

r. c. mack, [1988] 2 R.C.S. 903

**Norman Lee Mack**

*Appelant*

*c.*

**Sa Majesté La Reine** *Intimée*

**RÉPERTORIÉ: R. c. MACK**

N° du greffe: 19747.

1987: 10 décembre; 1988: 15 décembre.

Présents: Le juge en chef Dickson et les juges Beetz, Estey\*, McIntyre, Lamer, Wilson, Le Dain\*, La Forest et L'Heureux-Dubé.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA COLOMBIE-BRITANNIQUE

*Droit criminel -- Moyens de défense -- Provocation policière -- Déclaration de culpabilité de trafic de drogues -- Ancien toxicomane -- Insistance prolongée d'un indicateur de police pour que l'accusé vende des drogues -- Menaces de l'indicateur contre l'inculpé et offre d'une importante somme d'argent -- Y a-t-il lieu à suspension d'instance pour cause de provocation policière? -- Manière dont les tribunaux doivent traiter une allégation de provocation policière.*

---

\* Les juges Estey et Le Dain n'ont pas pris part au jugement.

L'appelant a témoigné à son procès pour trafic de drogues et, au moment de clore sa défense, il a demandé une suspension d'instance pour cause de provocation policière. Son témoignage indique qu'il a refusé systématiquement les offres d'un indicateur de police pendant six mois et qu'il n'a été persuadé de lui vendre des drogues qu'à cause de la persistance de l'indicateur, de ses menaces et de l'offre d'une importante somme d'argent. L'appelant a témoigné qu'il avait déjà consommé des stupéfiants mais qu'il en avait cessé toute consommation. La demande de suspension d'instance a été rejetée et l'appelant déclaré coupable de trafic de drogues. La Cour d'appel a rejeté l'appel de cette déclaration de culpabilité. Le point central de ce pourvoi porte sur le fondement conceptuel de la doctrine de la provocation policière et sur la manière dont les tribunaux doivent traiter une allégation de provocation policière.

*Arrêt:* Le pourvoi est accueilli.

Il y a provocation policière lorsque a) les autorités fournissent à une personne l'occasion de commettre une infraction sans pouvoir raisonnablement soupçonner que cette personne est déjà engagée dans une activité criminelle, ni se fonder sur une véritable enquête, et b) quoi qu'elles aient ce doute raisonnable ou qu'elles agissent au cours d'une véritable enquête, les autorités font plus que fournir une occasion et incitent à perpétrer une infraction. Il est essentiel que les facteurs retenus par une cour se rapportent aux raisons sous-jacentes qui permettent d'abord de reconnaître la doctrine.

La doctrine de la provocation policière ne dépend pas de la culpabilité et il ne faut pas axer l'analyse sur l'effet de la conduite de la police sur l'état d'esprit de

l'inculpé. Autant que possible, une évaluation objective de la conduite de la police et de ses agents est requise. La prédisposition, ou l'activité criminelle passée, présente ou soupçonnée de l'inculpé ne sont pertinentes qu'à titre d'éléments permettant de déterminer si l'occasion de commettre l'infraction fournie par les autorités à l'inculpé est justifiable. En outre, il doit y avoir un rapport suffisant entre la conduite passée de l'inculpé et l'occasion offerte puisque, autrement, le soupçon de la police ne serait pas raisonnable. Quoique, sans être concluante, la prédisposition de l'inculpé ait une certaine pertinence relativement à l'évaluation de la façon dont la police a initialement abordé une personne en lui offrant une occasion de commettre une infraction, elle n'est jamais pertinente pour déterminer si la police est allée au-delà d'une offre, puisqu'il faut l'évaluer en fonction de ce qu'une personne moyenne, non prédisposée, aurait fait.

L'absence de soupçon raisonnable ou d'une véritable enquête est significative pour évaluer la conduite de la police, en raison du danger que la police entraîne des gens qui autrement n'auraient été impliqués dans aucun crime et parce qu'il ne convient pas d'avoir recours à la force policière simplement pour éprouver au hasard la vertu des gens. La présence d'un soupçon raisonnable ou la simple existence d'une véritable enquête ne justifiera cependant jamais les techniques de provocation policière: les forces policières ne doivent jamais faire autre chose que d'offrir une occasion, indépendamment de leur perception de la moralité de l'inculpé et de l'existence d'une enquête honnête.

On peut tenir compte des facteurs suivants pour déterminer si la police a fait autre chose que d'offrir une occasion: (1) le genre de crime qui fait l'objet de l'investigation et la disponibilité d'autres techniques pour la détection par la police de sa perpétration; (2) si l'individu moyen, avec ses points forts et ses faiblesses, dans la

situation de l'inculpé, aurait été incité à commettre un crime; (3) la persistance et le nombre de tentatives faites par la police avant que l'inculpé n'accepte de commettre une infraction; (4) le genre d'incitations utilisées par la police, y inclus: la tromperie, la fraude, la supercherie ou la récompense; (5) le moment où se situe la démarche de la police, en particulier si la police a déjà fait enquête au sujet de l'infraction ou si elle intervient alors que l'activité criminelle est en cours; (6) si la démarche de la police presuppose l'exploitation d'émotions humaines, telles la compassion, la sympathie et l'amitié; (7) si la police paraît avoir exploité une vulnérabilité particulière d'une personne, comme un handicap mental ou l'accoutumance à une substance particulière; (8) la proportionnalité de l'implication de la police, comparée à celle de l'inculpé, y compris une évaluation du degré du dommage causé ou risqué par la police, en comparaison de celui de l'inculpé, et la perpétration de tout acte illégal par les policiers eux-mêmes; (9) l'existence de menaces, tacites ou expresses, proférées envers l'inculpé par la police ou ses agents; (10) si la conduite de la police cherche à saper d'autres valeurs constitutionnelles. Cette énumération n'est pas exhaustive.

La provocation policière n'est ni un moyen de défense au fond ni fondé sur la culpabilité et l'adoption de règles qui, historiquement et en vertu de la *Charte*, sont conformes à la plupart des moyens de défense au fond n'est ni nécessaire ni fondée.

La provocation policière objective, mettant en cause une conduite irrégulière de la police et non l'état d'esprit de l'inculpé, est une question qui relève du juge du procès, et le recours approprié est la suspension d'instance.

Pour des raisons de principe, la question de la provocation policière doit être tranchée par le juge du procès, et non par un jury. Un juge doit considérer la

question dans la perspective d'une personne raisonnable, objective et bien informée de toutes les circonstances, et la personne raisonnable est habituellement la personne moyenne dans la société, mais uniquement lorsque l'humeur courante de la société est raisonnable. La question est de préserver le respect des valeurs qui, à long terme, assurent la cohésion de la collectivité. L'une de ces valeurs les plus fondamentales est la préservation de l'intégrité de l'administration de la justice. Un juge est particulièrement en mesure de prendre cette décision. Alors, également, la question de savoir si l'admission d'éléments de preuve obtenus en violation d'un droit reconnu par la *Charte* peut déconsidérer l'administration de la justice doit être tranchée par le juge du procès. Si la reconnaissance de la provocation policière a parmi d'autres avantages celui de l'élaboration de normes de comportement pour l'État, il est essentiel que les décisions en matière de provocation policière, particulièrement celles qui accueillent le moyen de défense, soient soigneusement expliquées afin de servir de guide à l'avenir; le recours au jury ne se prête guère à cela.

Avant qu'un juge se demande s'il y a lieu à suspension d'instance pour cause de provocation policière, il doit être absolument clair que le ministère public s'est déchargé de son fardeau de prouver hors de tout doute raisonnable que l'inculpé a commis tous les éléments essentiels de l'infraction. Si cela n'est pas clair et qu'il y ait un jury, la culpabilité ou l'innocence de l'inculpé doit être établie indépendamment des preuves qui ne portent que sur la question de la provocation policière. Cela protège le droit de l'inculpé à un acquittement lorsque les circonstances le justifient. Si le jury décide que l'inculpé a commis tous les éléments du crime, libre alors au juge de suspendre l'instance pour cause de provocation policière, en refusant de prononcer une déclaration de culpabilité. Comme la culpabilité ou l'innocence de l'inculpé n'est pas en cause au moment où il est statué sur l'allégation de provocation policière, le droit

de l'inculpé à un procès par jury garanti par l'al. 11f) de la *Charte* n'est en aucune manière enfreint.

L'exigence qui impose à l'inculpé la charge de prouver la provocation policière suivant la prépondérance des probabilités n'est pas incompatible avec l'exigence que le ministère public prouve la culpabilité de l'inculpé hors de tout doute raisonnable. La culpabilité ou l'innocence de l'inculpé ne sont pas en cause. L'inculpé n'a rien fait qui lui donne droit à un acquittement; le ministère public a toutefois eu une conduite qui l'empêche d'obtenir une déclaration de culpabilité. Exiger d'un inculpé qu'il ne soulève qu'un doute raisonnable est totalement incompatible avec une règle qui autorise une suspension uniquement dans les "cas les plus manifestes". Plus fondamentalement, la prétention de provocation policière est une allégation très grave faite contre l'État. Imposer un fardeau plus léger à l'inculpé entraverait inutilement l'action de l'État contre le crime. La meilleure façon d'établir un équilibre entre les intérêts du tribunal, gardien de l'administration de la justice, et les intérêts de la société dans la prévention et le dépistage du crime est d'obliger l'inculpé à démontrer par prépondérance de preuve que la poursuite constitue un abus de procédure pour cause de provocation policière. Cela est conforme aux règles régissant les demandes fondées sur le par. 24(2) où la question générale en cause est semblable à celle soulevée dans les affaires de provocation policière: l'administration de la justice sera-t-elle déconsidérée?

La défense de provocation policière ne doit être reconnue que dans les "cas les plus manifestes": cette description est préférable à l'expression "révoltante et indigne". Lorsque l'inculpé a démontré que la stratégie utilisée par la police dépasse les bornes acceptables, l'absolution judiciaire donnée à la poursuite offusquerait par

définition la collectivité. Il n'est pas nécessaire d'aller plus loin ni de se demander si la provocation policière démontrée "révolterait" la société, puisque l'inculpé a déjà montré que l'administration de la justice est déconsidérée.

L'État doit jouir d'une liberté d'action importante à l'égard du trafic des stupéfiants parce que les moyens traditionnels d'investigation policière ne sont pas efficaces. Les policiers et leurs agents doivent s'impliquer et gagner la confiance des gens qui s'adonnent au trafic ou à la fourniture de drogues. Les conséquences sociales de ce crime à lui seul sont très lourdes et dangereuses.

En l'espèce, les policiers n'ont pas interrompu une affaire criminelle en cours; l'infraction a, de toute évidence, été perpétrée à cause de leur conduite et ne se serait pas produite sans leur intervention. Ils n'ont pas non plus exploité l'accoutumance de l'appelant aux stupéfiants. La persistance des demandes policières et les refus également persistants, ainsi que le temps qu'il a fallu avant d'obtenir la participation de l'appelant indiquent que les policiers ont tenté de faire reprendre à l'appelant son ancien mode de vie et qu'ils ont fait plus que simplement lui fournir une occasion. Le facteur le plus important et le plus décisif, cependant, est que l'appelant a été menacé et qu'on lui a dit de se décider une fois pour toute après qu'il n'eut pas fourni les drogues demandées. Cette conduite est inacceptable et fait plus que fournir une occasion à l'appelant. Le fait que l'appelant a finalement commis une infraction lorsqu'on lui a montré l'argent est sans importance parce qu'il connaissait bien avant le profit possible et qu'il refusait toujours. Une personne ordinaire, dans la situation de l'appelant, aurait pu aussi commettre l'infraction, ne serait-ce que pour satisfaire enfin l'indicateur menaçant et rompre tout contact.

Les policiers pouvaient raisonnablement soupçonner que l'appelant commettrait l'infraction si on lui en donnait l'occasion, mais ils sont allés trop loin dans leurs efforts pour l'entraîner à la commettre. La doctrine de la provocation policière s'applique de manière à interdire la poursuite de l'appelant et celui-ci s'est déchargé du fardeau de la preuve qui lui revenait. Le juge du procès aurait dû prononcer une suspension d'instance pour cause d'abus de procédure.

