devoir d'agir et servir de preuve à l'élément moral de ces infractions. Par contre, dans ces cas, la présence ne fait pas partie de l'*actus* de l'infraction. La responsabilité criminelle pour ce genre d'infractions est plutôt fondée sur l'omission.

A. LA PRÉSENCE ET LE LIBELLÉ D'UNE INFRACTION

Seule la manifestation extérieure d'un comportement peut faire l'objet d'une infraction pénale. On ne peut punir pour les pensées uniquement¹. Généralement, ce sont des actions positives qui sont punies par la loi, mais certains comportements négatifs et passifs sont aussi assimilés à la commission d'une infraction. Dans ce cas, aucun mouvement musculaire n'est nécessaire. Au *Code criminel*, l'interdiction de la présence dans un lieu quelconque constitue une incrimination de ce genre de comportement.

Les infractions sont classifiées selon les différents comportements interdits ; il existe des infractions d'action, d'omission ou d'état. Les infractions d'action se caractérisent par la nécessité d'un acte que définit le texte d'incrimination. Les infractions d'omission punissent un individu pour une abstention alors que les infractions d'état interdisent plutôt certaines situations comme le fait de « se trouver » sur des lieux particuliers. Lorsque la simple présence est défendue de façon expresse, les infractions en question sont des infractions d'état car ce n'est pas une action mais plutôt une manière d'être qui est prohibée. Aucun acte n'est exigé pour ce genre d'infraction ; c'est la présence elle-même qui est punie.

Le législateur a créé une infraction pour la présence dans un endroit quelconque lorsqu'il a interdit à quiconque de se trouver dans une maison de jeu ou une maison de pari². On dira souvent que la personne présente dans cet endroit se trouvait à agir car elle faisait « acte de présence », mais ceci est difficilement conciliable avec la réalité car seule une situation sans action précise est prévue dans ces textes d'incrimination. Ces dispositions n'interdisent pas le fait d'être entré dans un endroit précis mais elles punissent le fait d'y être trouvé. Même si une personne apprend qu'elle se trouvait dans une « maison de jeu » seulement après y être entrée, elle peut être condamnée pour l'infraction prévue à l'article 201(2)a) C.cr. si elle ne possédait aucune excuse légitime pour expliquer sa présence sur les lieux.

1. *Hales c. Petit*, (1562) 75 E.R. 387 (K.B.).

2. Article 201(2)a) C.cr.

1. La présence « sans excuse légitime »

Au *Code criminel*, ce n'est que si elle n'a aucune excuse légitime pour se trouver sur les lieux qu'une personne peut engager sa responsabilité criminelle pour sa présence dans un endroit précis. Par exemple, le livreur de pizzas arrêté dans une maison de jeu aurait une telle excuse s'il déclarait, avec preuve à l'appui, que son employeur lui avait ordonné de faire une livraison à cette adresse. Il ne peut être condamné même s'il savait que l'endroit en question était une maison de jeu. Il en serait de même pour le policier qui se trouvait sur les lieux dans l'exécution de son travail. Le législateur incrimine seulement le fait de se trouver dans un endroit particulier sans aucune raison licite. De plus, les interdictions pour la présence « sans excuse légitime » sont très rares au *Code criminel*³.

Deux de ces dispositions interdisant la présence (art. 201(2)a) et 210(2)b) C.cr.) stipulent qu'une infraction est commise lorsque « quiconque est trouvé [...] » . Ces infractions sont définies en fonction de la personne qui trouve, alors qu'elles visent réellement le comportement de l'autre personne sur place. Selon nous, il s'agit d'une mauvaise rédaction. Dans ces cas, on préférerait que le législateur prévoit l'expression « quiconque se trouve [...] » , comme il le fait d'ailleurs à l'article 349 C.cr. lorsqu'il condamne celui qui est présent dans une maison d'habitation. Pour les infractions punissant la présence d'une personne, une rédaction en fonction de ce comportement serait plus exacte et plus claire. Elle serait conforme au principe de la légalité, règle fondamentale en droit pénal. Il est vrai qu'une personne ne peut être condamnée pour sa présence si elle n'est pas trouvée par quelqu'un, mais la définition d'une infraction en fonction de sa preuve laisse croire que l'interdiction ne commence qu'au moment de sa découverte alors que l'on sait fort bien que le législateur avait une toute autre intention.

Pour les trois infractions prévues aux articles 201, 210 et 349 C.cr., la présence interdite est celle « sans excuse légitime » . Or, selon l'article 794(2) C.cr., il appartient à l'accusé de faire cette preuve s'il est poursuivi en vertu des articles 201 et 210 C.cr. Ce fardeau de preuve est contraire à l'article 11d) de la *Charte canadienne des droits et libertés*⁴ parce qu'il s'oppose à la présomption d'innocence. En obligeant l'accusé à faire la preuve de toute excuse, le législateur permet une condamnation en présence d'un doute raisonnable. De même, l'article 349(1) C.cr. viole l'article 11d) de cette Charte lorsqu'il prévoit que la preuve d'une excuse légitime incombe à l'accusé. Une telle opinion semble contraire à l'affaire *Holmes*⁵ jugée par la

3. Le *Code criminel* en compte seulement trois : article 202(2)a) (être trouvé dans une maison de jeu) ; article 210(2)b) (être trouvé dans une maison de débauche) ; article 349 (se trouver dans une maison d'habitation).

4. *Loi constitutionnelle de 1982*, édictée par la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982 (R.-U.), chap. 11, annexe B. Dans cet article, on réfère aussi à cette loi en la dénommant la Charte.

5. *R. c. Holmes*, [1988] 1 R.C.S. 914.

Cour suprême du Canada en 1988, mais on peut distinguer ce jugement et refuser de l'appliquer de façon générale car cette affaire portait sur l'article 351 C.cr. Aussi, trois des juges parmi les cinq participant à la décision de cette affaire ont décidé que l'article 351(1) C.cr. n'était pas incompatible avec l'article 11d) de la Charte car, selon eux, la poursuite possédait toujours le fardeau de prouver la culpabilité de l'accusé hors de tout doute raisonnable lors d'une accusation pour ce crime, l'expression « dont la preuve lui incombe » étant superflue dans cette disposition. Les deux autres juges, Lamer et Dickson, ont conclu que l'article 351(1) C.cr. violait la présomption d'innocence mais ils ont précisé que l'expression « dont la preuve lui incombe » pouvait être retranchée de l'acte d'accusation en question, de sorte que l'accusé ne supporte qu'un fardeau de présentation pour soulever une excuse légitime dans cette affaire.

Quelques mois plus tard, dans *R. c. Schwartz*⁶, portant sur l'article 115(1) C.cr. concernant le fardeau de preuve incombant à l'inculpé suite à une accusation pour une infraction relative à l'emploi d'une arme à feu ou autre arme offensive, la majorité des juges de la Cour suprême décida que cette disposition ne violait pas la présomption d'innocence car il n'y avait aucun danger de déclarer un accusé coupable alors qu'il existait un doute raisonnable quant à sa culpabilité. Un mois plus tôt, soit le 17 novembre 1988, la Cour d'appel de l'Ontario avait appliqué cette même définition de la présomption d'innocence pour conclure dans *R. c. Nagy*⁷, que l'article 349(2) C.cr. contrevenait à l'article 11d) de la Charte. Cependant, dans ce jugement, elle avait ajouté que ce manquement à un droit protégé par la Charte se justifiait en vertu de l'article 1 de ce document parce que l'importance de la protection contre l'envahissement des biens et de la vie privée surpassait le droit à la présomption d'innocence.

Cette même attitude a été reprise par la Cour suprême du Canada dans ses récents jugements portant sur la présomption d'innocence et le renversement du fardeau de la preuve. Tout en concluant à la violation de la présomption d'innocence dès qu'un accusé peut être condamné malgré l'existence d'un doute raisonnable quant à sa culpabilité, elle a décidé que ces atteintes à un droit protégé par la Charte constituait une limite raisonnable et se justifiait en vertu de l'article 1 de ladite Charte⁸. Entre autres, dans *R. c. Keegstra*⁹, elle a jugé que l'atteinte à la présomption d'innocence prévue à l'article 319(3)a) C.cr. était une limite raisonnable se justifiant par l'article 1 de la Charte étant donné que l'importance de la prévention du préjudice causé

6. [1988] 2 R.C.S. 443.

7. (1988) 67 C.R. (3d) 329 ; 45 C.C.C. (3d) 350.

8. Dans *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 403, la Cour suprême du Canada avait développé des critères assez rigides pour l'application de cet article. Depuis, elle a appliqué des règles plus flexibles dans *R. c. Edwards Books & Arts Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713 ; *Renvoi re : articles 193 et 195.1 (1c) C.cr.*, [1990] 1 R.C.S. 1123 ; *R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697 ; *R. c. Chaulk*, *R. c. Romeo* et *R. c. Ratti*, trois jugements rendus le 20 décembre 1990.

9. *Supra*, note 8.

par la propagande haineuse l'emportait sur le droit protégé à l'article 11d) de la Charte. Le 22 mars 1991, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a reconnu la constitutionnalité de l'article 348(2)b) C.cr. en décidant que malgré son atteinte à la présomption d'innocence, cette disposition constituait une limite raisonnable et se justifiait en vertu de l'article 1 de la Charte. La Cour d'appel est arrivée à cette conclusion en soulignant l'importance de prévenir l'introduction par effraction dans notre société où ce crime a pris des allures épidémiques. A la suite de ces décisions concernant la présomption d'innocence et le renversement du fardeau de la preuve, nous croyons que la Cour suprême du Canada décidera que le fardeau de prouver une excuse légitime imposé à l'article 349(1) C.cr. se justifie par l'article 1 de la Charte même s'il s'agit d'une atteinte à la présomption d'innocence.

2. La participation à un attroupement illégal

Le législateur canadien criminalise la participation d'une personne à un attroupement illégal¹⁰. Cette infraction n'interdit pas la présence dans un endroit particulier mais la présence avec deux autres individus ou plus dans l'intention d'atteindre un but commun. Une personne peut être condamnée pour ce crime dès qu'elle se trouve sur place et ce, même si elle n'était pas à l'origine de l'attroupement. Toutefois, un individu ne commet cette infraction que s'il prend part ou devient membre de l'attroupement illégal¹¹. Ainsi, ce crime ne peut être commis par la simple présence. Le crime créé à l'article 66 C.cr. doit se lire avec la définition donnée à l'article 63 C.cr.

La réunion de plusieurs personnes ne signifie pas nécessairement qu'un attroupement est illégal si ce rassemblement ne se fait pas dans un but particulier et commun à tous. Un attroupement ne sera pas illégal malgré la présence de trois personnes ayant une intention commune si ces individus ne se comportent pas « de manière à faire craindre, pour des motifs raisonnables, à des personnes se trouvant dans le voisinage de l'attroupement : a) soit qu'ils ne troublent la paix tumultueusement ; b) soit que, par cet attroupement, ils ne provoquent inutilement et sans cause raisonnable d'autres personnes à troubler tumultueusement la paix »¹². Lorsque le législateur traite ainsi de « personnes se trouvant dans le voisinage », il ajoute à l'élément matériel de ce crime. Ce n'est pas la crainte de toute personne que la poursuite devra prouver pour établir la commission de cette infraction, mais la crainte de personnes témoins du rassemblement. Enfin, la loi vient punir ici des personnes qui en dérangent d'autres. De plus, cette crainte doit provenir « de motifs raisonnables », ce qui

10. Article 66 C.cr.

11. Cette interprétation de ce que le législateur entend par « participe » est fondée sur la version anglaise de l'article 66 C.cr. Cette expression est utilisée ailleurs au *Code criminel* (article 21 C.cr.) mais c'est plutôt pour décrire les *modes* de participation.