## **Jurisprudence**

**Arrêts appliqués:** *Amato c. La Reine*, [1982] 2 R.C.S. 418; *R. v. Jewitt* (1983), 34 C.R. (3d) 193 (inf. pour d'autres motifs, [1985] 2 R.C.S. 128); **arrêts examinés:** *Kirzner c. La Reine*, [1978] 2 R.C.S. 487; *Sorrells v. United States*, 287 U.S. 435 (1932); *Sherman v. United States*, 356 U.S. 369 (1958); *United States v. Russell*, 411 U.S. 423 (1973), inf. 459 F.2d 671 (9th Cir. 1972); *Hampton v. United States*, 425 U.S. 484 (1976); *United States v. Bueno*, 447 F.2d 903 (5th Cir. 1971); *Greene v. United States*, 454 F.2d 783 (9th Cir. 1971); *Perka c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 232; *R. c. Baxter*, [1983] C.A. 412, 9 C.C.C. (3d) 555; *R. v. Gingras* (1987), 61 C.R. (3d) 361; *R. c. Dionne* (1987), 79 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 297; **arrêts mentionnés:** *Mathews v. United States*, 108 S.Ct. 883 (1988); *Connelly v. Director of Public Prosecutions*, [1964] 2 All E.R. 401; *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486; *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265; *Lemieux v. The Queen*, [1967] R.C.S. 492; *Bergstrom c. La Reine*, [1981] 1 R.C.S. 539; *R. v. Sharp*, [1987] 3 All E.R. 103; *R. v. Howe*, [1987] 1 All E.R. 771; *R. v. Fitzpatrick*, [1977] N.I. 20; *R. v. Mistra* (1986), 32 C.C.C. (3d) 97; *R. c. Therens*, [1985] 1 R.C.S. 613; *R. v. Ashoona*, C.A.T.N.-O., le 19 janvier 1988, inédit, inf. (1987), 38 C.C.C. (3d) 163; *R. v. Biddulph* (1987), 34 C.C.C. (3d) 544; *R. c. Keyowski*, [1988] 1 R.C.S. 657.

## **Lois et règlements cités**

*Charte canadienne des droits et libertés*, art. 11f), 24(2).

*Code criminel*, art. 7(3), 17, 605(1)a).

*Loi de 1985 modifiant le droit pénal*, S.C. 1985, chap. 19, art. 137(2).

## **Doctrine citée**

American Law Institute. *Model Penal Code and Commentaries*. Adopté à l'assemblée annuelle 1962 de l'American Law Institute à Washington, D.C., le 24 mai 1962. Philadelphia: American Law Institute, 1980.

Colvin, Eric. *Principles of Criminal Law*. Toronto: Carswells, 1986.

Donnelly, Richard C. "Judicial Control of Informants, Spies, Stool Pigeons, and Agent Provocateurs" (1951), 60 *Yale L.J.* 1091.

Fletcher, George P. *Rethinking Criminal Law*. Boston: Little, Brown, 1978.

France, Simon. "Problems in the Defence of Entrapment" (1988), 22 *U.B.C. Law Rev.* 1.

Park, Roger. "The Entrapment Controversy" (1976), 60 *Minn. L.R.* 163.

Rossum, Ralph A. "The Entrapment Defense and The Teaching of Political Responsibility: The Supreme Court as Republican Schoolmaster" (1978), 6 *Amer. J. Crim. Law* 287.

United States. U.S. National Commission on Reform of Federal Laws. *A Proposed New Federal Criminal Code*. (Brown Commission Final Report.)

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (1985), 49 C.R. (3d) 169, qui a rejeté un appel d'un jugement du juge Wetmore de la Cour de comté (1983), 34 C.R. (3d) 228. Pourvoi accueilli.

1. *Sidney B. Simons et J. Douglas Jevning*, pour l'appelant.

2. *S. David Frankel et Patricia A. Babcock*, pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu par

3. LE JUGE LAMER--

Introduction

4. La doctrine de la provocation policière est le point central soulevé en l'espèce. Les parties demandent essentiellement à la Cour de faire connaître sa position sur le fondement conceptuel de l'application de la doctrine et sur la manière dont les tribunaux doivent traiter une prétention de provocation policière. La longueur des motifs de ce jugement s'explique par la complexité du sujet et mes conclusions sont résumées aux pp. 964 à 966 de mon opinion.

Les faits

5. L'appelant a été accusé de possession illicite de stupéfiants à des fins de trafic. Il a témoigné au procès et, avant la clôture de la preuve à décharge, il a présenté une requête en suspension d'instance pour cause de provocation policière. La requête a été refusée et le juge Wetmore de la Cour de comté, siégeant sans jury, dans des motifs écrits publiés à (1983), 34 C.R. (3d) 228, a prononcé une déclaration de culpabilité. Un avis d'appel de cette décision a été déposé à la Cour d'appel de la Colombie-Britannique, mais les dossiers conjoints n'ont pas été produits dans les délais prévus. L'avocat de l'appelant a demandé et obtenu, avec l'agrément du ministère public, une ordonnance de dispense de l'obligation de produire la transcription des témoignages autorisant les avocats à fonder leurs plaidoiries seulement sur les motifs de jugement du juge Wetmore. Le juge en chef de la Colombie-Britannique a saisi de

l'appel une formation de cinq juges. Pour les motifs du juge Craig, prononcés au nom de la Cour, l'appel a été rejeté. Cet arrêt est maintenant publié à (1985), 49 C.R. (3d) 169. L'autorisation de se pourvoir a été accordée par cette Cour.

6. Il est nécessaire de décrire de façon assez détaillée les faits pertinents.

Vu l'évolution particulière de la procédure qui a mené au pourvoi, je pense qu'il s'impose de reproduire intégralement le résumé de la preuve donné dans les motifs de jugement du juge Wetmore (aux pp. 234 à 237):

[TRADUCTION] Grâce aux renseignements obtenus d'un agent de la police provinciale de l'Ontario, un certain Momotiuk a été amené en Colombie-Britannique. Cet homme se livrait apparemment au trafic des stupéfiants à Kenora (Ontario). Il a été confié aux "manipulateurs" de la police à Vancouver, il a rendu visite à l'accusé à plusieurs reprises et, éventuellement, une transaction fut mise sur pied lors de laquelle l'accusé livrerait de la cocaïne à Momotiuk.

L'accusé a témoigné. Il a rencontré Momotiuk pour la première fois en 1979 à Montréal, alors qu'il rendait visite à un certain Franks. L'accusé a cru comprendre que Franks et Momotiuk étaient associés dans quelque franchise de vêtement.

L'accusé, à cette époque, voulait lotir une propriété et la mettre en vente, près de De Roche (Colombie-Britannique), ce dont il a fait part à Franks et à Momotiuk qui, tous les deux, se sont montrés intéressés à acheter. Ils sont arrivés tous les deux en Colombie-Britannique en octobre 1979. Au cours de cette visite, l'accusé déclare que Momotiuk lui a dit qu'il s'adonnait au trafic des stupéfiants à Kenora et qu'il cherchait du "pot thaïlandais". L'accusé dit n'avoir pas été intéressé.

D'après l'accusé, Momotiuk, toujours désireux d'acheter de la drogue, lui a téléphoné ultérieurement, et l'accusé lui a dit n'être intéressé que par l'immobilier.

L'accusé retourna dans la région de Montréal en décembre 1979 pour prendre part à une retraite Yoga. Franks et Momotiuk lui ont rendu visite là-bas. Momotiuk lui a montré un peu de cocaïne, que lui et Franks ont consommé et, à nouveau, il a demandé à l'accusé de devenir fournisseur. Quelques jours plus tard, ils se sont rencontrés à nouveau. Cette fois, la conversation a dépeint Momotiuk comme un importateur de drogue de grande envergure et, à nouveau, l'accusé a été invité à se joindre à eux et a refusé.

Au cours des mois de janvier et de février, il y eut environ sept appels téléphoniques de Momotiuk à l'accusé, sollicitant sa participation. L'accusé déclare qu'il a refusé.

Vers la mi-février 1980, Momotiuk a rendu visite à l'accusé à nouveau, lui demandant de lui fournir de la drogue. L'accusé déclare avoir dit à Momotiuk qu'il n'était pas intéressé et lui avoir demandé de ne plus l'importuner. Momotiuk a persisté, lui rendant visite deux ou trois fois et lui téléphonant.

L'accusé déclare que Momotiuk est venu le voir une fois de plus au mois de mars. Ils allèrent faire une promenade dans les bois. Momotiuk lui a montré un pistolet et a voulu faire étalage de son adresse devant l'accusé. La probabilité d'effaroucher des chevaux qui se trouvaient non loin de là l'en a dissuadé. L'accusé déclare que dans ce lieu perdu, Momotiuk lui a dit: "on peut facilement se perdre." L'accusé affirme qu'il s'agissait d'une menace. Il dit qu'il a de nouveau été question de drogue et qu'il a été formel, il ne savait pas où en trouver.

L'accusé a, à deux reprises, été invité à lui téléphoner, mais il ne l'a pas fait. Un certain Matheson s'est présenté à la résidence de l'accusé, le 13 mars, pour lui faire part que

Momotiuk était très excité et voulait absolument le voir à l'hôtel Biltmore. L'accusé déclare qu'il ne voulait plus rien avoir à faire avec Momotiuk, mais que celui-ci le terrifiait: aussi a-t-il consenti à se rendre en ville, au Biltmore. Il déclare aussi que Matheson lui a dit que Momotiuk se trouvait en compagnie de quelques amis. L'accusé a compris qu'il devait s'agir d'autres membres du gang.

En se rendant en ville, il a remarqué à deux reprises une voiture qui semblait les avoir pris en filature. Il devait en être ainsi, puisque des policiers banalisés le surveillaient à l'époque.

Arrivé à l'hôtel, il a rencontré Momotiuk. À nouveau, on l'a renseigné sur le gang. On lui a alors demandé s'il désirait voir leur pouvoir d'achat. L'accusé a accepté. On l'a mené à une voiture à l'extérieur de l'hôtel. Dans cette voiture, une valise était ouverte, exposant 50 000 \$ à la vue. Son gardien, ce qu'ignorait l'accusé, était un agent secret de la police.

L'accusé revenu à l'hôtel, Momotiuk lui a demandé de se procurer un échantillon et lui a remis 50 \$ à cette fin.

L'accusé a quitté, se rendant chez un fournisseur qu'il avait connu autrefois. Ce fournisseur, un certain Goldsmith, décédé depuis, a écouté l'histoire de l'accusé et a accepté d'être son fournisseur "pour me débarrasser de Doug (Momotiuk)". Ayant obtenu l'échantillon, il l'a remis à Momotiuk qui en a vérifié la teneur puis lui a demandé de s'en procurer autant qu'il le pouvait. Il est retourné au fournisseur à qui il a offert entre 35 000 \$ et 40 000 \$ pour une livre.

À la réunion le jour suivant, l'accusé ne s'était toujours pas procuré la drogue et, déclare-t-il, à ce moment-là, il s'est fait dire de se décider une fois pour toute, sur un ton menaçant.

Il n'est pas nécessaire de reprendre tout le témoignage de l'accusé sur ce qui s'est passé les deux jours suivants. Il a obtenu 12 onces de cocaïne, promettant de les payer 27 000 \$. Goldsmith lui a fait crédit, dit-il, à condition d'être remboursé lorsqu'il les aurait livrées à Momotiuk. C'est au moment de cette livraison qu'il a été arrêté.

C'est sur la base de ce témoignage que l'accusé déclare être victime d'une provocation policière. Momotiuk, Matheson et Franks n'ont pas témoigné, pas plus que "Bonnie", l'ex-épouse de l'accusé, qui était présente, semble-t-il, à l'une des rencontres de Montréal, où de la cocaïne avait été exhibée et où l'on avait discuté.

L'accusé a été reconnu coupable d'infractions relatives à la drogue en 1972 et en 1976, à deux autres reprises en 1978, et à nouveau en 1979. Dans le cas des condamnations de 1976, de l'une de celles de 1978 et de celle de 1979, il s'agissait de cocaïne. Il déclare avoir autrefois consommé diverses drogues pour se soulager d'un mal de dos mais, en 1978, il aurait découvert les vertus apaisantes du yoga et abandonné l'usage des stupéfiants. L'infraction de 1979 était une rechute, due à la rencontre de vieux amis.

#### Les décisions des tribunaux d'instance inférieure

7. Le juge Wetmore a conclu que l'arrêt du juge Estey dans l'affaire *Amato c. La Reine*, [1982] 2 R.C.S. 418, et celui de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique dans l'affaire *R. v. Jewitt* (1983), 34 C.R. (3d) 193 (inf. pour d'autres motifs, [1985] 2 R.C.S. 128), reconnaissent la provocation policière comme participant de la doctrine de l'abus de procédure et établissent qu'une suspension d'instance découlant d'une provocation policière dûment constatée n'est pas une "défense" au sens traditionnel du terme. Cette distinction entre "suspension" et "défense" a son importance au chapitre de la charge et de la norme de preuve. Le juge

Wetmore a décidé que la charge de présentation revient à la partie qui demande la suspension, s'agissant de convaincre le tribunal, par prépondérance des probabilités, qu'il y a eu provocation policière, laquelle constitue un abus de procédure judiciaire.

Il dit, à la p. 232:

[TRADUCTION] Demander au tribunal de refuser à l'une des parties--à l'État, représenté par la poursuite, ou à la défense--une décision sur leur différend exige que l'on convainque le tribunal que la procédure qui se déroule ne permettra pas de rendre justice selon la voie traditionnelle du procès public en bonne et due forme. Pour constater qu'il en est ainsi, il semble fondamental, pour un système judiciaire dans une société libre et démocratique, que le tribunal soit *convaincu* qu'on abuse de sa procédure, à un point tel que cette même procédure ne peut permettre de rendre justice. Pour arriver à la conviction qu'un tel état de choses existe, il faut plus qu'un soupçon raisonnable.

8. Dans l'optique du juge Wetmore, la présomption d'innocence, tant que la culpabilité n'est pas prouvée hors de tout doute raisonnable, n'a pas été violée. Il dit que cette présomption s'applique au procès, alors qu'une demande de suspension amène en réalité à décider si l'appelant aura un procès. Il importe peu qu'en l'espèce la demande ait été faite en clôture d'instance: [TRADUCTION] "ce que l'avocat demande, c'est que je suspende l'instance avant le verdict. Ce qui équivaut à faire avorter le procès" (à la p. 234). On peut déceler les vues du juge Wetmore sur la nature de l'allégation de provocation policière dans le passage suivant, à la p. 234:

[TRADUCTION] Cette charge de présentation revêt une grande importance en matière de provocation policière, parce qu'est fondamentale à toute constatation de ce genre la conclusion que l'inculpé n'était nullement disposé à commettre le crime, mais qu'il a succombé à l'incitation abusive des agents de l'État. Comme

dans tous les cas où il s'agit de l'élément moral en matière criminelle, l'état d'esprit se déduit habituellement des faits établis. Je dois vérifier ces faits pour pouvoir dire alors ce qui est le plus probable, en ce qui concerne la prédisposition de l'inculpé, et non simplement si la chose est rationnellement possible.

9. Après examen de la preuve, le juge Wetmore note, à la p. 237, que le témoignage de l'appelant est, dans une certaine mesure, corroboré par celui des agents de police: «Ils conviennent que Momotiuk était difficile à «manipuler» ». La suspension a été refusée, néanmoins, parce que l'appelant ne s'était pas acquitté du fardeau de la preuve. Le juge Wetmore conclut, à la p. 237:

[TRADUCTION] Pour rendre justice à l'inculpé, je me dois de dire que, si je devais statuer sur ce point en me fondant sur l'obligation du ministère public de prouver l'absence de provocation policière hors de tout doute raisonnable, j'aurais un tel doute.

Je constate néanmoins qu'il est beaucoup plus probable que l'accusé s'est engagé dans cette transaction par vénalité plutôt qu'à la suite d'incitations persistantes et sous l'effet de la peur. Compte tenu de son dossier et de la célérité avec laquelle il a agi à la vue des 50 000 \$, en mars 1980, je juge qu'il est beaucoup plus probable qu'il ait vu là une occasion de profit et qu'il l'a saisie. Il n'y a pas de doute dans mon esprit que l'occasion lui a été fournie par les tactiques auxquelles ont eu recours les policiers et leurs agents, mais ce n'était pas là aller jusqu'à provoquer une personne à commettre un acte qu'elle n'avait pas l'intention de commettre.

10. La Cour d'appel de la Colombie-Britannique a jugé que, compte tenu de l'arrêt *Jewitt*, précité, de cette Cour et de l'opinion de plusieurs juges dans l'affaire *Amato*, précitée, on peut invoquer la provocation policière en réponse à une

inculpation criminelle, s'agissant d'un aspect de l'abus de procédure, mais non d'une défense au fond. Elle a en outre jugé que la constatation de la provocation policière est une question de droit sur laquelle doit statuer le juge du procès. La charge de la preuve, par prépondérance des probabilités, incombaît à l'appelant puisque l'inculpé qui invoque la provocation policière demande qu'on statue sur son cas sur le fondement de la conduite irrégulière de la police et non sur le fond.

11. Ayant statué sur les points de droit applicables, la Cour d'appel mentionne la conclusion du juge du procès, que l'appelant a agi par esprit de lucre. Le juge Craig dit alors à la p. 183: [TRADUCTION] "Je pense que le juge a eu raison de conclure qu'il n'y avait pas eu provocation policière en l'espèce". L'appel a donc été rejeté.

La position des parties

12. Le pourvoi a été entendu en même temps que l'affaire *R. c. Showman*, [1988] 2 R.C.S. 893. L'arrêt *Showman*, est aussi rendu aujourd'hui. Dans son argumentation écrite, l'appelant en l'espèce, outre ses propres arguments, adopte ceux avancés par l'appelant dans l'affaire *Showman*. La position de l'intimée dans les deux affaires est identique en tous ses aspects pertinents.

*L'appelant*

13. L'appelant fait valoir qu'il existe deux formes de provocation policière. La première est objective et comporte une évaluation de la conduite de la police afin d'établir si poursuivre l'inculpé ne serait pas un abus de la procédure du tribunal. Il

soutient que cette analyse est une question de droit que doit trancher le juge du procès.

Si, objectivement, la provocation policière est constatée, le recours approprié est la suspension d'instance. C'est là purement une question de conduite irrégulière de la police et, à ce titre, elle est résolue tout à fait indépendamment de l'état d'esprit de l'inculpé.

14. La seconde forme de provocation policière est subjective et l'on s'intéresse alors à l'état d'esprit de l'inculpé. Le critère consiste à se demander si l'inculpé possède la prédisposition nécessaire à commettre le crime; s'il ne la possède pas, l'élément de la *mens rea* manque alors. Ceci peut se produire, selon l'argument de l'appelant, même si les forces policières sont "exemptes de tout blâme" pour ce qui est de la moralité de leur conduite envers l'inculpé.

15. L'appelant fait une analogie avec d'autres défenses disculpatoires, telle la nécessité, où l'on s'intéresse à la réaction de l'inculpé à un ensemble donné de faits. L'appelant soutient que dans la provocation policière subjective, où l'investigation porte sur l'état d'esprit de l'inculpé, comme dans les autres cas où la *mens rea* est en cause, il s'agit d'une question de fait à être appréciée par le jury. La charge de la preuve hors de tout doute raisonnable que l'inculpé était prédisposé à commettre l'infraction revient au ministère public. En conclusion, l'appelant fait valoir que sa déclaration de culpabilité devrait être cassée puisque le juge du procès a dit avoir un doute raisonnable, quant à savoir si l'appelant avait été victime d'une provocation policière.

16. L'intimée soutient qu'il n'y a qu'une seule conception de la provocation policière et que sa source se trouve dans la doctrine de l'abus de procédure. La provocation policière n'est pas un moyen de défense, puisque la *mens rea* nécessaire sera présente et que le comportement de l'inculpé ne sera ni excusable ni justifié. L'intimée fait valoir, toutefois, que le critère pour déterminer si oui ou non il y a eu provocation policière illicite est un amalgame de critères subjectifs et objectifs: la défense est limitée aux cas où la conduite de la police a dépassé les bornes de l'acceptable et où le crime n'aurait pas été commis n'eût été ce comportement. La conduite de la police doit être, pour reprendre l'expression de l'intimée, la *causa sine qua non* de l'infraction.

17. Pour ce qui est des questions de procédure, l'intimée fait valoir que la question de la provocation policière est une question de droit que doit trancher le juge du procès. Ce serait à l'inculpé que reviendrait la charge d'établir, par prépondérance des probabilités, que l'instance constitue un abus de procédure.

### Analyse

#### I. *Le contexte*

18. Aucune preuve n'est nécessaire pour reconnaître l'omniprésence de l'activité criminelle dans notre société. Si l'on veut vaincre le crime, l'ingéniosité des criminels doit se heurter à celle de la police; au fur et à mesure que les crimes deviennent plus subtils, de même doivent le devenir les méthodes employées pour les dépister. En outre, certains crimes sont plus difficiles à détecter. Comme l'explique le

juge en chef Laskin dans l'arrêt *Kirzner c. La Reine*, [1978] 2 R.C.S. 487, aux pp. 492 et 493:

Le mode de dépistage des actes criminels réels ou soupçonnés, et de leurs auteurs, varie nécessairement avec le genre de crime. Par exemple, lorsqu'il y a violence ou introduction par effraction et vol, il existe généralement des preuves manifestes de l'infraction que la police peut utiliser pour retrouver les coupables; il est fréquent que la victime, sa famille ou le propriétaire du bien, selon le cas, appelle la police et lui fournisse des indices facilitant son enquête. Lorsqu'il s'agit de crimes "consensuels", c'est-à-dire de crimes impliquant des personnes consentantes, comme dans le cas de la prostitution, des paris illégaux et de la drogue, les méthodes ordinaires ne suffisent plus. Les participants, qu'ils s'estiment lésés ou non, ne portent pas plainte et ne cherchent pas à obtenir le secours de la police; c'est justement ce qu'ils veulent éviter. Si la police veut réprimer ces infractions que l'opinion publique désapprouve et qui sont d'ailleurs punies dans notre droit, elle doit prendre des initiatives.

19. Le juge Estey soutient le même point de vue dans l'arrêt *Amato*, précité, à la p. 457. Je note qu'outre les crimes dits "sans victime" ou "consensuels", des techniques actives peuvent être utilisées pour faire respecter la loi et combattre des crimes qui font des victimes certes, mais des victimes qui hésiteront à s'adresser à la police par suite d'intimidations ou de chantage, comme ce peut être le cas de l'infraction d'extorsion. De plus, un comportement criminel peut, s'il n'est découvert, se prolonger longtemps si les victimes ne se rendent pas compte immédiatement qu'elles ont été l'objet d'une activité criminelle, comme dans le cas, par exemple, de la fraude commerciale et aussi de la corruption d'officiers publics. En général, on peut dire que de nombreux crimes sont commis en secret et qu'il est difficile de réunir les preuves de leur perpétration après le fait.

20. Manifestement, la police doit jouir d'une latitude considérable dans son effort pour faire respecter les normes de comportement établies par le droit criminel. La *common law* a reconnu cela depuis longtemps (voir R. Donnelly, "Judicial Control of Informants, Spies, Stool Pigeons, and Agent Provocateurs" (1951), 60 *Yale L.J.* 1091, aux pp. 1091 et 1092). Le juge en chef Laskin, dans l'arrêt *Kirzner*, précité, rappelle à la p. 493 que, dans le cas des crimes consensuels, la police a recours à toutes sortes de gens et de techniques:

Elle peut, par exemple, utiliser un espion, un policier ou quelqu'un d'autre, qui s'infiltre dans le milieu pour obtenir des renseignements sur une infraction consensuelle; la police peut s'entendre avec des indicateurs, qui participeront aux infractions et dénonceront les autres; la police peut encore se servir d'imposteurs ou de ses propres agents secrets pour fournir à d'autres personnes l'occasion de commettre une infraction consensuelle ou pour encourager sa perpétration. La police peut aller plus loin et recourir à ses propres agents ou à d'autres personnes pour inciter des gens à commettre une infraction qu'elle aura organisée de toutes pièces et les prendre au piège.

21. Il y a une distinction cruciale, qu'il n'est pas facile de faire néanmoins, entre la police ou ses agents qui, se fondant sur des soupçons raisonnables ou dans le cadre d'une véritable enquête, fournissent l'occasion de commettre un crime et l'État qui crée en fait de toutes pièces un crime afin d'être en mesure de poursuivre. Le premier cas est tout à fait acceptable, la conduite de la police visant uniquement à réunir les preuves d'une infraction quand elle est commise (voir l'arrêt *Amato*, précité, le juge Estey, à la p. 446). Ce qui est préoccupant, ce sont plutôt les techniques d'application de la loi qui exigent une conduite que le citoyen ne saurait tolérer. Dans bien des cas, les faits de l'espèce constitueront un exemple classique de ce qu'on peut

appeler une "provocation policière", décrite par un juge américain comme étant [TRADUCTION] "la conception et la planification d'une infraction par un agent de la paix qui la fait commettre par une personne qui ne l'aurait pas perpétrée n'eût été de la ruse, de la persuasion ou de la supercherie de l'agent" (*Sorrells v. United States*, 287 U.S. 435 (1932), à la p. 454, le juge Roberts, cité par le juge en chef Dickson dans l'arrêt *Jewitt*, précité, à la p. 145).

## II. *La jurisprudence*

22. A: Développements au Canada
23. La Cour a examiné la défense de provocation policière dans son arrêt *Amato*, précité. L'inculpé avait été reconnu coupable de deux chefs de trafic de cocaïne. La Cour d'appel de la Colombie-Britannique avait confirmé les déclarations de culpabilité et le pourvoi alors interjeté avait été rejeté par cette Cour, le juge en chef Laskin et les juges Estey, McIntyre et Lamer étant dissidents.
24. Écrivant au nom des juges Martland, Beetz et Chouinard, le juge Dickson (maintenant Juge en chef) tout en reconnaissant la possibilité d'une défense de provocation policière, était d'avis qu'elle n'était pas justifiée par les faits de l'espèce (à la p. 464). Se référant aux conclusions du juge du procès et des juges de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique, il ajoute à la p. 466:

Les quatre juges de la Colombie-Britannique qui ont entendu l'affaire ont conclu à l'unanimité que les faits ne justifiaient pas la défense de provocation policière. Il ne me semble pas qu'il incombe à cette Cour de reprendre le procès et de tirer des conclusions différentes.