12. Article 63 C.cr.

nécessite l'application d'un test objectif. Ainsi, en plus d'une conduite particulière de la part d'un individu, l'*actus reus* de ce crime déborde la simple présence dans un lieu.

3. La présence comme moyen de preuve

Pour certains crimes, la présence dans un lieu ou avec une personne permet l'application d'une présomption servant à prouver une action de l'accusé. Par exemple, il est possible de condamner une personne pour la garde ou le contrôle d'un véhicule à moteur avec les facultés affaiblies contrairement à l'article 253a) C.cr. si elle se trouvait assise derrière le volant du véhicule sans rien faire lorsqu'elle fut arrêtée. La présence semble correspondre au comportement matériel qui est puni. Pourtant, la Cour suprême du Canada a bien reconnu que la garde ou le contrôle étaient des actes pertinents pour ce crime :

[...] les actes de garde ou du contrôle, hormis l'acte de conduire, sont des actes qui comportent une certaine utilisation du véhicule ou de ses accessoires, ou une conduite quelconque à l'égard du véhicule qui comporterait le risque de le mettre en mouvement de sorte qu'il puisse devenir dangereux. Chaque affaire sera décidée en fonction de ses propres faits et les circonstances où l'on pourra conclure qu'il y a des actes de garde ou de contrôle varieront beaucoup.¹³

La preuve de cette infraction peut se faire à l'aide de la présomption prévue à l'article 258(1)a) C.cr. si l'accusé a seulement eu une présence passive devant les policiers qui l'ont arrêté. Dans une telle situation, un individu n'est pas responsable criminellement parce que le législateur interdit expressément la présence mais parce que la preuve de la présence passive permet de conclure à une action quelconque. L'article 258(1)a) C.cr. prévoit que l'accusé peut renverser cette présomption en soulevant une preuve prépondérante qu'il ne voulait pas mettre en marche ce véhicule, bateau, aéronef ou matériel ferroviaire. Une telle présomption est contraire à la présomption d'innocence et viole l'article 11d) de la Charte parce qu'une personne peut être condamnée malgré l'existence d'un doute raisonnable. Toutefois, la Cour suprême du Canada a décidé, dans *R. c. Whyte*¹⁴, que ce manquement à un droit protégé par la Charte se justifiait en vertu de l'article 1 de cette même loi. Cette façon de punir indirectement la présence permet en réalité de punir un individu pour son état alors que l'infraction en question en est une d'action. Dans ce cas la présomption légale fait beaucoup plus que simplement aider la poursuite à faire sa preuve ; elle permet aussi d'élargir la définition de l'infraction en ajoutant la simple présence aux comportements interdits. Il n'en demeure pas moins que c'est l'action « d'avoir la garde » que l'on punit même si la simple « présence » peut équivaloir à ces actes. Toutefois sans être expressément interdite, la présence peut servir de preuve à la commission de cette infraction.

13. *R. c. Toews*, [1985] 2 R.C.S. 119, p. 126.

14. [1988] 2 R.C.S. 3.

Une preuve de la présence permet aussi de conclure à l'action interdite à l'alinéa j) de l'article 212(1) C.cr. (vivre des produits de la prostitution). Le paragraphe (3) du même article prévoit que la démonstration qu'une personne « se trouve habituellement en compagnie d'un prostitué [...] constitue, sauf preuve contraire, une preuve qu'elle vit des produits de la prostitution ». Encore une fois, il s'agit d'une condamnation possible pour une infraction d'action alors que la preuve se fait en démontrant la simple présence.

Ce paragraphe a été déclaré inconstitutionnel dans sa version antérieure parce qu'il violait la présomption d'innocence et ne pouvait se justifier par l'article 1 de la Charte¹⁵. Depuis, le législateur a remplacé les mots « se trouve habituellement en compagnie de prostituées [...] » par « se trouve habituellement en compagnie d'un prostitué [...] »¹⁶ ce qui nous semble plus équitable. Cependant, dans *R. c. Grilo*¹⁷, la Cour d'appel de l'Ontario a mieux défini l'action « de vivre des produits de la prostitution » en jugeant que le fait de partager logement et nourriture avec une prostituée ne constituait pas le crime en question si chacun contribuait aux dépenses de la vie quotidienne. En conséquence, la présomption prévue à l'article 212(3) C.cr. pour la simple présence en compagnie d'un prostitué nous apparaît irrationnelle et difficilement justifiable dans notre société. Ce n'est que pour les infractions d'omission que la présence passive peut servir de preuve sans que ceci porte atteinte à la présomption d'innocence.

B. LA PRÉSENCE PASSIVE ET LE DEVOIR D'INTERVENIR

La présence passive peut être une circonstance secondaire à la commission d'une infraction d'omission. Ce n'est pas la présence qui est interdite mais l'omission d'agir. Tant la personne présente que la personne absente peut encourir une responsabilité criminelle pour ces infractions. Dans ces cas, une personne est coupable parce qu'elle a omis de faire quelque chose. C'est ainsi que le père présent alors que son enfant s'est noyé peut être condamné pour négligence criminelle causant la mort s'il est demeuré inactif alors qu'il aurait dû agir. Sa responsabilité provient de son inaction et non de sa présence, mais cette dernière peut servir à démontrer sa connaissance des circonstances entourant l'événement.

Dans certains cas, la seule preuve d'une présence passive permet de démontrer l'*actus reus* d'une infraction d'omission parce que le législateur interdit directement une abstention. C'est le cas lorsqu'il punit le défaut d'offrir de l'aide lors d'un accident avec un véhicule dont on a la charge, la garde ou

15. *R. c. Renner*, (1986) 29 C.C.C. (3d) 138 (N.S.T.D.).

16. Article 212(3) C.cr. (Les italiques sont les nôtres)

17. (1991) 64 C.C.C. (3d) 52.

le contrôle¹⁸. De même, une preuve de la présence passive peut servir lors d'une accusation pour le refus de se disperser suite à une proclamation au nom de la Reine¹⁹. L'*actus reus* de certaines infractions d'omission sera moins évident s'il est composé de l'inobservance à un devoir se trouvant en dehors du texte d'incrimination. Un tel devoir, même s'il doit être légal, peut provenir de toute disposition législative applicable à une personne dans des circonstances déterminées pourvu qu'elle soit adoptée par quelque autorité compétente²⁰. La négligence criminelle causant la mort en est un exemple²¹. L'élément matériel de ce crime prévu au *Code criminel* peut être un manquement à une loi provinciale. Pour d'autres infractions d'omission, l'*actus reus* est encore plus difficile à connaître car aucun comportement précis n'est interdit. Seul un devoir est prévu par la loi, et tout manquement à ce devoir peut constituer un crime. C'est une infraction d'omission indirecte. Il en est ainsi pour l'omission d'aider un agent de la paix qui a enjoint une personne de lui porter légalement main forte²². Dans ce dernier cas, ce n'est pas l'omission mais le devoir qui est prévu explicitement. Peu importe que l'infraction d'omission soit directe ou indirecte, la seule présence ne peut constituer tout l'*actus*.

Parmi les infractions d'omission, certaines sont des infractions de pure omission²³ alors que d'autres sont plutôt assimilées à une action positive²⁴. Les premières existent indépendamment des résultats qu'une abstention ait pu engendrer alors que les deuxièmes exigent la preuve d'un lien de causalité entre l'omission et le résultat. Le droit pénal canadien applique plusieurs théories pour découvrir le lien de causalité entre une conduite et un résultat. Cependant, seul un comportement ayant contribué principalement et substantiellement au résultat sera considéré comme une cause pertinente²⁵. La présence, en soi, ne peut constituer une cause dans ce domaine du droit. Elle ne peut à elle seule être l'explication substantielle d'un résultat car il est facile d'imaginer qu'un événement puisse se produire malgré la « présence » ou sans la « présence » d'une personne. Par exemple, ce n'est pas parce que la mère est présente lors de la noyade de son fils que celui-ci a perdu la vie. Cette mort peut s'expliquer beaucoup plus par le fait qu'elle ne l'a pas secouru que par sa présence. L'enfant n'aurait peut-être pas perdu la vie si sa mère lui avait porté de l'aide. Dans ce cas, peut-on réellement conclure que la simple présence est une cause ?

Il est possible de décider que l'omission de la mère a été déterminante s'il est prouvé que l'aide était facilement réalisable et qu'elle aurait

18. Article 252 C.cr.

19. Article 68b) C.cr.

20. *St-Germain c. R.* [1976] C.A. 185.

21. Article 222 C.cr.

22. Articles 33 et 126 C.cr.

23. Article 402(1)e) C.cr. (omission par un commerçant de tenir des comptes).

24. Article 269 C.cr. (causer illégalement des lésions corporelles).

25. *Smithers c. R.* [1978] 1 R.C.S. 506.

certainement pu sauver la vie de la victime. Cependant, de façon générale, la présence n'aura joué aucun rôle significatif dans le résultat ; elle ne sera pertinente que pour établir l'état d'esprit coupable de la mère. Il faut plutôt chercher un lien avec l'omission, ce qui n'est pas toujours une chose facile à faire. Le lien de causalité entre l'inaction et le résultat dommageable n'est pas évident²⁶. Un médecin présent auprès d'un malade ne peut être condamné pour la mort de son patient si la preuve permet seulement de conclure que le malade aurait peut-être pu survivre si le médecin lui avait donné un certain médicament ou s'il avait administré un traitement particulier. Comme le lien de causalité avec le comportement fait partie de l'*actus reus* de toute infraction de résultat, celui-là doit être prouvé hors de tout doute raisonnable, même pour les infractions d'omission²⁷. En droit pénal, ce lien de causalité pourra exister avec une omission dans le seul cas où l'accomplissement d'une action aurait certainement empêché ce résultat²⁸. Autrement, ni la présence ni l'existence d'un droit légal d'agir ne serviront à démontrer cet aspect de l'*actus reus*. Par contre, pour établir une responsabilité pénale suite à une omission, la poursuite doit absolument prouver que l'accusé avait une obligation légale de faire quelque chose.

1. Le devoir légal d'agir

Peu importe la sorte d'infraction d'omission pour laquelle une personne est accusée, que ce soit pour une omission spécifique ou une omission provoquant un certain résultat, la loi doit toujours prévoir une obligation d'agir pour que les tribunaux puissent conclure à une responsabilité pénale²⁹. Malgré une preuve hors de tout doute raisonnable que l'inaction a contribué de façon substantielle au résultat, il ne peut y avoir de condamnation pénale si un devoir d'agir n'est pas prévu par la loi. Certaines personnes préféreraient que le lien de causalité soit le critère déterminant pour la responsabilité suite à une

26. Voir E. MARK, « Bad Samaritanism and the Causation of Harm », (1980) 9 *Phil. and Pub. Affairs* 230; FEINBERG, *Harm to Others*, 1984, pp. 165-185; H.L. HART et A.M. HONORÉ, *Causation in the Law*, 2^e ed., 1985 pp. 127-128; H. BEYNON, « Causation, Omissions and Complicity », [1987] *Crim. L.R.* 539; A. LEAVENS, « A Causation Approach to Omissions », (1988) 76 *Cal. L.R.* 547; A. ASHWORTH, « The Scope of Criminal Liability for Omissions », [1989] 105 *Law Quarterly Rev.* 424.