25. Le juge Ritchie, qui a écrit sa propre opinion, était d'avis qu'il peut y avoir une défense de provocation policière dans certaines circonstances, qu'il décrit comme suit à la p. 473:

À mon avis, ce n'est que lorsque les tactiques de la police ne laissent pas de place à la formation d'une intention criminelle propre chez l'accusé que la question de la provocation policière peut avoir une incidence sur la détermination de sa culpabilité ou de son innocence.

26. Bien que le juge Ritchie ait été d'avis que le dossier révélait que la police avait provoqué les événements et qu'Amato n'avait été qu'"un facteur accessoire que la police a nécessairement employé" en vue d'atteindre son objectif, localiser les sources de drogue (aux pp. 467 et 468), il ne pensait pas que le témoignage de l'inculpé était suffisant pour fonder la prétention de provocation policière (à la p. 472):

On a fait valoir en l'espèce qu'Amato a été menacé de voies de fait s'il refusait de collaborer au plan de la police et de fournir de la drogue. Si c'était vraiment le cas, je suis convaincu que la défense de provocation policière aurait pu être bien fondée, mais une examen attentif de la preuve ne me convainc pas qu'il y ait eu de telles menaces, même si le policier qui se disait à la recherche de drogue pour des fiers-à-bras venus des États-Unis avait mentionné le fait qu'ils étaient armés, ce qui semble avoir énervé Amato.

La question de savoir si on peut dire que les activités de la police équivalaient à [TRADUCTION] "un piège calculé ou [à des] sollicitations répétées" de la police, comme l'a dit le juge Laskin (tel était alors son titre) dans l'arrêt *R. v. Ormerord*, [1969] 2 O.R. 230, à la p. 238, dépend nécessairement des faits de chaque espèce,

et, dans le cas présent, même si un agent provocateur a suggéré à Amato de lui procurer de la drogue, cela ne suffit pas en soi pour invoquer la défense de provocation policière ou pour modifier le fait qu'Amato devait savoir qu'il agissait illégalement.

27. Le juge Estey, écrivant au nom du juge en chef Laskin, des juges McIntyre et Lamer, a aussi conclu que la défense de provocation policière existait en droit canadien, non en tant que défense traditionnelle au fond, mais comme un aspect de la doctrine d'abus de procédure, qui autorise un tribunal à suspendre une instance lorsque permettre à l'inculpé de subir son procès offenserait le sens de la justice des tribunaux. Vu les faits, le juge Estey a conclu que l'inculpé avait été victime de provocation policière et, par conséquent, il aurait fait droit au pourvoi. Ce qui importe pour les fins du présent pourvoi, c'est la démarche analytique du juge Estey, qui diffère profondément de celle que l'on trouve dans l'opinion du juge Ritchie.

28. L'opinion du juge Estey nous fournit un résumé global de la doctrine de la provocation policière aux États-Unis, au Canada et au Royaume-Uni, dégagée de la jurisprudence et analysée dans les diverses propositions de réforme du droit dans ces ressorts. Je me référerai à certains de ces développements ultérieurement. On trouvera le cœur de l'opinion du juge Estey aux pp. 445 à 447, où il expose la raison et les critères de l'application de la défense.

29. Au départ, le juge Estey explique que la provocation policière n'est pas vraiment une "défense" au sens traditionnel du terme. Précédemment, dans ses motifs, le juge Estey s'était référé au par. 7(3) du *Code criminel* en tant que source éventuelle de reconnaissance de la défense de provocation policière en droit criminel. Le paragraphe 7(3) porte:

7. . .

(3) Chaque règle et chaque principe de la *common law* qui font d'une circonstance une justification ou excuse d'un acte, ou un moyen de défense contre une inculpation, demeurent en vigueur et s'appliquent à l'égard des procédures pour une infraction visée par la présente loi ou toute autre loi du Parlement du Canada, sauf dans la mesure où ils sont modifiés par la présente loi ou une autre loi du Parlement du Canada ou sont incompatibles avec l'une d'elles.

30. Cependant le passage suivant montre que le juge Estey ne pensait pas que la véritable source de la reconnaissance de la provocation policière est le par. 7(3) du *Code*; elle réside plutôt dans le pouvoir inhérent à tout tribunal de se prémunir contre tout abus de ses procédures. À ce titre, la provocation policière ne saurait être considérée comme une défense au fond (à la p. 445):

Même si les textes juridiques et parfois les tribunaux qualifient souvent cette défense de "défense de provocation policière", ce n'est pas un moyen de défense au sens traditionnel de ce terme. Un moyen de défense qui réussit entraîne l'acquittement, la décision que l'accusé n'a pas commis l'infraction. Ici, évidemment le crime, pris au sens matériel du moins, a été commis. Il se peut de fait que l'intention nécessaire et l'acte soient réunis pour former un crime complet. L'application de la doctrine de la provocation policière, si elle constitue un moyen de défense au sens ordinaire, entraînerait l'acquittement. Le *Code criminel* permet l'acquittement dans des cas à peu près semblables, par exemple celui de la défense de contrainte. Cependant, comme on le verra plus loin, l'application du concept de la provocation policière entraîne une suspension des procédures, car le tribunal refusera d'entendre la poursuite pour le motif que cela ternirait l'image de la justice. Il s'agit là pour les tribunaux d'exercer leurs pouvoirs inhérents. La provocation policière n'est pas un moyen de défense au sens

traditionnel. Pour plus de commodité, et aussi pour me conformer au vocabulaire juridique actuel, je qualifie parfois cette doctrine de "défense de provocation" bien qu'en droit strict, ce ne soit pas un moyen de défense. Par conséquent, pour cette raison de procédure, il peut ne pas être nécessaire d'invoquer le par. 7(3) si ce n'est pour illustrer par analogie la souplesse constante du droit criminel prévu ou non au Code criminel. [Je souligne.]

31. On notera ici que je me référerai aussi à la doctrine reconnue comme étant celle de la "défense de provocation policière", pour les mêmes raisons que le juge Estey. Plus loin dans son opinion, le juge Estey dit, à la p. 447, que le fondement de la défense est le même que dans le cas de l'exclusion des confessions involontaires: "L'intégrité du système de justice criminelle impose cette règle". Quant aux éléments constitutifs de la défense, le juge Estey déclare à la p. 446:

Les éléments principaux ou les caractéristiques du moyen de défense sont qu'une infraction doit être provoquée, amorcée ou occasionnée par la police dont la conduite doit inciter l'accusé à commettre l'infraction; le plan doit avoir pour but de trouver des preuves en vue de poursuivre l'accusé pour le crime même qui a été ainsi provoqué; et l'incitation peut résulter, notamment, de la tromperie, de la fraude, de la supercherie ou d'une récompense, et comportera ordinairement mais pas obligatoirement un piège calculé et des sollicitations répétées. Le fait que le corps policier soit représenté par un policier, un agent secret ou une autre personne, payée ou non, mais qui agit sous les ordres de la police ne change rien à la nature de l'initiative de la police. En définitive, cette machination doit dans tous les cas être si révoltante et si indigne qu'elle ternit l'image de la justice.

32. En outre, le juge Estey note que la question de savoir si la police avait un soupçon raisonnable que l'inculpé commettait l'infraction sans incitation joue un rôle dans l'évaluation de la conduite de la police, mais que, "Prise isolément et sans

rien d'autre, la prédisposition réelle de l'accusé n'a aucun rapport avec la possibilité de se prévaloir de cette défense" (à la p. 446).

33. Après une analyse de la jurisprudence canadienne sur le pouvoir d'un tribunal d'empêcher qu'on abuse de ses procédures, analyse aujourd'hui en grande partie caduque par suite de l'arrêt de principe rendu par cette Cour dans l'affaire *Jewitt*, précitée, le juge Estey conclut qu'un tribunal peut suspendre une instance pour cause de provocation policière et que cela vaut mieux que d'acquitter ou de casser l'inculpation (aux pp. 456 et 457).

34. Tout au long de son opinion et notamment en conclusion, le juge Estey reconnaît le rôle de la politique générale adoptée dans ce domaine du droit. Avant d'apprécier la preuve au regard du droit, le juge Estey fait le commentaire suivant à la p. 463:

Lorsqu'il y a provocation policière, la suspension d'instance est admise ou rejetée en droit selon les règles juridiques que les juges estiment appropriées dans les circonstances. La question de savoir quelles règles produiront un principe de droit qui servira mieux la société dans ce domaine du droit criminel fait depuis longtemps l'objet de réflexions et de discussions. Les considérations en jeu sont bien connues et ont été analysées et discutées en profondeur par les cours et les auteurs.

...

Il est clair que la *common law* reconnaît la nécessité de certains éléments de contrôle judiciaire et que c'est dans la *common law* qu'on trouve la source de la doctrine de la provocation policière. Je suis d'avis que cette Cour peut,

conformément à la jurisprudence, admettre une défense de provocation policière et l'appliquer dans les circonstances appropriées.

35. Cette Cour a à nouveau été saisie de la question de la provocation policière, de manière indirecte, dans l'affaire *Jewitt*, précitée, où la question précise était de savoir si une suspension judiciaire d'instance équivaut à un "jugement ou verdict d'acquittement d'une cour de première instance" dont le ministère public peut interjeter appel en vertu de l'al. 605(1)a) du *Code*. Cette Cour a jugé que le ministère public pouvait former appel contre une suspension. L'accusé avait été inculpé de trafic de stupéfiants, mais le jury avait jugé qu'il y avait eu provocation policière et le juge du procès a ordonné la suspension d'instance. Devant la Cour d'appel, le ministère public a allégué que l'accusé ne pouvait se prévaloir de cette défense et que le juge du procès avait mal instruit le jury sur ce qui constitue la provocation policière. Le juge du procès aurait aussi eu tort de donner comme directive au jury que le ministère public avait la charge d'établir hors de tout doute raisonnable qu'il n'y avait pas eu provocation policière.

36. La Cour d'appel de la Colombie-Britannique, à la majorité, a rejeté l'appel, se jugeant incompétente. Le juge Anderson pensait que la Cour d'appel était compétente, mais il aurait rejeté l'appel de toute façon. En cette Cour, il a été jugé que, premièrement, le juge du procès jouissait du pouvoir discrétionnaire de suspendre l'instance pour abus de procédure et, deuxièmement, qu'une suspension, dans les circonstances de l'espèce, équivalait à un jugement ou verdict d'acquittement et que, par conséquent, elle pouvait faire l'objet d'un appel du ministère public sur le fondement de l'al. 605(1)a) du *Code criminel*. (L'article 605 a depuis été modifié afin de prévoir expressément cette voie d'appel, voir: *Loi de 1985 modifiant le droit pénal*, S.C. 1985, chap. 19, par. 137(2).)

37. Dans le cours de ses motifs, au nom de la Cour unanime, le juge en chef Dickson explique à la p. 145 que la question de l'abus de procédure n'est pas purement une question de fait, et il cite la définition de la provocation policière mentionnée antérieurement:

La suspension d'instance fondée sur l'abus de procédure et en particulier sur la provocation policière invoquée comme moyen de défense équivaut, à mon avis, à une décision portant sur une question complexe de droit et de fait. La provocation policière a été définie comme la conception et la planification d'une infraction par un agent de la paix qui la fait commettre par une personne qui ne l'aurait pas perpétrée n'eût été de la ruse, de la persuasion ou de la supercherie de l'agent: voir *Sorrells v. United States*, 287 U.S. 435 (1932), à la p. 454. C'est plus qu'un simple vice de procédure. [Je souligne.]

38. Cette Cour a été d'avis que, pour décider si une suspension dans de telles circonstances équivaut à un acquittement, il importait de ne pas sacrifier le fond à la forme. Le juge en chef Dickson se réfère à l'argument du juge Anderson, qu'il serait absurde que le rejet d'une inculpation pour cause d'abus de procédure donne ouverture à un appel mais qu'une suspension, sur le même fondement, n'y donne pas ouverture. De la même manière, il ne serait pas rationnel d'autoriser un appel contre une suspension pour violation de la *Charte*, mais de rejeter un appel contre une suspension pour cause d'abus de procédure en raison d'une provocation policière (aux pp. 146 à 148).

39. En accueillant le pourvoi parce que la décision de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique sur son défaut de compétence était mal fondée, cette Cour a

refusé de se prononcer sur les autres moyens de pourvoi déjà mentionnés. Elle en saisissait à nouveau la Cour d'appel, qui devait statuer sur ceux-ci après audition. Je n'ai pu découvrir aucune décision ultérieure rapportant cette instance.