27. Il est étonnant que madame le juge Claire Barrette-Joncas n'ait pas insisté sur ce facteur lors de ses directives au jury dans l'affaire *R. c. Fortier*, C.S. Longueuil, n° 505-01-050-805, 17 novembre 1980. Cette affaire portait sur une accusation de négligence criminelle ayant causé la mort pour avoir omis de porter secours à une personne qui avait pris des pilules pour se suicider. Le juge a soulevé la nécessité d'un lien entre la négligence criminelle et la mort sans donner plus d'explication pour un cas d'omission.

28. *R. v. Popen*, (1981) 60 C.C.C. (2d) 232 (C.A. Ont.) ; *R. c. Cyrenne*, (1981) 62 C.C.C. (2d) 238 (C. dist. Ont.).

29. *R. c. Elder*, (1925) 44 C.C.C. 75 (C.A. Man.) ; J. FORTIN et L. VIAU, *Traité de droit pénal général*, Montréal, Thémis, 1982, p. 83.

omission plutôt que l'existence d'un devoir légal³⁰. Nous sommes en désaccord avec cette proposition car elle se limite aux infractions d'omission exigeant un résultat. Cette thèse ne tient pas compte des infractions d'omission ne commandant aucun résultat. Un devoir légal d'agir devrait exister seulement dans ces cas, ce qui nous apparaît contraire à la règle de common law. Nous croyons que le devoir légal est distinct du lien de causalité. La preuve d'une obligation d'agir ne permet pas en soi de conclure à un lien de causalité³¹. Pour ce faire, il faut plutôt démontrer que les conséquences interdites ne se seraient sûrement pas produites si l'accusé avait obéi à son devoir légal.

La seule lecture de la mesure pénale prévoyant certaines infractions d'omission ne nous permet pas toujours de conclure à un devoir d'agir. Celui-ci peut être prévu ailleurs, pas nécessairement dans le texte de l'infraction pour laquelle une personne est accusée ; il peut provenir d'une loi fédérale, provinciale ou de la common law³². On peut l'expliquer alors par une relation de parenté, une entente contractuelle, expresse ou implicite, ou la création d'une situation dangereuse³³. Dans certains cas, la présence dans un lieu peut entraîner un devoir légal. Selon l'article 2 de la *Charte des droits et libertés de la personne*³⁴ :

[...] Toute personne doit porter secours à celui dont la vie est en péril, personnellement ou en obtenant du secours, en lui apportant de l'aide physique nécessaire et immédiate [...].

Une personne peut reconnaître que la vie d'un autre est en péril si elle se trouve en sa présence. Selon la loi, elle a, dès lors, le devoir de lui porter secours. L'article 2 de cette Charte « [...] impose une action directe au secouriste qui *se doit d'agir* en personne, quand cela est possible, ou *en obtenant* du secours [...] »³⁵. Ainsi, de la simple présence peuvent découler un devoir et une responsabilité pénale pour l'inaction. Cependant, seule la présence en sol québécois peut entraîner une telle responsabilité. Sans être un élément essentiel à l'obligation de porter secours, la présence au Québec permettra peut-être de conclure à ce devoir, ce qui peut entraîner une responsabilité pénale.

La règle du devoir légal nécessaire a été élaborée en common law pour les infractions d'omission mais aucun devoir de porter secours n'est prévu

30. A. LEAVENS, *op. cit.*, note 26.

31. *R. c. Russel*, [1933] V.L.R. 59 (Australie).

32. *R. v. Doubrough*, (1977) 35 C.C.C. (2d) 46 (Ont. Co. Ct.) ; *R. c. Fortin*, (1958) 121 C.C.C. 345 ; *R. c. Gagnon*, (1956) 15 C.C.C. 82 ; *R. c. Petzoldt*, (1973) 11 C.C.C. (2d) 320. Cette interprétation a été donnée au « devoir imposé par la loi » pour la définition de la « négligence criminelle ». Nous ne voyons pas de raison pour refuser cette même interprétation pour le « devoir légal » exigé pour les autres infractions d'omission.

33. *R. c. Popen*, *supra*, note 28 ; *R. c. Pittwood*, (1902) 19 T.L.R. 37 ; *R. c. Instan*, (1893) 1 Q.B. 450 ; *Green c. Cross*, (1910) 74 J.P. 357.

34. L.R.Q., c. C-12.

35. A. KLOTZ, « Le droit au secours dans la province de Québec », (1991) 21 *R.D.U.S.* 479, p. 490. (Les italiques sont les nôtres.)

par le droit coutumier. Cette nécessité d'un devoir imposé par la loi équivaut à un compromis proposé par Lord Macaulay lors de sa rédaction du *Code pénal indien* en 1835³⁶. Il est intéressant de noter que la théorie soumise par ce juriste correspond à la règle qui s'était dégagée du droit criminel anglais à peu près à la même époque. Entre l'impossibilité d'une condamnation pénale pour une omission et la possibilité d'une condamnation pour toute omission, l'auteur britannique adopta la thèse reconnaissant l'existence d'une responsabilité pénale pour une omission seulement si un devoir légal obligeait d'agir. Selon lui, une obligation morale était trop vague et trop imprécise pour être la base d'une responsabilité pénale. Il soutenait que la limite établie par une obligation légale favorisait l'ordre social en assurant une plus grande certitude en droit pénal. Au célèbre philosophe, Jeremy Bentham³⁷, qui proposait d'établir le devoir de porter secours à une personne en danger, Lord Macauley répondait qu'un tel devoir relevait plutôt de la morale.

Devant cette règle assez stricte ne tenant pas compte de l'obligation morale, quelques juges ont tendance à considérer certains cas d'inaction comme des modes d'action en les situant dans un contexte plus global. Ils concluent alors à l'acte positif en s'attardant plutôt sur l'action antérieure à l'omission³⁸. Ainsi, dans l'affaire *Fagan*³⁹ où l'accusé avait roulé accidentellement sur le pied d'un policier et avait intentionnellement arrêté sa voiture à cet endroit après s'être rendu compte de la situation, il a été jugé que cette omission intentionnelle (cesser d'écraser le pied du policier), ajoutée à une action involontaire (passer sur le pied du policier), constituait un acte positif. Le comportement passif de l'accusé a alors été considéré comme la continuité d'une action et son état d'esprit coupable lors de l'omission est venu se superposer à l'acte posé antérieurement. Cette jurisprudence considère ainsi comme pseudo-inaction l'omission d'agir d'une personne se trouvant sur les lieux de son action antérieure. Selon une telle interprétation, il n'est pas nécessaire de prouver un devoir légal car la présence permet de considérer l'action commise antérieurement. Ainsi, à moins d'interdiction expresse de la présence dans un lieu précis, la personne présente tout en demeurant passive devant une situation donnée ne sera punissable comme auteur principal que si elle a manqué à un devoir ou si son comportement est jugé comme une pseudo-inaction. Malgré ceci, la preuve d'un élément moral associé à l'omission est tout de même indispensable pour la plupart des infractions.

36. T.B. MACAULAY, « Notes on Indian Penal Code », dans *The Works of Lord Macaulay*, vol. 7, éditions Lady Trevelyan, 1871, p. 497.

37. J. BENTHAM, *Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, London, éditions Burns and Hart, University of London, 1970, ch. 17-19, pp. 291-293.

38. *Fagan c. Metropolitan Police Commissioner*, [1968] 3 All E.R. 442 ; *R. v. Miller*, [1982] 2 All E.R. 386 confirmé par la Chambre des Lords ([1983] A.C. 161) où une minorité des juges a vu une action continue dans le fait de ne pas avoir éteint le feu provoqué par une cigarette que l'accusé avait allumée, alors que la majorité a considéré qu'il s'agissait d'une omission à un devoir. À ce sujet, (voir le commentaire à (1984) 22 *Alta L. Rev.* 281). La C.R.D.C. parle de « pseudo-inaction » pour décrire ce comportement.

39. *Supra*, note 38.

2. L'état d'esprit coupable lors d'une omission

Que ce soit une infraction d'action, d'état ou d'omission, les règles concernant l'état d'esprit coupable de l'accusé sont les mêmes. Selon la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Sault Ste-Marie*⁴⁰, la poursuite doit faire la preuve de cet élément moral pour les infractions criminelles dans le vrai sens du mot seulement. Si une personne est poursuivie pour une infraction de responsabilité stricte, elle pourra démontrer qu'elle a pris toutes les précautions nécessaires pour éviter la commission de cette infraction ; par contre, si elle est poursuivie pour une infraction de responsabilité absolue, elle ne pourra se disculper en prouvant qu'elle n'a commis aucune faute⁴¹.

Depuis l'entrée en vigueur de la *Charte canadienne des droits et libertés*⁴², la preuve de l'élément moral d'une infraction est exigée par la constitution du pays avant de pouvoir condamner une personne⁴³. Reconnaissant que l'état d'esprit coupable était un principe de justice fondamentale, le juge Lamer a déclaré ceci au nom de la majorité des juges de la Cour suprême du Canada :

Une loi qui permet de déclarer coupable une personne qui n'a véritablement rien fait de mal viole les principes de justice fondamentale et, si elle prévoit une peine d'emprisonnement, une telle loi viole le droit à la liberté garanti par l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*.⁴⁴

Ainsi, toute infraction de responsabilité stricte ou absolue, permettant la condamnation d'une personne sans prouver un état d'esprit coupable, contreviendrait à l'article 7 de la Charte si elle violait le droit à la vie, à la liberté ou à la sécurité de cette personne⁴⁵.

Punir la passivité de la personne présente dans un lieu, constitue une certaine atteinte à la liberté dans son sens philosophique, mais ce n'est pas la liberté dont parle l'article 7 de la Charte. Selon la majorité des juges de la Cour suprême du Canada, la liberté protégée dans cette disposition est celle qui est physique et qui découle de l'administration de la justice⁴⁶. Ainsi, une peine de prison prévue dans une disposition législative constitue une atteinte à la liberté lorsqu'elle peut faire suite à une condamnation⁴⁷. Suivant cette interprétation, une infraction de responsabilité stricte ou absolue interdisant expressément la

40. *R. c. La corporation de la ville de Sault Ste-Marie*, [1978] 2 R.C.S. 1299.

41. *Ibid.*

42. *Supra*, note 4.

43. I. GRANT, « *R. v. Vaillancourt* : The Constitutionalization of *Mens Rea* », (1988) 22 *U.B.C.L. Rev.* 369; *Vaillancourt c. R.*, [1987] 2 R.C.S. 236; B. ARCHIBALD, « The Constitutionalization of the General Part of Criminal Law », (1988) 67 *Can. Bar. Rev.* 403.

44. *Renvoi relatif au paragraphe 94(2) de la Motor Vehicle Act*, (C.-B.), [1985] 2 R.C.S. 486, p. 492.

45. *Id.*, p. 524.

46. *Renvoi relatif à l'article 193 et à l'alinéa 195.1(1) C.cr. c. R.*, *supra*, note 8.

47. *Renvoi relatif au paragraphe 94(2) de la Motor Vehicle Act*, (C.-B.), *supra*, note 44.

présence n'irait pas nécessairement à l'encontre de l'article 7 de la Charte si elle ne prévoyait pas de peine d'emprisonnement.

La preuve de la *mens rea* ne sera pas essentiellement la même d'une infraction à l'autre. Ainsi, lors d'une accusation pour une omission de se disperser et de retourner paisiblement à sa demeure après proclamation prévue à l'article 67 C.cr., la preuve d'une intention malicieuse n'est pas nécessaire. L'accusé peut être condamné s'il avait l'intention de rester sur place tout en ayant eu connaissance de la proclamation.