40. B: Développements aux États-Unis

41. Le juge en chef Laskin, dans l'arrêt *Kirzner*, précité, rappelle l'histoire des développements jurisprudentiels du concept aux États-Unis et le juge Estey procède à leur analyse dans l'arrêt *Amato*, précité. J'estime nécessaire néanmoins de réexposer cette histoire pour les fins du pourvoi, en raison de l'incidence de la *Charte* en droit canadien et aussi parce que je ne suis pas certain que les problèmes liés à la méthode subjective, ou prédisposition, ont été suffisamment examinés précédemment. De plus, l'apparition de la défense de l'application régulière de la loi n'a pas été expliquée. Il s'ensuit que les arrêts de la Cour suprême des États-Unis devront être examinés en profondeur. Je désire néanmoins, avant de me tourner vers la jurisprudence américaine, rappeler la prudence qui s'impose dans ce cas. Si beaucoup de ce que la doctrine et les tribunaux américains ont dit peut se révéler extrêmement utile, le contexte de l'expérience américaine, le partage des pouvoirs exécutif et judiciaire et le partage des compétences entre les tribunaux fédéraux et d'États, ne doivent pas être méconnus. Il serait imprudent aussi d'oublier que les tribunaux fédéraux n'ont qu'une compétence limitée aux États-Unis. La défense de provocation policière y est particulièrement complexe, parce qu'elle n'est pas fondée sur la Constitution américaine et que les divers États sont libres de suivre l'orientation qu'ils veulent. Certains États ont adopté un critère subjectif, d'autres un critère objectif et, certains, un critère mixte, combinant les deux. Il y a aussi variation considérable des

règles de procédure associées à l'examen d'une allégation de provocation policière. Je vais limiter mon résumé aux décisions de la Cour suprême pour éviter la confusion.

42. En traitant de la question des techniques irrégulières employées pour faire respecter la loi, nous ne sommes, de toute évidence, pas restreints dans notre analyse aux façons d'aborder le problème adoptées par les tribunaux américains. Néanmoins, ne pas étudier sérieusement la jurisprudence de la Cour suprême des États-Unis serait à notre propre détriment, les juges de cette Cour s'étant pleinement engagés dans un débat vigoureux qui nous permet de considérer avec une grande ouverture d'esprit les avantages et les désavantages de chacune des façons d'aborder le problème dans ces arrêts.

43. Un examen des décisions de principe de la Cour suprême des États-Unis révèle trois façons principales d'aborder la question des techniques irrégulières employées pour faire respecter la loi. En général, on a qualifié ces trois orientations de conception "subjective", que favorise une majorité de juges de la Cour; de conception "objective", qu'a toujours favorisée la minorité; et, plus récemment, de défense "d'application régulière de la loi", dont on ne sait trop qui la préconise. Je les étudierai tour à tour en me reportant aux arrêts suivants: *Sorrells v. United States*, précité, *Sherman v. United States*, 356 U.S. 369 (1958), *United States v. Russell*, 411 U.S. 423 (1973) et *Hampton v. United States*, 425 U.S. 484 (1976).

44. Une défense efficace de provocation policière selon la conception subjective a deux composantes: l'incitation du gouvernement et l'absence de prédisposition ou de propension de l'inculpé à faire preuve d'un comportement criminel. Cette opinion a d'abord été énoncée dans l'arrêt *Sorrells*, précité, tacitement

réaffirmé par la majorité dans l'arrêt *Sherman*, précité, et expressément réaffirmé dans l'arrêt *Russell*, précité.

45. Dans l'affaire *Sorrells*, précitée, un agent du gouvernement se présentant comme un touriste avait rendu visite au prévenu chez lui. À deux reprises, il avait demandé au prévenu de lui obtenir de l'alcool, mais le prévenu avait refusé. L'agent a alors fait porter la conversation sur leurs souvenirs de guerre réciproques puis, après avoir gagné sa confiance, lui a demandé à nouveau si l'on pouvait se procurer de l'alcool. Le prévenu a finalement accédé à sa demande et a été inculpé de violation du *National Prohibition Act*.

46. La Cour a jugé (le juge McReynolds étant dissident) que le prévenu avait été victime d'une provocation policière, mais les vues de la majorité et celles de la minorité diffèrent profondément sur le fondement conceptuel de la défense et sur la manière dont un tribunal devrait la considérer. Le même partage d'opinions se retrouve dans l'arrêt *Sherman*, précité, quoique, ici encore, tant la majorité que la minorité aient convenu qu'il y avait eu provocation policière en droit. Dans l'affaire *Sherman*, précitée, un indicateur du gouvernement avait pris contact avec l'accusé chez le médecin où celui-ci se faisait traiter pour narcomanie. Ont suivi plusieurs rencontres accidentelles, tous deux finissant par se faire des confidences sur leur supposée affliction commune et leurs efforts pour se soigner. L'indicateur, prétextant qu'il ne répondait pas au traitement, a demandé à l'accusé s'il savait où se procurer des stupéfiants. L'accusé a tenté d'éviter la question mais, après plusieurs demandes répétées, cautionnées par les prétendues souffrances de l'indicateur, l'accusé s'est procuré des stupéfiants et a été subséquemment inculpé. Comme les opinions de la majorité et celles de la minorité sont demeurées les mêmes dans l'arrêt *Sorrells* et dans

l'arrêt *Sherman*, précités, il m'a semblé plus commode de traiter des deux arrêts en même temps.

47. La majorité dit que la fonction qui consiste à faire respecter la loi ne saurait comporter l'élaboration d'un crime; elle vise plutôt la prévention du crime et l'arrestation des criminels (*Sherman*, précité, à la p. 372). À cette fin, le gouvernement est autorisé à créer les occasions, ou à fournir les moyens, de commettre une infraction et, ce faisant, à avoir recours à des artifices, à de la stratégie et à agir subrepticement. Toutefois,

[TRADUCTION] Une question différente se pose lorsque le dessein criminel provient des fonctionnaires et qu'ils implantent dans l'esprit d'un innocent l'intention de perpétrer l'infraction imputée et qu'ils l'incitent à la commettre pour pouvoir intenter des poursuites.

48. (Arrêt *Sorrells*, précité, à la p. 442, cité dans l'arrêt *Sherman*, précité, à la p. 372 et à nouveau dans l'arrêt *Russell*, précité, aux pp. 434 et 435.)

49. Dans l'arrêt *Sorrells*, précité, la majorité a manifestement évité de se fonder sur quelque compétence inhérente ou quelque pouvoir de contrôle qui aurait permis à la Cour de mettre un inculpé à l'abri de toute poursuite pour une infraction qui ne résultait que de [TRADUCTION] "l'activité créatrice" (à la p. 451) du gouvernement. Pour justifier la Cour de mettre fin à la poursuite, ils ont invoqué une règle d'interprétation non littérale des lois lorsque l'interprétation littérale causerait une injustice flagrante ou entraînerait des conséquences absurdes. Le juge en chef Hughes, au nom des juges de la majorité, dans l'arrêt *Sorrells*, précité, explique à la p. 448:

[TRADUCTION] Il nous est impossible de conclure qu'en adoptant cette loi, le Congrès voulait que les fonctionnaires abusent des procédures de détection et d'application de la loi en inspirant un acte à des personnes par ailleurs innocentes en vue de les amener à l'accomplir et à les punir. Nous ne sommes pas forcés par la lettre à faire violence à l'esprit et à l'objet de la loi.

50. (Voir aussi *Sherman*, précité, à la p. 372, et *Russell*, précité, à la p. 435.)

51. Pour décider si l'inculpé était [TRADUCTION] "par ailleurs innocent", la majorité des juges, dans l'arrêt *Sorrells*, précité, dit aux pp. 451 et 452 que [TRADUCTION] "la prédisposition et le dessein criminel" de l'inculpé importent:

[TRADUCTION] Le gouvernement, dans un tel cas, n'est pas en mesure de s'opposer à la preuve des activités de ses représentants relativement à l'inculpé, et si le défendeur recherche un acquittement pour raison de provocation policière, il ne peut se plaindre d'une investigation appropriée et approfondie de son propre comportement et de sa prédisposition parce qu'en rapport avec cette question. Si, en conséquence, il en subit un désavantage, il se l'est lui-même attiré en raison de la nature de la défense.

52. La majorité des juges dans l'arrêt *Sherman*, précité, adhère à cette conception, expliquant en outre qu'en décidant s'il y a provocation policière [TRADUCTION] "il faut tracer la démarcation entre le piège tendu à l'innocent imprudent et le piège tendu au criminel imprudent" (à la p. 372).

53. Les opinions minoritaires dans les arrêts *Sorrells*, précité, et *Sherman*, précité, ont pour auteur les juges Roberts et Frankfurter respectivement. Dans les deux cas, le recours aux règles d'interprétation des lois est sévèrement critiqué comme étant

[TRADUCTION] "forcé et injustifié" (*Sorrells*, précité, à la p. 456) et

[TRADUCTION] "de la pure fiction" (*Sherman*, précité, à la p. 379). La minorité soutient que les actes de l'inculpé sont clairement visés par la loi, parce qu'il a fait preuve d'un comportement prohibé et que tous les éléments de l'infraction sont réunis (*Sorrells*, précité, à la p. 456; *Sherman*, précité, à la p. 379). Dans l'arrêt *Sorrells*, précité, le juge Roberts dit à la p. 456:

[TRADUCTION] Vue sous son véritable jour, la provocation policière n'est pas pour lui une défense; son acte, joint à son intention de l'accomplir, le fait tomber sous le coup de la loi; il n'acquiert aucun droit, légal ou moral, en raison de la provocation policière dont il est victime. On ne peut dire en vérité que la provocation policière l'excuse ni qu'elle contredit le fait manifeste qu'il a commis l'infraction.

54. Le juge Frankfurter fait en outre observer dans l'arrêt *Sherman*, précité, à la p. 380, que considérer que la provocation policière peut innocenter l'inculpé c'est oublier, étrange anomalie, que celui qui est incité par une personne privée à commettre une infraction ne peut pas invoquer ce moyen de défense:

[TRADUCTION] Si [le défendeur] doit échapper aux conséquences pénales habituelles, ce n'est nullement parce qu'il est innocent de l'infraction décrite. Dans ces circonstances, un comportement n'est pas moins criminel parce qu'il résulte de la tentation, que le tentateur soit une personne privée, un agent du gouvernement ou un indicateur.

55. La minorité soutient que la reconnaissance de la défense se fonde plutôt sur des considérations d'ordre public. Comme le dit le juge Roberts dans l'arrêt *Sorrells*, précité, à la p. 457:

[TRADUCTION] La doctrine repose, plutôt, sur une règle fondamentale d'ordre public. C'est à la cour seulement qu'il appartient de protéger ses fonctions et de préserver le caractère sacré du temple de la justice. Il appartient à la cour et à la cour seulement de se protéger elle-même et de protéger le gouvernement de cette perversion du droit criminel.

56. Le tribunal a l'obligation, de par le pouvoir qu'elle tient de sa compétence inhérente, de refuser de laisser utiliser sa procédure et d'appliquer la loi [TRADUCTION] "par des moyens illégaux ou par des moyens qui enfreignent des normes de justice qui se justifient rationnellement" (*Sherman*, précité, à la p. 380). Le juge Frankfurter soutient qu'une affaire de provocation policière met en jeu des considérations qui dépassent l'inculpé en cause (*Sherman*, précité, à la p. 380):

[TRADUCTION] La confiance du public dans l'administration impartiale et honorable de la justice, dont dépend en définitive le principe de légalité, est la valeur transcendante en jeu.

57. Ayant établi les fondements théoriques de sa version de la provocation policière, la minorité conclut que la question centrale, dans chaque cas, est de savoir [TRADUCTION] "si la conduite de la police [ . . . ] est en deçà des normes qui constituent un consensus à l'égard de l'utilisation à bon escient du pouvoir du gouvernement" (*Sherman*, précité, à la p. 382). La minorité, dans l'arrêt *Sherman*, a plaidé en faveur d'un critère objectif en réponse à la question qui précède. Le gouvernement est pleinement justifié d'agir de façon à pouvoir déceler ceux qui ont un comportement criminel, qui sont prêts et désireux de commettre d'autres crimes lorsque l'occasion s'en présente, et l'État peut leur offrir les incitations susceptibles de les attirer. Ce qu'il était interdit au gouvernement de faire, c'était d'entraîner par ses incitations [TRADUCTION] "ceux qui normalement évitent le crime et qui, par

discipline, résistent aux tentations ordinaires" (à la p. 384). L'avantage de cette démarche est décrit par le juge Frankfurter en ces termes à la p. 384:

[TRADUCTION] Ce critère déplace l'attention du casier judiciaire et des prédispositions du défendeur visé vers la conduite de la police et la possibilité, prise objectivement, que cette conduite encourage uniquement les personnes qui sont prêtes et disposées à commettre un crime. C'est un critère aussi objectif que le permet le sujet, et qui servira de guide régulateur de la conduite de la police, laquelle est absente lorsqu'il faut juger si les soupçons des policiers sont raisonnables ou qu'il faut évaluer rétrospectivement la propension au crime du défendeur.