La Cour suprême du Canada a traité de l'élément moral exigé pour la négligence criminelle par omission dans *R. c. Tutton*⁴⁸. Dans cette affaire, les parents avaient omis de fournir de l'insuline à leur enfant diabétique et ce dernier en était mort. Sur les six juges participant au jugement, trois ont exigé un certain degré de conscience du danger pour la vie ou la sécurité d'autrui ou à tout le moins, un aveuglement délibéré à l'égard de ce danger. Cette position est conforme aux principes de droit pénal mais il est impossible de dégager quelque précédent que ce soit de cette décision car les trois autres juges ont plutôt appliqué un critère objectif pour résoudre ce litige.

Par contre, si un médecin est accusé de « meurtre » parce qu'il était présent lors de la mort de son patient et qu'il s'est abstenu de lui donner le traitement indiqué en espérant que les souffrances emportent le malade, la poursuite devra démontrer que l'accusé avait l'intention de causer la mort. Pour cette infraction, l'intention ultérieure de « causer la mort » est un élément essentiel dont il faut faire la preuve⁴⁹. Dans ces cas, une règle de simple bon sens pourrait permettre de présumer que l'accusé était censé prévoir les conséquences probables de sa conduite, c'est-à-dire la mort de son patient. Toutefois, cette présomption de fait est facilement réfutable lorsque le seul lien avec l'accusé est sa présence passive.

Nous soutenons que toute infraction d'omission ne peut être de responsabilité stricte ou absolue car, par nature, elle exige la preuve d'un élément moral, soit la connaissance des circonstances conditionnant le devoir légal d'agir. Peu importe la description de son élément moral, la justice fondamentale exige la preuve d'une certaine connaissance avant de condamner une personne pour cette infraction. Un individu ne pourrait pas être puni pour avoir omis ou refusé d'accomplir une obligation prévue par la loi s'il ne connaissait même pas les circonstances lui permettant de découvrir qu'il possédait cette obligation⁵⁰. Une telle infraction peut exister si la protection du public l'emporte sur l'individu mais ceci devrait être exceptionnel en droit pénal et devrait se justifier par l'article 1 de la Charte⁵¹. En principe, la

48. [1988] 1 R.C.S. 1392.

49. *Vaillancourt c. R.*, *supra*, note 43.

50. *Westrup c. Commonwealth*, (1906), 123 Ky 95, 93 S.W. 646, p. 648.

51. K.R. WEBB, « Regulatory Offences, The Mental Element and The Charter: Rough Road Ahead », (1989) 21 *Ottawa L.R.* 419; pour l'application de l'article 1, les critères sont donnés dans *R. c. Oakes*, *R. c. Edwards Books & Arts Ltd.*, *R. c. Renvoi re: articles 193 et 195.1(1)c) C.cr.*, *R. c. Keegstra* et *R. c. Chaulk*, *supra*, note 8.

connaissance des circonstances conditionnant un devoir légal ou l'aveuglement volontaire par rapport à ces circonstances devrait être un élément essentiel pour les infractions d'omission punissant une présence passive. Une personne ne peut faire le libre choix de demeurer dans un endroit ou de ne pas agir devant certains faits si elle ne connaît pas complètement la situation. Malgré sa présence, la personne omettant d'agir ou d'intervenir n'accomplit aucun mouvement musculaire apparent. Il devient alors difficile de connaître sa volonté, élément essentiel à toute responsabilité pénale. Il est un principe fondamental en droit pénal anglais selon lequel toute infraction doit provenir d'un comportement conscient et volontaire⁵². Ce principe est protégé dans notre Constitution⁵³. L'exercice de la liberté lors d'une inaction implique la connaissance des circonstances environnantes. Lorsqu'il s'agit d'une infraction d'omission, cette conscience et cette volonté se manifestent par la connaissance des circonstances déterminant un devoir légal de faire quelque chose.

La connaissance des circonstances conditionnant le devoir d'agir ne signifie pas la connaissance de ce devoir⁵⁴. La connaissance du devoir n'appartient pas à l'élément mental d'une infraction. Le devoir fait partie de la loi. Comme « l'ignorance de la loi chez une personne qui commet une infraction n'excuse pas la perpétration de l'infraction »⁵⁵, le père accusé de négligence criminelle ne pourra pas plaider qu'il ignorait la loi l'obligeant à préserver la vie de ses enfants⁵⁶. Cependant, il pourra toujours soulever en défense son ignorance que la vie de son fils était en danger. Même s'il connaissait les termes de son devoir légal envers son enfant, il possède toujours la possibilité de déclarer que sa connaissance n'était que théorique, et qu'il n'était pas au courant des circonstances de fait entraînant ce devoir. Par contre, cette défense pourra être assez difficile à faire s'il était présent sur les lieux lorsque son enfant a perdu la vie.

Ce refus d'accepter l'ignorance de la loi comme moyen de défense en droit pénal peut avoir des conséquences pratiques différentes pour les infractions d'action et les infractions d'omission. Il est admis qu'une personne poursuivie pour une infraction d'omission ne puisse plaider sa méconnaissance du devoir légal d'agir qui s'imposait à elle. Or, nous avons vu plus haut que ce devoir peut provenir de la common law⁵⁷. Un accusé peut donc se voir condamné pour un manquement à un devoir qui n'est pas prévu par une loi

52. J. FORTIN et L. VIAU, *op. cit.*, note 29, p. 210 ; Sir W. BLACKSTONE, *Commentaries on the Laws of England*, vol IV, 17^e éd., London, Thomas Tegg Publishing, 1830, pp. 20-21.

53. Article 7 *Charte canadienne des droits et libertés*, *supra*, note 4.

54. J. HALL, *General Principles of Criminal Laws*, 2^e éd., New York, Bobbs-Merrill Company Inc. 1960, p. 205.

55. Article 19 C.cr.

56. Les « choses nécessaires à l'existence » dont traite l'alinéa 215(1)a) C.cr. comprend l'obligation de porter secours : *R. v. Brooks*, (1902) 5 C.C.C. 372 (C.A.C.-B.).

57. *R. v. Doubrough*, *supra*, note 32.

canadienne. Malgré le fait que l'article 9 C.cr. interdise les condamnations pour les infractions de common law, rien, dans ce cas, n'empêche une déclaration de culpabilité pour une infraction créée par une loi canadienne mais dont le devoir d'agir se trouve dans la common law. Ainsi, la connaissance de ces infractions implique une recherche au-delà des lois canadiennes. Par opposition aux infractions pour des actions positives, la lecture des dispositions législatives ne suffit donc pas pour connaître les omissions punissables en droit pénal. Afin d'aplanir cette difficulté, la Commission de réforme du droit du Canada propose d'énumérer, dans la partie générale du *Code criminel*, les devoirs dont le manquement pourra entraîner une responsabilité pénale⁵⁸. Une telle énumération facilitera la connaissance de ces devoirs, mais la personne présente sur ces lieux n'encourra une responsabilité criminelle que si elle était au courant des circonstances conditionnant un tel devoir.

Même si en principe l'ignorance d'un devoir légal n'est pas reconnu comme moyen de défense, il peut exister des situations où la méconnaissance de ce devoir provient d'une information fautive fournie par un fonctionnaire. Prenons par exemple le cas où une mère voulant connaître ses devoirs légaux envers ses enfants, s'est adressée à un travailleur social pour la jeunesse en Ontario qui l'a induite en erreur en lui répondant que son devoir de fournir les choses nécessaires à l'existence de ses enfants disparaissait après que ceux-ci aient atteint l'âge de quatorze ans⁵⁹. En se fondant sur cette information, cette mère a ignoré les demandes à l'aide de son fils de 15 ans revenu à la maison pour manger, et celui-ci est mort de faim en sa présence alors qu'elle aurait pu l'aider. La Cour suprême du Canada a laissé entendre, en *obiter*, dans l'affaire *MacDougall*⁶⁰, qu'une erreur de droit « provoquée par un fonctionnaire » pourrait être acceptée en défense s'il y avait une preuve à cet effet. Cet argument permettrait peut-être à la mère d'être acquittée de l'infraction prévue à l'article 197(2) C.cr. pour avoir refusé de fournir une chose nécessaire à l'existence de son fils⁶¹. Aussi, une personne serait acquittée si, malgré sa présence sur les lieux, elle n'avait aucune possibilité raisonnable de connaître un devoir parce que ce dernier était prévu dans un règlement non publié. La *Loi sur les textes réglementaires* prévoit à cet effet que, sauf exceptions, « personne ne peut être condamné pour violation d'un règlement qui, au moment du fait reproché, n'était pas publié [...] »⁶².

Dans certains cas, surtout lorsque le comportement passif d'un individu n'a pas eu de conséquence, il est difficile de faire la preuve de son état

58. C.R.D.C. — *Rapport pour une nouvelle codification de droit pénal*, n° 31, 1987, pp. 19-21.

59. Le *Code criminel* prévoit plutôt 16 ans ; Article 215 C.cr.

60. *R. c. MacDougall*, [1982] 2 R.C.S. 605, p. 613.

61. Notons toutefois que cette conclusion ne s'applique pas dans la province de Québec où il existe le devoir de porter secours à une personne en danger (article 2 de la *Charte des droits et libertés de la personne*, *supra*, note 34).

62. *Loi sur les textes réglementaires*, L.R.C. (1985), ch. S-22, article 11(2).

d'esprit. De façon générale, les règles concernant l'élément moral pour les infractions d'omission sont les mêmes que pour toute autre sorte d'infraction mais leur preuve est plus difficile. La connaissance des circonstances environnantes est nécessaire pour ces infractions parce qu'elle se rattache à l'aspect moral d'un comportement. Cependant, pour ces mêmes infractions, la connaissance d'un devoir légal n'est pas pertinente parce qu'il fait partie de la loi et qu'on ne peut ignorer la loi. Pour les infractions de responsabilité stricte ou absolue, il ne sera pas nécessaire que la poursuite fasse la preuve d'un état d'esprit coupable si l'accusé présent sur les lieux du crime est poursuivi comme auteur principal de l'infraction⁶³. Toutefois, s'il est poursuivi pour un autre mode de participation, la preuve d'un certain état d'esprit sera toujours essentielle.

II. LA PRÉSENCE PASSIVE LORS DE LA COMMISSION D'UNE INFRACTION PAR UN TIERS

Une personne peut engager sa responsabilité pénale non seulement comme auteur principal d'une infraction mais par tout autre moyen de participation. Ainsi en est-il de la personne présente lors de la commission d'une infraction par un tiers. Même si elle ne répond pas à tous les éléments de la définition d'un crime, elle peut en être incriminée si : 1) elle a fait ou omis de faire quelque chose dans le but d'aider à la commission de cette infraction ; 2) elle a encouragé la commission de cette infraction ; 3) elle s'est entendue avec une ou plusieurs autres personnes pour poursuivre une fin illégale ou 4) elle a conseillé la commission de l'infraction⁶⁴. Elle pourra être condamnée pour l'infraction commise en sa présence dès que son comportement entre dans une de ces catégories. Même si elle n'a pas commis elle-même une infraction, elle peut en être condamnée comme participante selon un autre mode.

La participation à la suite d'une intention commune ou à la suite d'un conseil s'explique toujours par une action antérieure à la présence lors de la commission du crime. Qu'il soit présent ou non à la commission d'une infraction, un individu peut en être condamné s'il s'est entendu avec l'auteur de l'infraction afin de poursuivre une fin illégale et de s'y entraider pour l'atteindre. Il n'est pas responsable en raison de sa présence mais parce qu'il s'est entendu préalablement à la commission de l'infraction. De même, celui qui conseille la participation à une infraction est peut-être présent lors de sa

63. *R. c. La Corporation de la ville de Sault Ste-Marie*, supra, note 40.