58. Pour ce qui est des facteurs qui seraient pertinents dans cette analyse, le juge Frankfurter mentionne aux pp. 384 et 385 les suivants: le cadre dans lequel les incitations ont été faites, la nature du crime, le secret l'entourant et la difficulté de le déceler, et le mode d'exercice habituel de l'activité criminelle particulière.

59. La minorité estime particulièrement déplacé de la part de la majorité de se fonder sur l'origine de l'intention puisque, à son avis, [TRADUCTION] "dans chaque cas de ce genre, l'intention de commettre le crime en cause a pour origine les policiers et, sans leur incitation, le crime n'aurait pas eu lieu" (*Sherman*, précité, p. 382). La minorité a particulièrement du dédain pour le recours de la majorité à la prédisposition de l'inculpé, parce qu'à son avis c'est là un fondement illogique et contraire à tout principe que de se permettre de traiter différemment deux inculpés. Le juge Roberts, dans l'arrêt *Sorrells*, précité, explique aux pp. 458 et 459:

[TRADUCTION] Quels que puissent être les démerites du défendeur ou ses précédentes infractions à la loi, ils ne sauraient justifier

l'instigation d'un nouveau crime ni son élaboration, comme moyen de l'atteindre et de le sanctionner pour ses méfaits passés. Il a commis le crime en question, mais, suppose-t-on, seulement à l'instigation et à l'incitation d'un agent du gouvernement. Dire qu'un tel comportement de la part d'un agent du gouvernement est acceptable et qu'il est rendu inoffensif par le fait que le défendeur avait mauvaise réputation ou a antérieurement transgressé la loi, c'est ne tenir aucun compte de la raison du refus de laisser la procédure judiciaire consacrer une tractation répugnante. C'est ne tenir aucun compte du fondement de la doctrine et, en fait, c'est mettre en balance les consciences du gouvernement et du défendeur, alors qu'en vérité aucun droit moral ne saurait être reconnu à ce dernier et alors que la règle de comportement ne saurait reposer sur une quelconque évaluation du bien pouvant ressortir d'une déclaration de culpabilité à l'endroit du délinquant obtenue par des moyens déloyaux. Selon la procédure acceptée, en fait, l'obtention d'une déclaration de culpabilité se joue, dans ces cas, non sur la perpétration du crime visé par l'inculpation, mais sur la réputation antérieure ou sur un ou des actes antécédents du défendeur que ne mentionne pas l'acte d'accusation.

60. Dans l'arrêt *Sherman*, précité, le juge Frankfurter reprend cette critique et l'examine plus en détail dans le passage suivant à la p. 383:

[TRADUCTION] L'activité policière permise ne varie pas avec chaque défendeur visé; il est certain que si deux suspects ont été sollicités en même temps et de la même façon, on ne doit pas en condamner un simplement parce qu'il a déjà été condamné et qu'on dit qu'il a des penchants criminels. Elle ne varie pas non plus en fonction des soupçons, raisonnables et déraisonnables qu'entretient la police au sujet des activités du défendeur. Les appels à la sympathie, à l'amitié, l'appât d'un gain exorbitant, etc., ne sauraient être tolérés lorsqu'ils s'adressent à un ancien délinquant, pas plus que dans le cas du citoyen ordinaire, respectueux des lois. L'opinion contraire se heurte aux principes fondamentaux de l'égalité devant la loi, et ce serait épouser la

notion que, lorsqu'on a affaire à la gent criminelle, tout va. La possibilité que, quels qu'aient été ses crimes passés et sa propension générale, le défendeur pourrait ne pas avoir commis le crime en cause s'il n'avait été confronté à des incitations hors de l'ordinaire, ne doit pas être oubliée. Les crimes antérieurs ne mettent pas le criminel éternellement hors la loi, à la merci des intrigues de la police, afin d'obtenir dans son cas des déclarations de culpabilité répétées, ce dont le citoyen ordinaire est à l'abri.

61. En conséquence des décisions de la majorité dans les arrêts *Sorrells* et *Sherman*, la conception subjective a été suivie par les tribunaux fédéraux. Mais, certaines cours de circuit ont voulu faire droit à une allégation de provocation policière même lorsque la prédisposition de l'inculpé avait été établie (voir: *United States v. Bueno*, 447 F.2d 903 (5th Cir. 1971), et *Greene v. United States*, 454 F.2d 783 (9th Cir. 1971)). Dans l'arrêt *Russell*, précité, cette tendance a été renversée dans une certaine mesure. L'arrêt *Russell* fut la première affaire de provocation policière où la Cour s'est partagée autant dans ses conclusions que sur le fondement doctrinal de la défense. L'arrêt *Russell* révèle aussi un mouvement vers la reconnaissance de la défense d'application régulière de la loi.

62. Dans l'affaire *Russell*, l'agent du gouvernement, ayant pour mission de découvrir le lieu secret d'un laboratoire servant, pensait-on, à la fabrication illégale de méthamphétamine, avait déclaré à l'inculpé représenter une association intéressée au contrôle de la fabrication et de la vente de méthamphétamine. Il avait offert de lui fournir un ingrédient essentiel, difficile à obtenir, tout en n'étant pas illégal, en retour de la moitié de la drogue fabriquée, à la condition qu'on lui montre le laboratoire et qu'on lui fournisse un échantillon. Ce qui fut fait. Ultérieurement, l'agent a pu observer le procédé de fabrication et la transaction convenue a été conclue. À son procès,

l'inculpé a été reconnu coupable de fabrication et de vente illicites de méthamphétamine.

63. En appel, l'inculpé a admis que le jury était en droit de le juger prédisposé. La Cour d'appel a néanmoins jugé qu'en droit il y avait provocation policière dès lors que, de l'avis du tribunal, il y ait eu [TRADUCTION] "un degré intolérable de participation du gouvernement à l'entreprise criminelle" (*United States v. Russell*, 459 F.2d 671 (9th Cir. 1972), à la p. 673). La Cour suprême des États-Unis a infirmé cet arrêt. Le juge Rehnquist, écrivant au nom de la majorité, conclut que l'élément principal de la provocation policière est l'absence de propension chez l'inculpé à commettre le crime; la concession faite par l'inculpé à la Cour d'appel était fatale à son allégment de provocation policière.

64. La majorité a refusé de donner, comme on l'y invitait, à la défense de provocation policière une dimension constitutionnelle et a réaffirmé expressément les arrêts *Sorrells* et *Sherman*, précités. L'argument constitutionnel était que l'État avait à ce point contribué à créer un crime qu'il y avait violation des principes fondamentaux d'application régulière de la loi autorisant les poursuites. L'analogie proposée avec la règle d'exclusion adoptée pour les fouilles, perquisitions, saisies et confessions illégales a été jugée boiteuse, puisqu'en l'espèce il n'y avait pas eu violation d'un autre droit constitutionnel de l'inculpé. L'agent du gouvernement n'avait d'ailleurs violé aucune loi en s'filtrant dans les milieux de la drogue. Le juge Rehnquist a aussi rejeté l'argument voulant qu'il y ait atteinte à l'application régulière de la loi dans tous les cas où un agent du gouvernement fournit un moyen indispensable de commettre le crime; il n'avait pas été démontré qu'il était impossible d'obtenir l'ingrédient nécessaire.

Toutefois, la porte était laissée ouverte à d'éventuelles demandes sur le fondement du principe de l'application régulière de la loi. Le juge Rehnquist dit aux pp. 431 et 432:

[TRADUCTION] Il se peut qu'un jour nous soyons saisis d'un cas où le comportement des agents responsables de l'application de la loi sera à ce point outrageant que les principes de l'application régulière de la loi interdiront absolument au gouvernement d'agir en justice pour obtenir une déclaration de culpabilité, voir *Rochin v. California*, 342 U.S. 165 (1952); cependant, l'espèce n'est indéniablement pas de ce genre.

65. Le juge Rehnquist rappelle les critiques dont a fait l'objet la conception subjective, en particulier, la limitation de la défense à la provocation des agents du gouvernement et le doute exprimé que la prédisposition puisse, dans les faits, être établie avec le degré nécessaire de certitude. Il admet qu'elles ne sont pas [TRADUCTION] "dénuées d'attrait" (à la p. 433). Il estime néanmoins que la conception de la minorité n'est pas sans poser quelque problème également, puisqu'en refusant au gouvernement le droit de combattre une allégation d'incitation, en montrant que le comportement de l'inculpé est dû à sa propre inclination, il serait vraisemblablement impossible d'obtenir des déclarations de culpabilité lorsque la tractation criminelle est secrète (à la p. 434). En outre, il s'interroge sur l'à-propos d'interdire de poursuivre un inculpé qui a prémedité et réellement commis un crime [TRADUCTION] "simplement parce que des agents secrets du gouvernement lui ont fourni des incitations susceptibles de séduire un individu hypothétique qui n'avait pas cette prédisposition" (à la p. 434). En ce qui concerne les décisions d'instance inférieure qui interdisaient de poursuivre pour cause, selon leur perception, [TRADUCTION] "d'application trop zélée de la loi", le juge Rehnquist prévient que la défense acceptée dans les arrêts *Sorrells*, précité, et *Sherman*, précité,

[TRADUCTION] "ne visait pas à donner aux cours fédérales un droit de veto absolu sur des méthodes policières qu'elles n'approuvent pas" (à la p. 435). La décision du tribunal d'instance inférieure est perçue comme introduisant une [TRADUCTION] "norme subjective inutilisable, contraire aux conclusions de cette Cour dans ses arrêts *Sorrells et Sherman*" (à la p. 435). Il note aussi que c'est la branche exécutive du gouvernement qui a la responsabilité première d'appliquer les lois fédérales, sous réserve des limites légales et constitutionnelles pertinentes et des règles judiciaires d'application de ces limites.

66. Deux opinions dissidentes ont été écrites. Dans une brève déclaration, le juge Douglas (à l'avis duquel souscrit le juge Brennan) adopte les vues des défenseurs de la conception de la minorité et conclut qu'en l'espèce la fourniture de l'ingrédient chimique faisait des [TRADUCTION] "États-Unis un participant actif à l'activité illicite" (à la p. 437), et c'était là jouer [TRADUCTION] "un rôle avilissant" qu'interdit la doctrine de la provocation policière (à la p. 439).

67. Le juge Stewart (à l'avis duquel souscrivent les juges Brennan et Marshall) adopte également la conception objective de la minorité dans les arrêts antérieurs car, à son avis, [TRADUCTION] "c'est la seule [conception] vraiment conforme à la raison d'être du moyen de défense" (à la p. 441) (note omise). Il dit que toute la notion de prédisposition est [TRADUCTION] "trompeuse", puisque la simple perpétration démontre une prédisposition, les accusés prouvant par eux-mêmes qu'ils sont tout à fait en mesure de commettre le crime. Il fait aussi observer à la p. 442 que la provocation par des individus privés, contrairement à celle de l'État, n'est pas un moyen de défense:

[TRADUCTION] Comme la seule différence entre les deux situations est l'identité du tentateur, il s'ensuit que ce à quoi il importe de s'intéresser c'est le comportement des agents du gouvernement et non la prédisposition du défendeur.

L'objet de la défense de provocation policière, donc, ne peut être la protection des personnes qui sont "par ailleurs innocentes". Plutôt, il doit être d'interdire une activité gouvernementale illicite, l'incitation au crime.

68. Le juge Stewart poursuit en faisant siennes les vues du juge Frankfurter dans l'arrêt *Sherman*, précité, et du juge Roberts dans l'arrêt *Sorrells*, précité, condamnant l'inégalité de traitement entre inculpés en fonction du comportement criminel antérieur parce que, ainsi, le caractère acceptable de la conduite de la police variera en conséquence. Il dit à la p. 444: [TRADUCTION] "À mon avis, le préteudu "penchant" au crime d'une personne ne devrait pas l'exposer à la participation du gouvernement à une activité criminelle par ailleurs illicite" (note omise). Il conclut que le comportement du gouvernement en l'espèce constituait en droit de la provocation policière.

69. La Cour suprême s'est à nouveau divisée sur la question des paramètres de la défense de provocation policière dans l'affaire *Hampton*, précitée. L'inculpé avait été reconnu coupable de distribution d'héroïne consécutivement à des ventes faites à un agent du gouvernement. Il a fait valoir qu'indépendamment de sa prédisposition--qu'il reconnaissait--la clause de l'application régulière de la loi interdisait toute poursuite, puisque l'héroïne qui faisait l'objet de l'inculpation, lui avait été fournie par un indicateur du gouvernement qui avait procédé aux arrangements de vente. L'argument a été rejeté par une majorité des juges de la Cour dans deux opinions distinctes. Les juges Brennan, Stewart et Marshall étaient dissidents.