64. Articles 21 et 22 C.cr. Certaines législatures provinciales ont adopté les mêmes mesures que celles prévues au *Code criminel* fédéral (*Provincial Offences Act*, R.S.O. 1980, c. 400, art. 77-78 et *Summary Offences Procedure Act*, R.S.S. 1978, c. S-63, art. 3(3)). En absence de telles mesures, pour la participation aux infractions provinciales, on applique les règles de participation en common law.

commission mais il peut en être condamné à cause de son conseil antérieur à la commission. Comme la participation à une intention commune ou le conseil avant la commission d'une infraction débordent dans le temps la simple présence lors de la commission d'une infraction et dépendent de facteurs antérieurs au fait d'être sur les lieux, nous limiterons nos observations aux cas de la présence qui a encouragé, ou celle qui avait pour but d'aider.

Dans l'affaire *Dunlop et Sylvester*⁶⁵, le juge Dickson a déclaré, au nom de la majorité des juges de la Cour suprême du Canada, que la simple présence sur les lieux d'un crime pouvait entraîner la responsabilité criminelle seulement si elle constituait une forme d'aide, d'encouragement à la commission d'un crime. Ainsi, le père qui est resté sur place à regarder son enfant se faire battre par une autre personne, pourra engager sa responsabilité criminelle pour la mort de ce dernier si, et seulement si, sa présence constituait une forme d'aide ou d'encouragement au commettant. Il n'est pas criminellement responsable s'il n'est pas intervenu uniquement à cause du danger de le faire. À moins d'être l'auteur d'une infraction, ce n'est que si une personne était présente « en vue d'aider » (21(1)b) C.cr.) ou si cette présence « a encouragé » (21(1)c) C.cr.) que l'on peut conclure à une participation par sa présence.

Il est possible que la participation par l'aide ou l'encouragement s'applique dans une même affaire. Aider est souvent la meilleure façon d'encourager. Toutefois, peu importe la façon de participer à une infraction, la peine possible est la même suite à une condamnation pour l'une ou l'autre. Dans ces cas, on ne voit pas très bien l'intérêt de les distinguer. On assimile souvent le comportement de la personne qui a aidé le commettant à celui de la personne qui l'a encouragé à perpétrer une infraction⁶⁶. Par contre, le législateur couvre ces deux situations dans deux alinéas distincts au *Code criminel*. Même si cela doit se produire assez rarement, il se peut qu'une personne vienne encourager quelqu'un sans avoir l'intention de lui apporter de l'aide. Prenons le cas de la mère qui regarde son amant tuer son fils. Elle veut l'encourager par sa présence, mais il se peut qu'elle n'ait aucunement l'intention de l'aider. La jurisprudence ne fait pas souvent de distinction entre les deux et considère l'aide ou l'encouragement comme un seul mode de participation. Contrairement à ce courant, le juge Martin de la Cour d'appel de l'Ontario a conclu que l'utilisation d'expressions distinctes signifie sûrement qu'on doit leur donner un sens différent :

While liability under s. 21(1)(b) of the code requires doing or omitting something "for the purpose of aiding any person to commit [the offence]", liability under s. 21(1)(c) is grounded upon abetting, i.e., encouraging anyone to commit the offence. While it is common to speak of "aiding and abetting", the two concepts are not the same and either activity constitutes a sufficient basis of liability.⁶⁷

65. *Dunlop et Sylvester c. R.*, [1979] 2 R.C.S. 881.

66. *R. c. Thatcher*, [1987] 1 R.C.S. 652.

67. *R. c. Meston*, (1975) 28 C.C.C. (2d) 497, pp. 503-504 (C.A. Ont.).

Afin de ressortir l'*actus reus* et la *mens rea* de chacun de ces deux modes de participation, nous préférons les étudier séparément en situant la « présence » par rapport à chacun d'eux.

A. LA PRÉSENCE ET LES MODES DE PARTICIPATION

C'est dans les termes suivants que la Cour suprême du Canada s'est prononcée sur la responsabilité pénale pour la simple présence lors de la commission d'une infraction :

La simple présence sur les lieux d'un crime n'est pas suffisante pour conclure à la culpabilité. Il faut faire quelque chose de plus : encourager l'auteur initial, faciliter la perpétration de l'infraction, comme monter la garde ou attirer la victime ou accomplir un acte qui tend à faire disparaître les obstacles à la perpétration de l'acte criminel, comme par exemple empêcher la victime de s'échapper ou encore se tenir prêt à aider l'auteur principal. Ainsi, dans un ouvrage ancien, *Foster's Crown Law*, à la p. 350, on peut lire :

[TRADUCTION][...] pour qu'une personne soit complice ou auteur d'une félonie, il faut qu'elle aide et encourage au moment du fait, ou soit prête à fournir une assurance si nécessaire ; il s'ensuit donc que si A, par exemple, est témoin d'un meurtre sans toutefois y prendre part ni tenter de l'empêcher ou d'arrêter le meurtrier par la force ou des cris, ce comportement étrange, bien que hautement criminel, ne suffit pas en soi à faire de cette personne un complice.⁶⁸

Dans cette affaire, les accusés étaient poursuivis pour un viol⁶⁹ étant donné leur présence lors de la commission de ce crime par d'autres personnes. Ils furent acquittés de cette infraction car aucune preuve ne permettait de conclure qu'ils avaient eux-mêmes commis un viol ou qu'ils avaient l'intention d'aider ou d'encourager la commission de cette infraction. On aurait pu les condamner si une preuve avait démontré que leur présence avait encouragé les auteurs du crime ou si les accusés avaient eu l'intention d'aider la commission de ces viols tout en demeurant passifs lors de leur commission. La seule preuve de la simple présence lors de la commission d'une infraction a été jugée insuffisante pour conclure à leur culpabilité pour le crime en question. Ce principe est fondamental en common law⁷⁰. Seule une preuve additionnelle aurait pu entraîner leur condamnation.

Cette décision a clairement établi que la seule présence lors de la commission d'une infraction par une tierce personne ne permet pas de conclure à une responsabilité pénale pour cette infraction. Ceci ne sera possible que s'il

68. *Dunlop & Sylvester c. R.*, *supra*, note 65, p. 891.

69. Cette infraction était prévue au *Code criminel* à l'époque des faits mais elle a été abrogée en 1983. Désormais ce crime est considéré comme une agression sexuelle définie à l'article 271 C.cr.

70. *The Queen v. Coney and Others*, (1882) 8 Q.B. 534. Dans cette affaire les accusés assistaient à un combat rémunéré (alors interdit par la loi). Ils furent acquittés de l'infraction interdisant cette activité (combat rémunéré).

est démontré que cette présence équivaut à un mode de participation prévu au *Code criminel*. Cependant, avant de condamner toute personne présente ayant l'intention d'aider ou encourager la commission d'une infraction, il faut prouver que l'infraction en question a été commise par une tierce personne.

1. La commission par un « tiers »

Comme il ne peut y avoir de responsabilité pour une infraction sans que celle-ci n'ait été commise, une preuve de cette commission doit être faite lors de la poursuite contre celui qui a eu l'intention d'aider ou qui a encouragé le commettant⁷¹. Cette preuve est nécessaire même si le commettant n'a pas été poursuivi ou ne peut être poursuivi parce qu'il est mort ou disparu ou même si l'identité du commettant n'est pas clairement établie.

Par contre, peu de liens devront exister entre le commettant et tout autre participant. Leur responsabilité ne sera pas nécessairement identique. Si la preuve est différente pour chacun d'eux, ils peuvent être condamnés pour des crimes distincts. Ainsi dans *R. c. Kirkness*⁷², le juge Cory a précisé, au nom de la majorité des juges de la Cour suprême du Canada, que l'auteur principal pouvait être poursuivi et condamné pour meurtre alors que le participant l'ayant aidé ou encouragé pouvait être condamné pour homicide involontaire coupable s'il croyait que le commettant allait bousculer la victime sans lui infliger des lésions corporelles de nature à causer la mort. La situation inverse peut aussi se produire. Ainsi, dans une autre affaire jugée par la Cour suprême du Canada, le commettant a déjà été condamné pour homicide involontaire coupable alors que le participant, selon un autre mode, a été condamné pour meurtre parce qu'il avait encouragé son fils (commettant) à tuer la victime et que cette dernière a perdu la vie après avoir été atteinte par un coup de fusil tiré de façon maladroite par le fils dans l'intention de faire peur⁷³. Ainsi, ce n'est pas la décision contre l'auteur principal qui importe mais le fait que l'infraction ait été commise.

L'auteur d'une infraction peut être acquitté pour toutes sortes de raisons étrangères à la commission (ex. : immunité du diplomate, minorité ou aliénation mentale) alors que la condamnation de la personne présente qui l'a aidé ou encouragé sera toujours possible. L'acquiescement de l'auteur réel ne signifie pas que le crime n'a pas été commis. Cependant, si la personne accusée comme auteur réel et commettante d'un crime est acquittée parce que l'*actus reus* de l'infraction en question n'a pas été prouvé et qu'aucune preuve ne

71. *B. c. Sparrow*, (1980) 51 C.C.C. (2d) 443 (Ont. C.A.) ; selon le juge McDermid dans *Hoggan*, [1966] 3 C.C.C. 1, p. 8 (Alta C.A.) : "It is necessary for the Crown to prove that a crime had been committed before a person may be convicted of abetting in the commission of the crime".

72. [1990] 3 R.C.S. 74, p. 88.

73. *Remillard c. R.*, (1921) 62 S.C.R. 21.

permet de conclure qu'une autre personne l'ait commise, toute responsabilité est alors impossible pour cette infraction. Prenons le cas où A est accusé pour avoir tenu une maison de jeu contrairement à l'article 201(1) C.cr. et que B l'ait aidé intentionnellement dans cette affaire en lui prêtant de l'argent. A ne sera pas condamné si le juge n'est pas certain qu'il s'agisse bien d'une maison de jeu et B ne peut être condamné parce que l'infraction n'a pas été commise. En ce sens, le comportement du participant non commettant est dépendant de celui de l'auteur principal⁷⁴. Par contre, ceci n'empêche pas la criminalité du participant d'être autonome ; il ne s'agit pas d'une criminalité d'emprunt reliée à celle de l'auteur réel⁷⁵. Autrement, il faudrait une condamnation de l'auteur réel avant de pouvoir condamner tout autre participant.

À la suite de la preuve qu'une infraction a été commise, tout participant peut utiliser un moyen de défense qui lui est propre. Il n'est pas responsable pour le fait d'un autre mais plutôt pour son propre comportement. En droit criminel, une personne ne peut être condamnée pour les faits d'autrui. La responsabilité découlant du fait d'un autre est de nature exceptionnelle dans ce domaine du droit ; elle n'existera que si elle est prévue de façon explicite par le législateur, ce qui arrive plutôt rarement. C'est un principe de justice fondamentale qui a été clairement exposé au XVIII^e s. dans l'affaire *Huggins*⁷⁶ :

It is a point not to be disputed, but that in criminal cases the principal is not answerable for the act of the deputy as he is in civil cases: they must each answer for their own acts, and stand or fall by their own behaviour. All the authors that treat of criminal proceedings proceed on the foundation of this distinction; that to affect the superior by the act of his deputy, there must be the command of the superior which is not found in this case.⁷⁷

C'est ainsi que la personne présente ne sera pas pénalement responsable parce qu'une infraction a été commise en sa présence mais bien parce que sa présence démontrait une intention d'aider ou constituait un encouragement à la commission de l'infraction.

Par contre, ce n'est pas toute personne présente au début de la commission d'une infraction dans l'intention d'aider ou encourager le commettant qui devrait irrémédiablement être condamnée pour cette infraction si son aide ou encouragement provenait de sa seule présence et si elle a quitté avant la fin de l'infraction. Son départ indique clairement son désistement avant la commission complète du crime ; il démontre son intention de ne plus aider ou encourager. L'état de la jurisprudence n'est pas très développé sur la question mais nous soumettons qu'il n'est pas possible de conclure à la participation de celui qui a voulu aider à la perpétration d'une infraction par sa présence si cette personne a changé d'idée avant la fin de la commission de

74. Celui qui a commis l'infraction ne sera pas considéré l'auteur principal s'il s'agit d'un agent innocent ; celui qui a encouragé ou aidé un enfant sera alors l'auteur indirect.

75. R. c. *Zanini*, [1967] R.C.S. 715.

76. (1730) 2 Stra 883.

77. *Id.*, p. 885.

l'infraction. Ceci serait différent si l'infraction avait été entièrement commise et que le départ se faisait ensuite. Alors, la participation serait complète. Ainsi, on ne devrait pas condamner pour meurtre la personne qui, par sa présence à un règlement de compte, a voulu encourager la commission de ce crime, si elle a quitté les lieux *avant* que soient donnés aucun des coups ayant tué la victime. Son départ indique qu'elle ne voulait plus l'encourager. Cependant, elle pourra être condamnée pour meurtre si le commettant a donné le coup fatal en sa présence, peu importe que la victime ait perdu la vie seulement après son départ.

À la suite d'une preuve de son intention d'encourager, une personne pourrait être condamnée pour les crimes entièrement commis en sa présence. Il est difficile, sinon impossible, de prouver qu'un individu était présent dans l'intention d'aider ou encourager un meurtre s'il était parti au moment où la victime est morte. Pourtant, comme aucun lien de causalité n'est nécessaire entre son comportement et le résultat de l'acte (la mort), il peut être responsable de meurtre même s'il n'était pas présent lorsque le commettant a tiré le coup qui a causé la mort. Sa présence n'est pas un élément de responsabilité mais c'est une preuve permettant de conclure à son intention d'aider.

2. Le lien de causalité

Pour les modes de participation par l'aide ou l'encouragement, la recherche d'un lien de causalité entre la conduite de la personne présente et le résultat prohibé par l'infraction n'est pas pertinente. Ce lien est exigé avec le comportement du commettant seulement. Pour les infractions de résultat, ceci constitue la principale distinction entre l'auteur principal et le participant accessoire à la commission d'une infraction ; le comportement du premier doit être une cause importante du résultat alors que celui du participant non commettant ne sera pas nécessairement une cause de ce résultat⁷⁸. Pendant que l'auteur d'une infraction pourra être identifié en raison du lien de causalité entre son comportement et le résultat incriminé⁷⁹, ce même lien n'est pas un élément essentiel pour tout autre mode de participation.

Aussi, pour établir la responsabilité d'une personne à la suite de sa présence pour aider à la commission d'une infraction (21(1)b) C.cr.), aucun lien de causalité n'est nécessaire entre *son* comportement et *celui* de l'auteur principal. Il importe peu que celui qui a commis l'infraction l'ait fait à cause de la personne qui voulait aider. Cette indépendance est d'autant plus remarquable dans les cas où un individu engage sa responsabilité criminelle par sa présence passive en vue d'aider à la commission d'une infraction. À ce moment, une responsabilité existe même si la présence n'a pas poussé à la commission. Ceci est différent pour la participation par encouragement.

78. H. BEYNON, *loc. cit.*, note 26, p. 542.

79. J.C. SMITH et B. HOGAN, *Criminal Law*, 5^e éd. London, Butterworths, 1983, p. 122.

Dans son sens ordinaire, « encourager » signifie « inspirer du courage, de l'assurance à *quelqu'un* »⁸⁰. Il y aura donc encouragement seulement si une personne est affectée par le comportement d'une autre. On parle alors d'une contribution morale. Un individu ne peut encourager par sa présence que si le commettant en avait la connaissance. Si l'encouragement est le seul mode de participation allégué pour l'accusation d'une personne présente lors de la commission d'un crime, la poursuite devra démontrer l'existence d'un certain lien entre cette personne (participant par encouragement) et le commettant (auteur réel) ; le commettant devait être au courant de la présence de l'autre. Si X frappe Y sans savoir que A est en train de le regarder, on ne peut pas dire que X a été encouragé par la présence de A. Contrairement à la participation par l'aide qui, selon l'article 21(1)b) C.cr., n'a pas besoin d'être efficace, une présence ne peut constituer un encouragement que si elle a inspiré du courage au commettant. Par contre, ceci ne veut pas dire que l'infraction n'aurait pas été commise sans l'encouragement et, qu'en l'absence de la personne ayant encouragé le crime, celui-ci n'aurait pas été commis. Il n'est pas nécessaire de démontrer un lien de causalité entre les deux. Une personne peut être condamnée pour une infraction parce qu'elle a aidé ou encouragé sa commission même si elle n'a jamais communiqué avec l'auteur principal. Il en serait autrement si une personne était accusée pour avoir conseillé ou incité quelqu'un à commettre une infraction. À ce moment, il faudrait prouver que le commettant a décidé de commettre l'infraction à la suite du conseil. Ainsi, lorsque la personne présente lors de la commission d'une infraction ne faisait partie d'aucune intention commune antérieure pour atteindre une fin illégale ou n'avait jamais conseillé ce genre d'infraction auparavant, elle pourra en être pénalement responsable si elle était présente « en vue d'aider » à la commission de cette infraction ou dans l'intention « d'encourager » la commission de cette infraction. Son état d'esprit sera déterminant.

B. LA PRÉSENCE « EN VUE D'AIDER »

Le *Code criminel* prévoit à l'article 21(1)b) que :

Participent à une infraction :

- a) [...]
- b) quiconque accomplit ou omet d'accomplir quelque chose en vue d'aider quelqu'un à la commettre ;
- c) [...]

Ce mode de participation prévoit un élément moral en plus d'un élément matériel. La seule aide ne constitue pas un mode de participation ; en

80. *Petit Robert I*, 1981. Les italiques sont les nôtres.

plus de cette manifestation matérielle par action ou par omission, une intention d'aider est un élément dont la poursuite devra faire la preuve. Il n'est pas nécessaire que ce comportement ait réussi à aider ; il peut même avoir nui⁸¹. Ce qu'il faut démontrer pour condamner quelqu'un suite à ce mode de participation, c'est que l'accusé a accompli ou omis de faire quelque chose alors qu'il voulait aider l'auteur principal, peu importe qu'il ait atteint son but ou non. Prenons par exemple le cas où l'accusé X avait prêté sa voiture à un ami Y pour lui permettre d'aller commettre un vol. X pourra être condamné pour le vol commis par Y même si la voiture est tombée en panne en chemin et que Y a dû se rendre à pied pour commettre le crime. Il en serait de même pour l'aide par omission. Le gardien de sécurité d'une banque qui, dans l'intention d'aider son ami à accomplir son crime, ne ferme pas une porte à clé le soir du vol, peut tout de même être condamné pour le vol exécuté par son ami, peu importe s'il est prouvé que le crime s'est fait sans son aide suite à une introduction par effraction en brisant une fenêtre de la banque.

1. La simple présence est une omission

L'article 21(1)b C.cr. vise celui qui « accomplit ou omet d'accomplir quelque chose ». Comme la seule preuve d'une présence passive lors de la commission d'une infraction s'oppose au fait « d'avoir accompli » quelque chose, cet état de fait ne pourra généralement correspondre au mode de participation prévu à l'article 21(1)b C.cr. que si elle équivaut à une omission. Étant donné que l'accomplissement de quelque chose se fait par action seulement, il est impossible de concevoir une présence passive qui corresponde à un acte positif. Il faudrait démontrer un autre aspect matériel s'ajoutant à la présence pour arriver à cette conclusion. Ainsi, celui qui a accompli un geste ou prononcé une parole lors de sa présence sur les lieux du crime pourra être condamné pour cette infraction parce qu'il a accompli quelque chose. Cependant, si une personne demeure passive, elle peut néanmoins engager sa responsabilité pénale sous l'article 21(1)b C.cr. parce qu'elle a omis d'agir.

Comme pour l'auteur principal, une omission ne pourra entraîner la responsabilité pénale de celui qui voulait aider que si un devoir légal d'agir existait⁸². Nous avons vu, dans la première partie, que cette règle est un principe de base en droit pénal. Il n'y a pas de raison de s'en éloigner pour aucun des

81. Les auteurs ne s'entendent pas sur cette question. Pour certains l'efficacité de l'aide n'est pas importante : J. FORTIN et L. VIAU, *op. cit.*, note 29, p. 354 ; G. CÔTÉ-HARPER, A.D. MANGANAS, J. TURGEON, *Droit pénal canadien*, 3^e éd, Montréal, Les éditions Yvon Blais Inc., 1989, p. 405 ; E. COLVIN, *Principles of Criminal Law*, Toronto, Carswell, 1986, p. 313. Par contre, d'autres considèrent que l'aide doit être efficace : V.G. ROSE, *Parties to an Offence*, Toronto, Carswell, 1982, p. 17 ; J.C. SMITH et B. HOGAN, *op. cit.*, note 79, pp. 122-123.

82. *R. c. Cosgrove*, (1975) 29 C.C.C. (2d) 169 (Ont. C.A.) ; P. GILLIES, *The Law of Criminal Complicity*, Sydney, Australia, The Law Book Company Ltd., 1980, pp. 126-137.

modes de participation. Si le devoir provient du texte même créant l'infraction, la personne ayant omis d'agir sera considérée comme commettante. Prenons par exemple le cas où une personne regarde une émeute, sans bouger, même après une proclamation au nom de Sa Majesté et après qu'un agent de la paix l'eût enjointe de lui prêter main-forte. Un devoir d'aider l'agent découle de l'article 33 C.cr. et celui qui, pour faciliter la continuation de cette émeute, reste sur place tout en refusant d'aider l'agent de la paix, sera considéré comme auteur de l'infraction prévue par la jonction des articles 33 et 126 C.cr. De même, le propriétaire passager d'une voiture qui, à la suite d'un accident, omet de laisser ses nom et adresse dans l'intention d'aider le conducteur dans la commission de l'infraction prévue à l'article 252 C.cr. Comme le conducteur du véhicule, il sera considéré auteur de cette infraction car son devoir de laisser ses nom et adresse découle directement de cette disposition. Il ne sera pas condamné pour avoir voulu aider le conducteur à la commission de l'infraction, mais plutôt parce qu'il était propriétaire du véhicule et en avait la charge.

Par contre, lorsque le devoir permettant de punir une inaction ne découle pas directement de la disposition créant l'infraction, mais qu'il provient plutôt d'ailleurs, que ce soit d'une loi fédérale, provinciale ou de la common law⁸³, l'omission d'agir peut créer une responsabilité criminelle s'il y a preuve d'une intention d'aider à la commission d'une infraction. Ainsi la participation par omission « en vue d'aider » s'applique seulement lorsque le devoir ne relève pas directement de la disposition créant l'infraction mais de toute autre mesure législative ou de la common law. Par exemple, l'agent de la paix présent lors de la commission d'un vol peut être condamné pour ce crime si, dans l'intention de faciliter le geste de ses amis les voleurs, il décide de ne pas intervenir lors du vol. Il n'a peut-être pas aidé mais il avait cette intention. Sa responsabilité pour avoir omis d'accomplir quelque chose découle de la common law ou d'une disposition législative prévoyant qu'il doit intervenir pour empêcher la commission d'un crime⁸⁴. De même, le policier témoin de coups donnés à une personne peut engager sa responsabilité criminelle pour voie de fait s'il reste sur place sans arrêter le commettant. C'est ainsi que dans un jugement récent⁸⁵, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a maintenu la condamnation d'un policier pour voie de fait grave causée à un détenu par d'autres policiers en sa présence. Jugeant que l'accusé avait le devoir, en tant que responsable du poste de police, de prendre les moyens raisonnables pour mettre fin à la commission de ce crime, le tribunal de première instance a conclu que son omission d'agir manifestait son intention d'aider les autres policiers assaillants. L'existence d'un doute raisonnable concernant une telle intention aurait certainement empêché cette condamnation mais rien dans la preuve ne permit à la Cour d'appel de renverser ce jugement.