70. Le juge en chef Burger et le juge White ont souscrit à l'opinion du juge Rehnquist qui confirme la déclaration de culpabilité. Celui-ci conclut que l'arrêt *Russell*, précité, établit pour règle que jamais une défense de provocation policière ne peut être fondée sur la conduite irrégulière du gouvernement lorsque la propension de l'inculpé à commettre le crime a été établie (*Hampton*, précité, aux pp. 489 et 490, je souligne). Bien que le gouvernement ait joué un rôle plus important, en permettant la vente des drogues en l'espèce, par opposition à l'affaire *Russell*, précitée, il ne s'agissait là que d'une différence de degré. Les limitations qu'impose le principe de l'application régulière de la loi ne devenaient pertinentes que lorsqu'une violation de quelque droit garanti à l'inculpé résulte de l'activité du gouvernement. En outre, reconnaître l'argument de l'inculpé serait entrer en conflit avec l'affirmation de l'arrêt *Russell*, précité, que la défense de provocation policière ne confère aux tribunaux aucun "veto absolu" (à la p. 490). Le juge Rehnquist, par conséquent, fermait la porte qu'il avait entrouverte dans l'arrêt *Russell*, précité, disant à la p. 490:

[TRADUCTION] Si la police se livre à une activité illégale de concert avec un défendeur, dépassant par là le champ de ses fonctions, le recours réside, non dans la libération du défendeur également coupable, mais dans une poursuite dirigée contre la police en vertu des dispositions applicables du droit fédéral ou de l'État.

71. Dans une opinion concurrente distincte, le juge Powell (auquel se joint le juge Blackmun) convient que rien de significatif n'autorise à distinguer entre les faits en cause et ceux de l'arrêt antérieur *Russell*, précité, mais il rejette à toutes fins utiles l'assertion de la pluralité des juges que l'arrêt *Russell*, précité, a décidé que le concept d'équité fondamentale de la clause de l'application régulière de la loi

n'interdirait jamais de reconnaître coupable un inculpé prédisposé, en dépit de la conduite outrageante de la police en l'espèce (aux pp. 492 et 493). Le juge Powell n'est pas non plus d'avis que l'arrêt *Russell*, précité, fermait la porte, par l'allusion au "veto absolu", à tout recours au pouvoir de contrôle de la cour dans un cas approprié. Le juge Powell note, aux pp. 494 et 495, qu'il y a [TRADUCTION] "des difficultés doctrinales et pratiques à fixer des bornes à l'implication policière dans un crime sans s'intéresser à la prédisposition" et il convient que serait inhabituelle l'espèce où la prédisposition ne serait pas concluante; mais il n'admet pas que l'arrêt *Russell*, précité, interdise de refuser une déclaration de culpabilité dans des circonstances appropriées. Dans une note en bas de page, il fait le commentaire suivant (à la p. 494, note 6):

[TRADUCTION] L'absence occasionnelle de norme parfaitement définie qui permette de statuer précisément sur ces cas n'est pas en soi une raison suffisante pour refuser à la magistrature fédérale le pouvoir de le faire lorsque les circonstances le justifient. Cela est de même en grande partie vrai de l'analyse fondée sur notre pouvoir de contrôle. Je ne désespère pas non plus de notre aptitude, dans un cas où cela s'imposera, à dégager des normes appropriées pour régir les pratiques policières, sans s'appuyer sur "des scrupules exagérés ou un sentimentalisme privé" dignes du "Chancelier". [Références omises.]

72. Dans son opinion dissidente, à laquelle souscrivent les juges Stewart et Marshall, le juge Brennan conclut que la déclaration de culpabilité devrait être refusée parce que l'implication du gouvernement dans le crime dépassait le point de tolérance. Il adopte, sur le fondement du pouvoir de contrôle de la cour, une règle qu'il grefferait sur la défense de provocation policière, interdisant de prononcer une déclaration de culpabilité lorsque [TRADUCTION] "l'objet de l'inculpation criminelle est la vente d'un produit de contrebande fourni au défendeur par un agent du

gouvernement" (à la p. 500). Dans une note en bas de page, il laisse en suspens la question de l'application du principe aux États, en raison de la clause de l'application régulière de la loi (à la p. 500, note 4). L'opinion dissidente avance que le degré d'implication gouvernementale dépassait ici celui de l'affaire *Russell*, précitée; l'État ne faisait [TRADUCTION] "rien de moins qu'acheter un produit de contrebande de lui-même, par l'entremise d'un intermédiaire, puis emprisonner l'intermédiaire" (à la p. 498, citant *United States v. Bueno*, précité, à la p. 905). La machination est répugnante parce qu'elle incite délibérément quelqu'un à commettre un crime au lieu d'être conçue pour mettre en lumière le trafic de stupéfiants qui a cours, et la prédisposition de l'inculpé ne justifiait pas les actes du gouvernement. Le juge Brennan dit à la p. 499: [TRADUCTION] "Personne ne dirait que la police peut faire des rafles pour emprisonner tous les individus "prédisposés" et, pourtant, c'est précisément ce que des opérations comme celles-ci ont pour but d'accomplir".

73. En concluant cette description des arrêts de principe, je ferais observer que, dans un arrêt récent, la Cour suprême des États-Unis a jugé qu'un inculpé poursuivi par le fédéral pour des infractions criminelles jouit du droit, lorsque la preuve le justifie, à ce que des directives soient données au jury sur la défense de provocation policière, même si l'inculpé nie aussi avoir commis une infraction: *Mathews v. United States*, 108 S.Ct. 883 (1988). En prononçant les motifs de la majorité, le juge en chef Rehnquist s'en est tenu à la conception subjective de la défense de provocation policière. À noter l'opinion concurrence distinque du juge Brennan qui, par de brefs motifs, explique pourquoi il se range à l'avis de la majorité (aux pp. 888 et 889):

[ TRADUCTION] Certes certains comportements gouvernementaux répréhensibles peuvent être

suffisamment énormes pour violer le principe de l'application régulière de la loi, *Russell*, précité, 411 U.S. aux pp. 431 et 432, 93 S.Ct. aux pp. 1642 et 1643, mais mes désaccords avec la Cour ont été fondés sur une interprétation de la législation et de la *common law* fédérale, non sur la Constitution. Devrais-je juger en faisant table rase que je serais toujours enclin à épouser l'opinion que la défense de provocation ne devrait porter exclusivement que sur la conduite du gouvernement. Mais je n'écris pas sur une feuille vierge; la Cour s'est prononcée définitivement sur ce point. Par conséquent, je m'incline devant le *stare decisis* et me joins aujourd'hui à l'arrêt et au raisonnement de la Cour.

74. La conception objective plaidée par la minorité dans les arrêts de la Cour suprême a trouvé son plus grand appui chez les auteurs américains qui ont traité de la provocation policière, laquelle, dirais-je, n'est rien de moins que gigantesque. Dans un article de 1978 critiquant la méthode objective, R. Rossum, "The Entrapment Defense and The Teaching of Political Responsibility: The Supreme Court as Republican Schoolmaster" (1978), 6 *Amer. J. Crim. Law* 287, l'auteur rapporte que sur vingt-six articles de revues de droit publiés depuis 1950, trois seulement favorisent le critère subjectif et que, sur quatre-vingt-dix-huit notes et commentaires de jurisprudence publiés durant la même période, deux seulement plaident clairement en faveur du critère subjectif (aux pp. 296 et 297).

75. Comme l'a noté le juge Estey dans l'arrêt *Amato*, précité, aux pp. 437 et 438, les propositions de réforme du droit criminel fédéral aux États-Unis reprennent aussi le critère objectif (voir: l'American Law Institute, *Model Penal Code*, art. 2.13 (1962) et, plus récemment, *Commentaries* (1985), aux pp. 405 à 420; voir aussi le Brown Commission Final Report, par. 702(2)).

A: La réglementation de l'administration de la justice

76. Il faut absolument, dans une analyse de la doctrine de la provocation policière, être très clair sur le fondement de sa reconnaissance en droit criminel canadien. On le retrouve pour une grande part dans l'opinion du juge Estey dans l'arrêt *Amato*, précité. Comme l'explique le juge Estey, la croyance en la nécessité de maintenir l'intégrité de la Justice est au centre de notre système judiciaire. C'est là un principe de base dont beaucoup d'autres dépendent. Si le tribunal ne peut préserver sa propre dignité par la promotion de valeurs que notre société considère comme essentielles, nous ne conserverons pas longtemps un système de droit qui peut s'enorgueillir de sa dévotion à la justice et à la vérité et qui inspire le respect à la société qu'il dessert. Une valeur profondément enracinée de notre système démocratique est que la fin ne justifie pas les moyens. En particulier, des preuves ou des déclarations de culpabilité peuvent, dans certains cas, n'être obtenues qu'à un prix trop élevé. C'est ce qui explique pourquoi, en tant que société, nous insistons sur le respect des droits individuels et des garanties de procédure dans notre système de justice criminelle. Toutes ces valeurs se retrouvent dans des dispositions expresses de la *Charte*, comme le droit à un avocat, le droit au silence, la présomption d'innocence et dans la notion globale de justice fondamentale. Manifestement, nombre de droits visés aux art. 7 et 14 de la *Charte* portent sur les normes de comportement que doivent respecter les enquêtes et les procès criminels, et les tribunaux sont invités à s'assurer que ces normes sont observées.

77. Les principes qui trouvent leur expression dans la *Charte*, de toute évidence, ne sont pas apparus dans un vide juridique, social ou philosophique. Dans

le cas du droit criminel en particulier, les tribunaux ont, tout au long du développement de la *common law* et dans l'interprétation des lois, toujours recherché un équilibre entre l'individu inculpé et l'État, de telle sorte que les intérêts et les attentes légitimes de l'un comme de l'autre soient reconnus et protégés. Lord Devlin, dans l'arrêt *Connelly v. Director of Public Prosecutions*, [1964] 2 All E.R. 401 (H.L.), fait l'observation suivante, particulièrement appropriée à cet égard à la p. 438:

[TRADUCTION] ... presque tout le droit criminel anglais concernant la procédure et la preuve provient de l'exercice, par les juges, de leur pouvoir de s'assurer que la justice et l'équité étaient assurées entre les poursuivants et les accusés. La doctrine d'autrefois *acquit* et d'autrefois *convict* en est indubitablement le produit.

78. Je suis d'avis qu'en droit criminel la doctrine de l'abus de procédure est fondée sur la notion que l'État est limité dans la manière dont il peut traiter ses citoyens. On peut en dire autant de la *Charte*, qui fixe certaines limites particulières à l'action de l'État et, comme on l'a fait observer, les art. 7 à 14 sont particulièrement significatifs en droit criminel. Cette Cour, dans le *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486, explique à la p. 503 le contexte philosophique dans lequel ces dispositions de la *Charte* jouent:

Ainsi, les art. 8 à 14 fournissent une indication exceptionnelle quant au sens de l'expression "principes de justice fondamentale". Plusieurs ont émergé, avec le temps, à titre de présomptions de *common law*, d'autres sont exprimés dans les conventions internationales sur les droits de la personne. Tous ont été reconnus comme des éléments essentiels d'un système d'administration de la justice fondée sur la foi en "la dignité et la valeur de la personne humaine" (préambule de la *Déclaration canadienne des droits*, S.R.C. 1970, app. III) et en "la

primauté du droit" (préambule de la *Charte canadienne des droits et libertés* ).

C'est là le lien qui, à mon avis, doit nous quider dans la délimitation de la portée et du contenu de l'expression "principes de justice fondamentale". En d'autres mots, les principes de justice fondamentale se trouvent dans les préceptes fondamentaux de notre système juridique. Ils relèvent non pas du domaine de l'ordre public en général, mais du pouvoir inhérent de l'appareil judiciaire en tant que gardien du système judiciaire. Cette façon d'aborder l'interprétation de l'expression "principes de justice fondamentale" est conforme à la lettre et à l'économie de l'art. 7, au contexte de cet article, c.-à-d. les art. 8 à 14, ainsi qu'à la nature et aux objets plus généraux de la *Charte* elle-même. Elle donne de la substance au droit garanti par l'art. 7 tout en évitant de trancher des questions de politique générale. [Je souligne.]

79. C'est parce que l'on croit que l'administration de la justice ne doit pas être déconsidérée que l'on reconnaît la doctrine de la provocation policière. Dans le contexte de la *Charte*, cette Cour a dit que la déconsidération peut découler de "l'absolution judiciaire d'une conduite inacceptable de la part des organismes enquêteurs ou de la poursuite": *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265, à la p. 281. Le même principe s'applique à la doctrine d'abus de procédure de la *common law*. Un comportement inacceptable est, essentiellement, celui qui viole nos notions de "franc-jeu" et de "décence", qui fait montre d'un mépris flagrant pour les valeurs humaines que nous partageons tous.