83. *R. v. Doubrough*, *supra*, note 32.

84. *R. c. Waterfield*, [1963] A11 E.R. 659 ; *Loi de Police*, L.R.Q., c. P-13, article 39.

85. *R. c. Nixon*, (1990) 57 C.C.C. (3d) 97 (C.A. C.-B.).

2. La présence passive et l'intention d'aider

L'article 21(1)b) C.cr. précise expressément que la *mens rea* exigée par ce mode de participation est le but d'aider à la commission de l'infraction⁸⁶. Cela signifie que la personne n'ayant pas agi devait savoir et comprendre ce qui se passait ; elle devait savoir ce que l'auteur commettait ou voulait commettre tout en désirant l'aider. Elle n'a pas besoin de connaître tous les détails de la conduite en question, mais elle doit avoir une bonne idée de l'infraction commise⁸⁷. Ainsi, elle sera condamnée pour homicide involontaire coupable si la preuve démontre son intention d'aider le commettant et sa connaissance du genre d'infraction ayant causé la mort. Elle sera coupable de meurtre si elle savait que le commettant avait l'intention de causer la mort ou des lésions corporelles de nature à causer la mort et qu'elle avait l'intention de l'aider⁸⁸. Pour les infractions de responsabilité stricte, tout participant, que ce soit par aide ou par encouragement, doit connaître les faits constituant l'infraction dont on l'accuse⁸⁹. Cette connaissance et l'intention d'aider sont toujours des éléments essentiels pour cette responsabilité secondaire, peu importe la nature de l'infraction. En exigeant la preuve d'une intention précise, le législateur est plus strict à ce niveau qu'il ne l'est pour la condamnation de l'auteur principal. La seule insouciance ou l'aveuglement volontaire ne serait pas suffisant pour conclure à l'état d'esprit coupable du participant qui n'est pas auteur. Celui qui n'avait pas le dessein précis d'aider mais qui savait que sa présence était de nature à favoriser la commission d'une infraction ou qui, dans les circonstances, avait des motifs pour s'interroger sur les effets de cette présence, ne pourra être condamné selon ce mode de participation⁹⁰.

L'état d'esprit coupable requis sous l'article 21(1)b) C.cr. est vraiment particulier. Pour la personne présente sur les lieux du crime, la preuve de cet élément se limite à son intention car, en étant présente à l'endroit du crime, elle est présumée connaître les faits. Sa responsabilité ne dépend aucunement de la connaissance que l'auteur réel pouvait avoir de cette intention. Même si ce dernier ne savait pas qu'une autre personne était présente afin de l'aider, la responsabilité de la personne présente peut tout de même être engagée. Il suffit de démontrer qu'elle était sur les lieux dans le but d'aider le commettant, peu importe l'effet de cette présence sur l'auteur réel de l'infraction. Cette aide délibérée peut être difficile à prouver dans un cas de simple

86. R. c. *Cosgrove*, *supra*, note 82.

87. R. c. *Lecapoy*, (1975) 18 C.C.C. (2d) 496 (Alta. S.C. App. Div.) ; *Cluett c. R.*, [1985] 2 R.C.S. 216 ; R. c. *Yanover and Gerol*, (1985) 20 C.C.C. (3d) 300, p. 329 (Ont. C.A.).

88. *Cluett c. R.*, *supra*, note 87 ; *Narcisse v. R.*, (1981) 22 C.R. (3d) 179 (B.C. C.A.) ; R. c. *Hartford and Frigon*, (1979), 51 C.C.C. (2d) 462 (B.C. C.A.) ; R. c. *Kirkness*, *supra*, note 72.

89. R. c. *F.W. Woolworth Co. Ltd.* (1974) 18 C.C.C. (2d) 23 (C.A. Ont.).

90. Cependant, les tribunaux ont élargi cet élément moral pour punir l'insouciance dans certains cas : R. c. *Halmo*, (1941) 76 C.C.C. 116 (C.A. Ont.) ; R. c. *Kulbacki*, [1966] 1 C.C.C. 167 (C.A. Man.) ; R. c. *Farduto*, (1912) 21 C.C.C. 144 (C.A. Qué.).

présence, mais la connaissance préalable des circonstances peut faciliter cette preuve. À ce niveau, il peut être utile de savoir si la présence était non accidentelle ou passagère. Aussi, on pourra démontrer que la présence réduisait les possibilités de fuite de la victime⁹¹. De plus, cette preuve peut se faire en s'appuyant sur la règle de bon sens voulant que chacun est censé prévoir les conséquences probables de sa conduite.

Nous avons vu que la personne présente, sans avoir agi d'aucune façon lors de la commission d'une infraction, peut être responsable de cette infraction pour avoir voulu aider quelqu'un à la commettre si, et seulement si, elle avait un devoir légal d'agir. Cependant, la *mens rea* pour ce mode de participation ne porte pas directement sur la connaissance de ce devoir ou des faits conditionnant ce devoir. Il suffit que l'obligation légale existe. Seule l'intention d'aider la commission du crime prévue à l'article 21(1)b) C.cr. est exigée. Notons qu'il est possible de déduire cette intention si un individu est demeuré inactif tout en connaissant son obligation d'agir⁹². En démontrant qu'une personne était au courant de son devoir, son attitude passive peut servir de fait prouvant son intention d'aider. Ainsi, sans être essentielle, la connaissance du devoir et des faits le conditionnant sera un élément de preuve de l'intention. S'il existe un doute raisonnable concernant ce dessein d'aider ou s'il n'existe aucun devoir d'agir, la seule présence passive à la commission d'une infraction ne pourra entraîner une responsabilité pénale sous l'article 21(1)b) C.cr. Cependant, elle correspondra peut-être à un encouragement et permettra ainsi une condamnation malgré l'inaction.

C. LA PRÉSENCE « QUI ENCOURAGE »

Selon l'article 21(1)c) C.cr., une personne participe à une infraction si elle encourage quelqu'un à la commettre. Cette disposition s'applique particulièrement aux infractions fédérales⁹³. En l'absence de dispositions législatives spéciales, ce sont les règles de la participation criminelle élaborées en common law qui s'appliquent aux infractions provinciales⁹⁴. Comme le législateur canadien a codifié les règles de common law relatives aux *misdeemeanours*, on peut déduire que les modes de participation pour les infractions provinciales sont les mêmes que pour les infractions fédérales. Même si le *Code criminel* ne donne aucune explication précise sur la signification de la participation par encouragement, il est possible d'utiliser la jurisprudence de common law pour définir l'*actus reus* et la *mens rea* exigés par ce mode de responsabilité criminelle.

91. *R. c. Black*, (1970) 10 C.R.N.S. 17. Dans cette affaire les accusés ont été condamnés entre autres de séquestration, attentat à la pudeur et voie de fait grave pour avoir assisté à la torture de la victime en riant et en criant.

92. *Tuck v. Robson*, [1970] 1 W.L.R. 741 (Q.B.D.); *R. v. Nixon*, *supra*, note 85.

93. *Loi d'interprétation*, L.R.C. (1985), ch. I-21, article 34(2) C.cr.

94. J. FORTIN et L. VIAU, *op. cit.*, note 29, p. 369.

1. La manifestation de l'encouragement

Contrairement à l'article 21(1)b) C.cr., rien n'indique à l'article 21(1)c) C.cr. que l'encouragement doit se faire en accomplissant ou en omettant d'accomplir quelque chose. L'*actus reus* prévu à cet alinéa n'est pas nécessairement un acte ou une omission. Un « état » comme la présence passive peut constituer l'élément matériel de ce mode de participation. La simple présence peut ainsi suffire pour encourager même si aucun devoir légal d'agir n'est prévu. Le législateur a clairement établi cette possibilité dans une disposition du *Code criminel*.

L'article 446(4) C.cr. prévoit que « la preuve qu'un prévenu était présent lors du combat ou harcèlement d'animaux ou d'oiseaux fait preuve, en l'absence de toute preuve contraire, qu'il a encouragé ce combat ou cet harcèlement ou y a aidé ou assisté ». Selon cette disposition législative, il est établi que la présence passive peut constituer un encouragement. Aussi, la Cour supérieure du Québec a déjà reconnu ce fait dans une décision portant sur une accusation de méfait. Elle a condamné l'accusé pour ce crime en jugeant que sa présence avait encouragé les auteurs du méfait⁹⁵. Dans cette affaire le juge Mackey explique ainsi sa conclusion :

It must first be said that the occupation of the centre and the denial of its owner depended for its success on the number of individuals who participated in the occupation. What one or two persons will dare not do, larger numbers will. Had those who organized the occupation and the erection of barricades attempted to do so alone it is probable that they would have been summarily escorted from the building. The appellant and the other juveniles, whether or not they erected the barricades, gave the occupation the strength of numbers which it required for its effective continuation, and indeed this was the reason these juveniles participated in the occupation.⁹⁶

Étant donnée la nature de l'activité en cause (occupation de locaux universitaires) le juge a considéré la présence comme un encouragement.

Depuis l'affaire *Dunlop et Sylvester*⁹⁷ il est clair que l'encouragement dont parle l'article 21(1)c) C.cr. exige un élément qui dépasse le simple acquiescement passif à la perpétration d'une infraction. Cependant, rien ne s'oppose à ce que la simple présence puisse constituer une preuve d'encouragement dans certains cas. Par exemple, le père présent au massacre de son fils pourrait être condamné pour homicide involontaire coupable s'il est demeuré passif en regardant son enfant se faire frapper mortellement par une autre personne. Partageant la décision du juge de première instance dans l'affaire *Popen*⁹⁸ confirmant que le père n'avait pas encouragé la mère à tuer son enfant

95. *Re A.C.S.*, (1969) 7 C.R.N.S. 42.

96. *Id.*, pp. 59-60.

97. *R. c. Dunlop et Sylvester*, *supra*, note 65.

98. *R. c. Popen*, *supra*, note 28.

parce qu'il n'était pas présent au moment du crime, la Cour d'appel de l'Ontario a tout de même ajouté ceci :

In some circumstances, a person who is present at the commission by another of an illegal act, which he has a duty to prevent, may by mere inactivity encourage the illegal act.⁹⁹

Il semble que si le père avait été présent lorsque son épouse a frappé leur fils, il aurait été possible de conclure à l'encouragement. Dans un tel cas, le législateur vise la participation durant la commission de l'infraction. Seul le juge des faits pourra décider si la présence passive, dans des circonstances données, équivaut au mode de participation décrit à l'article 21(1)c) C.cr. Il tiendra compte de facteurs comme l'autorité et le contrôle de la personne présente devant une situation¹⁰⁰. Ainsi, le propriétaire, passager dans sa voiture, pourra être condamné pour conduite dangereuse s'il demeure passif pendant que le conducteur file à une vitesse dangereuse¹⁰¹. De même, l'instructeur de conduite d'un véhicule peut engager sa responsabilité pénale pour les infractions à la circulation commises en sa présence par son élève alors qu'il était au courant de ce qui se passait et qu'il pouvait intervenir. Par contre, il en serait autrement si le passager n'avait aucun contrôle sur le véhicule.

Nous avons vu, plus haut, que l'expression « encourage » , employée à l'article 21(1)c) C.cr. implique que le commettant de l'infraction connaissait la présence de l'accusé. Sans être la cause de l'infraction commise, la présence doit contribuer moralement à sa commission¹⁰². Il est essentiel que le commettant d'une infraction connaisse ce qui a stimulé son comportement. Contrairement à la participation par l'aide, ce n'est pas seulement la manifestation matérielle d'une intention qui est exigée dans ce cas, mais la preuve d'une contribution morale quelconque. Cependant, cet aspect plus complexe de l'élément matériel ne représente qu'une partie du mode de participation prévu à l'article 21(1)c) C.cr., car encourager objectivement n'est pas suffisant pour entraîner une responsabilité pénale. Une *mens rea* particulière est essentielle pour ce mode de participation.

2. L'élément moral de l'encouragement

La responsabilité criminelle pour avoir encouragé n'existe que si l'accusé avait l'intention d'encourager la commission de l'infraction commise¹⁰³. Cette *mens rea* spécifique n'est pas requise de façon expresse au *Code*

99. *Id.* p. 238.

100. J.C. SMITH and B. HOGAN, *op. cit.*, note 79, p. 125.

101. *R. v. Halmo, supra*, note 90 ; *R. v. Kulbacki, supra*, note 90. Dans cette dernière affaire le propriétaire d'un véhicule automobile a été condamné pour conduite dangereuse parce qu'il avait permis à une personne de 16 ans de conduire son véhicule à 90 milles à l'heure sans rien dire.

102. J.C. SMITH and B. HOGAN, *op. cit.*, note 79, p. 122.

103. *R. c. Curran*, (1978) 38 C.C.C. (2d) 151, pp. 156-157 (C.A. Alb.).

criminel mais la jurisprudence a toujours exigé un tel état d'esprit. On pourrait croire que seule une intention générale ou l'insouciance devrait faire partie de la *mens rea* selon le texte de l'article 21(1)c) C.cr., mais les tribunaux canadiens se sont surtout appuyés sur la common law anglaise pour ne pas faire de distinction entre l'élément moral exigé dans les deux derniers alinéas de l'article 21 C.cr.¹⁰⁴ D'ailleurs, comme nous avons eu l'occasion de le souligner antérieurement, les tribunaux considèrent généralement ensemble la participation par l'aide et la participation par l'encouragement (*aiding and abetting*). Pour ces deux modes de participation, la jurisprudence exige une intention spécifique, ce qui signifie que celui dont la présence a aidé ou encouragé pourrait avoir une défense d'ivresse lorsque son état d'ébriété pouvait l'empêcher de posséder l'intention spécifique d'aider ou encourager le commettant¹⁰⁵. Aussi, celui qui est présent accidentellement sur les lieux de la commission d'une infraction pourra difficilement être condamné pour sa participation à cette infraction car il est douteux qu'il ait possédé l'intention requise.

Savoir si la présence d'une personne était non accidentelle ou passagère peut être très utile car une connaissance préalable de la commission d'une infraction permettra souvent de présumer une intention d'encourager¹⁰⁶. Aussi, la connaissance par l'accusé de son devoir légal d'agir peut aider à prouver son état d'esprit. Si un individu sait qu'il doit intervenir et qu'il demeure passif, sans aucun motif pour ne pas agir, ne peut-on conclure qu'il a l'intention d'encourager ce qui se passe devant lui ? Sa seule présence lors de la commission d'une infraction est insuffisante pour reconnaître sa responsabilité criminelle à l'égard de l'infraction commise car une personne ne peut avoir l'intention d'encourager ce qu'elle ne connaît pas. Par ailleurs, il peut suffire qu'elle soit consciente des faits constituant l'interdiction pour en être responsable, même si elle ne sait pas que ce comportement est défendu par la loi.

Comme pour tout mode de participation criminelle, l'ignorance de la loi n'est pas admissible en défense pour celui qui a encouragé quelqu'un à commettre un crime. La connaissance des faits et l'intention d'encourager le commettant sont suffisantes pour le condamner pour cette infraction. Ainsi, une personne se trouvant dans un endroit où une occupation illégale est en cours peut être condamnée pour cette infraction si, pour encourager les occupants, elle est demeurée sur place après avoir constaté la situation, et ce, même si elle ignorait le fait qu'un jugement avait rendu cette occupation illégale.

Lorsqu'une personne est présente sur les lieux de la commission d'une infraction, il est rare qu'elle ne connaisse pas les faits en cause mais il

104. *Ibid.*; R. c. *F.W. Woolworth Co. Ltd.*, *supra*, note 89; R. c. *Popen*, *supra*, note 28.

105. R. c. *Waterfield*, (1974) 18 C.C.C. (2d) 140 (C.A. Ont.); R. v. *Fraser*, (1984) 13 C.C.C. (3d) 292 (C.A. C.-B.); *Leary et Sa majesté la Reine*, [1978] 1 R.C.S. 29; R. c. *Bernard*, [1988] 2 R.C.S. 833.

106. R. c. *Dick*, (1947) 2 C.R. 417 (C.A. Ont.); R. c. *Hoggan*, (1965) 47 C.R. 256 (C.S. Alb. Div. App.).

peut arriver qu'elle ne soit pas au courant de tout ce qui se passe. À ce moment, peut-on dire qu'elle possède la *mens rea* de la participation à l'infraction commise ? Prenons, par exemple, le cas de X qui, pour encourager une manifestation illégale, reste sur les lieux en sachant fort bien que cette manifestation est interdite. Si certains manifestants brisent des objets alors que X ne les voit pas, ce dernier peut-il être condamné pour un méfait (430 C.cr.) ? Un tel crime n'était-il pas susceptible d'être commis ? Ne peut-on pas conclure que X a fait preuve d'aveuglement volontaire ? Pourtant, X ne pouvait avoir l'intention spécifique d'encourager un méfait car il ne l'a même pas vu. En toute logique, il ne pourrait être condamné pour ce crime car il n'avait pas la *mens rea* pour y avoir participé.

Dans une affaire concernant des explosifs, la Chambre des lords a déjà condamné un individu pour avoir aidé ou encouragé la commission d'infractions relatives à l'utilisation d'explosifs alors que ce dernier s'était limité à guider les commettants dans une voiture indépendante tout en ignorant qu'une attaque se ferait à l'aide d'une bombe ou qu'une bombe était transportée dans la voiture qui le suivait¹⁰⁷. La Cour en a décidé ainsi pour ce cas parce que l'accusé faisait partie d'une organisation illégale en Irlande du Nord et qu'il savait fort bien que celle-ci procédait souvent à des actes de terrorisme en utilisant des explosifs. Cette conclusion serait très dangereuse si on l'appliquait conjointement aux règles jurisprudentielles reconnaissant un encouragement dans la passivité de celui qui exerce une certaine autorité. Un propriétaire, passager d'un véhicule pourrait être condamné pour toutes les infractions commises par le conducteur s'il n'est pas intervenu, et cela, même s'il n'en a pas eu une connaissance précise. Espérons que cette approche restera limitée et que la thèse de l'intention spécifique l'emportera, car le propriétaire qui dormait dans son véhicule au moment de la conduite dangereuse pourra en être condamné s'il savait que le conducteur avait tendance à conduire dangereusement.

CONCLUSION

Lorsqu'une personne est accusée d'une infraction à la suite de sa seule présence dans un lieu, il faut premièrement déterminer si cette infraction en est une d'action, d'état ou d'omission. Si le législateur interdit une action comme « la *participation* à un attroupement illégal » (article 66 C.cr.), la seule présence ne peut expliquer la responsabilité pénale ; il faut un acte de participation. D'autres infractions interdisent expressément la présence *sans excuse légitime* dans un endroit particulier, mais elles sont peu nombreuses. Sauf pour

107. *D.P.P. for Northern Ireland v. Maxwell*, [1978] 1 W.L.R. 1350, [1978] 3 All E.R. 1140 (H.L.).

ces dernières, l'existence d'un devoir légal d'agir est nécessaire pour conclure à la commission d'une infraction à la suite d'une présence passive. Comme l'inaction devant une situation correspond à l'omission d'accomplir quelque chose, le droit pénal refuse de considérer comme auteur principal d'une infraction celui qui était simplement présent sur les lieux, si rien dans la loi ne l'obligeait à faire quelque chose. Il en est de même pour établir la responsabilité pénale de la personne qui a voulu aider par sa seule présence. Elle ne sera condamnée que si l'on prouve une obligation légale d'agir.

Les raisons qui ont contribué à l'élaboration d'une règle limitant la responsabilité pénale aux omissions illégales existent tant pour la participation en vue d'aider que pour la commission d'une infraction. Ainsi, en l'absence de devoir légal d'agir, la seule preuve de la présence n'est pas suffisante pour établir l'*actus* sous l'article 21(1)b) C.cr. Par contre, aucun devoir légal d'agir n'est nécessaire si la présence passive a encouragé la commission de l'infraction car dans ce cas, la présence n'est pas considérée comme une omission mais plutôt un état. Ainsi, lorsque la poursuite démontre seulement que l'accusé se trouvait dans un endroit sans excuse légitime, ce dernier ne pourra être condamné au pénal que si au moins un des cas suivants existait : 1) la présence faisait partie expresse de la définition matérielle de l'infraction ; 2) la loi l'obligeait à agir ; 3) sa présence a encouragé la commission de l'infraction.

De plus, si l'accusation pour l'omission de la personne présente porte sur une infraction de résultat, un lien de causalité entre cette omission et les conséquences interdites doit toujours être prouvé avant de condamner une personne comme auteur principal. Cet aspect de l'élément matériel est essentiel. Une obligation légale n'établit pas nécessairement ce lien de causalité car, pour une infraction d'omission, comme pour une infraction d'action, ce sont les règles générales concernant la « cause » en droit pénal qui s'appliquent. La désobéissance à un devoir imposé par la loi n'engagera la responsabilité pénale pour avoir causé un résultat que si cette preuve est faite hors de tout doute raisonnable. Il est vrai que l'existence d'un devoir légal peut aider à faire cette preuve mais une condamnation est impossible si l'auteur principal d'un crime ne connaissait pas les circonstances conditionnant ce devoir.

Lorsque l'accusé est poursuivi pour sa participation à une infraction autrement que par sa commission, un lien de causalité entre son comportement et les conséquences interdites n'est pas nécessaire. Néanmoins, avant de condamner cette personne pour avoir encouragé la commission d'une infraction par sa présence, un certain rapport doit exister entre la présence de l'accusé et la commission de l'infraction. Malgré l'existence d'un devoir légal d'agir ou d'un lien entre la présence et la commission, il est impossible de condamner une personne présente à la commission d'une infraction s'il existe un doute raisonnable concernant son intention. Seul celui qui voulait aider ou encourager une infraction pourra être considéré comme y ayant participé par sa présence lors de sa commission par un tiers.

On peut conclure que le droit pénal ne punit jamais la simple présence. Seule la présence *sans excuse légitime* est interdite de façon expresse.

Autrement, la présence avec l'intention d'aider ou d'encourager peut seulement servir de preuve à une infraction d'omission. On ne parle pas alors de responsabilité pour la *présence* mais de responsabilité pour autre chose que la présence. Ce comportement n'est pas suffisant à lui seul pour constituer l'élément matériel des infractions.