80. Le pouvoir d'un tribunal de suspendre l'instance, afin qu'il n'y ait pas abus de sa procédure a été, comme on l'a noté précédemment, confirmé par cette Cour dans l'arrêt *Jewitt*, précité. Le bien-fondé de l'exercice du pouvoir par le tribunal, de

même que les circonstances dans lesquelles on peut y avoir recours, sont analysés dans le passage suivant (aux pp. 136 et 137, le juge en chef Dickson):

Je fais mienne la conclusion de la Cour d'appel de l'Ontario dans son arrêt *R. v. Young* [(1984), 40 C.R. (3d) 289], et j'affirme que "le juge du procès a un pouvoir discrétionnaire résiduel de suspendre l'instance lorsque forcer le prévenu à subir son procès violerait les principes de justice fondamentaux qui sous-tendent le sens du franc-jeu et de la décence qu'a la société, ainsi que d'empêcher l'abus des procédures de la cour par une procédure oppressive ou vexatoire". J'adopte aussi la mise en garde que fait la cour dans l'arrêt *Young*, portant que c'est là un pouvoir qui ne peut être exercé que dans les "cas les plus manifestes".

81. Il est essentiel de rechercher pourquoi nous ne tolérons pas une stratégie policière assimilable à de la provocation. Je suis d'avis qu'il peut y avoir plusieurs raisons sous-jacentes à ce qui est peut-être une réaction intuitive face à ces techniques d'application de la loi. L'une de ces raisons peut être l'opinion que l'État ne jouit pas d'un pouvoir illimité de s'ingérer dans nos vies personnelles ou d'éprouver au hasard la vertu des individus. Il y a aussi la crainte que les techniques de provocation policières puissent amener à commettre des crimes des gens qui autrement n'auraient pas eu de comportement criminel. Il y a peut-être aussi le sentiment que la police ne doit pas elle-même commettre des crimes ni s'adonner à une activité illicite dans le seul but de prendre des tiers au piège, puisque cela semble militer à l'encontre du principe de la primauté du droit. Nous pouvons penser que la fabrication d'un crime n'est pas un usage approprié du pouvoir policier. Il peut être soutenu aussi qu'il est déjà suffisamment difficile de résister à la tentation et de se comporter d'une manière conforme aux idéaux de moralité; il y a peu à gagner à ajouter à ces fardeaux déjà existants. Enfin, il se peut que nous disions qu'il y a des bornes inhérentes au pouvoir

de l'État de manipuler les gens et les événements dans le but d'atteindre un objectif précis, obtenir des déclarations de culpabilité. Toutes ces raisons et bien d'autres confirment qu'il est dans l'intérêt de la société de limiter le recours par l'État aux techniques de provocation policière.

82. La répression de l'activité criminelle est l'intérêt social concurrent. En outre, il faut reconnaître que nous nous en remettons à la police pour qu'elle nous protège activement de l'immense coût social et personnel que représente le crime. On différera d'avis sur l'équilibre approprié à établir entre les notions d'équité et de justice et la nécessité d'une protection contre le crime, mais je suis d'avis qu'il est universellement reconnu qu'un certain équilibre est absolument essentiel dans notre conception d'une société civilisée. Pour décider où cet équilibre réside dans un cas donné, il est nécessaire de rappeler les éléments-clés de notre modèle d'équité et de justice, puisque c'est là la seule manière qui nous permette de juger de la légitimité d'une technique particulière utilisée pour faire respecter la loi.

83. Il faut souligner toutefois que le principal point litigieux n'est pas le pouvoir d'un tribunal de sanctionner la conduite de la police ou de la partie poursuivante mais qu'il est, comme le dit le juge Estey dans l'arrêt *Amato*, précité, à la p. 461: "d'éviter que l'état n'ait recours de façon abusive au processus judiciaire et à ses pouvoirs". Dans le contexte de la provocation policière, le sens de la justice du tribunal se révolte face au spectacle qu'offrirait un inculpé reconnu coupable d'une infraction qui est l'oeuvre de l'État (*Amato*, précité, à la p. 447). Le tribunal, en fait, dit qu'il ne saurait excuser un comportement, ni paraître lui apposer le sceau de son approbation, quand il transcende ce que notre société perçoit comme étant acceptable de la part de l'État. La suspension de l'instance introduite contre l'inculpé est la

manifestation de la désapprobation du tribunal face au comportement de l'État. La suspension profite de toute évidence à l'inculpé, mais la cour s'intéresse d'abord à une question plus large: le maintien de la confiance publique dans la procédure légale et judiciaire. De cette manière, le bénéfice qu'en retire l'inculpé n'est en réalité qu'incident. Nous devrions confirmer la décision du juge Estey dans l'affaire *Amato*, précitée, que le fondement de la reconnaissance de la provocation policière réside dans la nécessité de préserver l'intégrité de l'administration de la justice.

## 84. B: La culpabilité de l'inculpé

85. L'appelant comme l'intimée conviennent que le fondement de la reconnaissance de la doctrine de la provocation policière réside dans la compétence inhérente du tribunal d'interdire qu'on abuse de sa procédure. L'intimée soutient que c'est là la seule raison; l'appelant fait valoir que le tribunal est libre de considérer que la provocation policière porte aussi sur la culpabilité de l'inculpé et qu'à ce titre elle agit comme un moyen de défense au fond.

86. Il est vain, à mon avis, d'aborder la conduite inadmissible de la police par le biais de la doctrine du droit criminel de fond. La proposition de l'appelant pose trois problèmes. Premièrement, la conduite de la police et de ses agents, dans la plupart des cas, n'aura pas pour effet de supprimer la *mens rea* ni, d'ailleurs, l'*actus reus*. (Il peut y avoir des cas exceptionnels cependant; voir, par exemple, l'arrêt de cette Cour *Lemieux v. The Queen*, [1967] R.C.S. 492.) L'acte matériel de l'inculpé est volontaire et l'inculpé aura agi consciemment. L'acte interdit aura été commis intentionnellement et avec la connaissance des faits qui constituent l'infraction et des conséquences qui en découlent.

87. De quelque façon qu'on s'y prenne pour les définir, les éléments essentiels de l'infraction en cause seront réunis dans la plupart des cas et c'est de ce point général qu'il faut partir pour dégager la doctrine de la provocation policière. On peut aussi considérer que la décision du juge Estey, dans l'arrêt *Amato*, précité, et celle du juge en chef Dickson, dans l'arrêt *Jewitt*, précité, entrent dans cette perspective. Dans un passage déjà cité, le juge Estey dit à la p. 445:

Un moyen de défense qui réussit entraîne l'acquittement, la décision que l'accusé n'a pas commis l'infraction. Ici, évidemment le crime, pris au sens matériel du moins, a été commis. Il se peut de fait que l'intention nécessaire et l'acte soient réunis pour former un crime complet.

88. Les commentaires suivants du juge en chef Dickson, dans l'arrêt *Jewitt*, précité, à la p. 148, méritent attention et, à mon avis, s'appliquent également au présent débat:

Nous nous intéressons en l'espèce à une suspension d'instance fondée sur un abus de procédure commis par la poursuite. Même si une telle suspension d'instance entraîne le même résultat qu'un acquittement et même si elle a pour effet de trancher les questions en litige de façon définitive au point de justifier un plaidoyer d'autrefois acquit, elle ne doit être assimilée à un acquittement qu'aux seules fins de permettre à la poursuite d'interjeter appel. Ces deux concepts ne sont par ailleurs pas assimilables. La suspension d'instance pour abus de procédure est accordée au lieu d'un acquittement lorsque, sur le plan du fond, il se peut que l'accusé ne mérite pas d'être acquitté, et que la poursuite est incapable d'obtenir une déclaration de culpabilité en raison de l'abus de procédure qu'elle a commis. Aucun examen du fond de l'affaire, c'est-à-dire de la question de savoir si l'accusé est coupable indépendamment

d'un examen de la conduite de la poursuite, n'est nécessaire pour justifier une suspension. En l'espèce, l'accusé a reconnu avoir vendu une livre de marijuana à un faux client qui était un agent de police. Un examen portant sur le fond aurait nécessairement entraîné un verdict de culpabilité. En l'espèce, la suspension a pour effet d'empêcher l'examen portant sur le fond de craindre qu'une déclaration de culpabilité ne soit prononcée dans des circonstances susceptibles de déconsidérer l'administration de la justice. [Je souligne.]

89. En second lieu, si l'argument que l'inculpé n'est pas coupable parce que sa conduite est excusable est plus plausible, en dernière analyse, il n'est pas décisif. Pour que la provocation policière puisse être reconnue comme un moyen de défense disculpatoire, il est clair qu'il faut s'intéresser à l'effet qu'ont eu les circonstances externes ou internes sur l'inculpé. L'appelant appelle l'attention de la Cour sur l'arrêt *Perka c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 232, où la défense de nécessité a été reconnue. La Cour, à la majorité (le juge Dickson (maintenant Juge en chef) à l'avis duquel ont souscrit les juges Ritchie, Chouinard et Lamer), a jugé que le véritable fondement conceptuel de la reconnaissance de la défense de nécessité était une excuse. Le juge Wilson, écrivant en son nom propre, conclut qu'on peut concevoir la nécessité soit comme une excuse, soit comme une justification d'avoir commis un acte criminel.

90. Le juge en chef Dickson explique la distinction qu'il y a entre les "justifications" et les "excuses" selon la théorie du droit criminel dans les termes suivants, aux pp. 246 et 247:

La théorie en matière criminelle fait la distinction entre les "justifications" et les "excuses". Une "justification" a pour effet de repousser le caractère mauvais d'un acte qui techniquement constitue un crime. L'agent de police qui abat celui qui retient des otages, la victime innocente d'une agression qui recourt à la

force pour se défendre contre son agresseur, le bon samaritain qui réquisitionne une voiture et enfreint la limite de vitesse pour amener au plus tôt la victime d'un accident à l'hôpital, ce sont toutes là des personnes dont nous considérons les actes comme bons et non comme mauvais. Les gens sont souvent louangés pour de tels actes parce qu'ils sont accomplis pour un motif grand et noble. L'idée de punition paraît souvent incompatible avec l'approbation que l'auteur de l'acte reçoit de la part de la société.

Par contre, une "excuse" consiste à reconnaître le caractère mauvais de l'acte, mais à affirmer que les circonstances dans lesquelles il a été accompli sont telles qu'il ne devrait pas être attribué à son auteur. L'auteur d'un acte qui, à cause d'une maladie mentale, est incapable de juger la nature et les conséquences de ses actes, la personne qui agit sous l'influence d'une erreur de fait, la personne alcoolique, le somnambule: ce sont là des auteurs d'actes dont nous désapprouvons fortement les actes "criminels", mais que, dans certaines circonstances précises, notre loi ne punira pas.

91. Le juge Wilson convient qu'il y a une distinction entre les justifications et les excuses dans la théorie du droit criminel. Elle dit à la p. 268: "Dans le cas de la justification, on conteste le caractère mauvais de l'acte préjudiciable; quand on plaide l'excuse, par contre, on reconnaît le caractère mauvais de l'acte, tout en affirmant qu'il y a un motif qui justifie le tribunal à avoir de la compassion pour son auteur".

92. Le juge en chef Dickson explique que ce que l'on admet en reconnaissant la défense de nécessité c'est que, certes, les actes de l'inculpé sont volontaires au sens matériel du terme, mais que le ""choix" qu'il a d'enfreindre la loi n'est nullement un choix véritable; il est poussé implacablement par les instincts normaux de l'être humain" (à la p. 249). Et le juge en chef Dickson de citer avec approbation les vues de George Fletcher dans *Rethinking Criminal Law* (1978), sur la

question de l'involontaire moral ou normatif (Fletcher, aux pp. 804 et 805, cité dans l'arrêt *Perka*, précité, à la p. 249):

[TRADUCTION] La notion du caractère volontaire ajoute une dimension importante à la théorie des excuses. Cette conduite est involontaire--même dans le sens normatif--ce qui explique pourquoi on ne peut pas en toute équité la punir. En réalité, H.L.A. Hart fonde sa théorie des excuses sur le principe que l'imposition d'une peine devrait se limiter à ceux qui enfreignent volontairement la loi. Parmi les arguments qu'il invoque à l'appui de ce principe de justice, le plus explicite est celui qu'il est préférable de vivre dans une société qui nous offre le plus d'occasions de choisir d'être ou de ne pas être assujettis à une responsabilité criminelle. De plus, Hart laisse entendre que, du point de vue idéologique, il est souhaitable que le gouvernement considère les citoyens comme des personnes responsables et autonomes. Ce principe du respect de l'autonomie individuelle est implicitement confirmé chaque fois que ceux qui n'ont pas la possibilité raisonnable de choisir sont excusés de leurs infractions.

93. Dans sa conclusion sur la véritable source théorique de la défense de nécessité, le juge en chef Dickson dit à la p. 250:

Au coeur de ce moyen de défense, il y a le sentiment d'injustice que soulève la punition pour une violation de la loi commise dans des circonstances où la personne n'avait pas d'autre choix viable ou raisonnable; l'acte était mauvais, mais il est excusé parce qu'il était vraiment inévitable.

94. Le concept d'involontaire normatif explique aussi la reconnaissance de la défense de contrainte. Dans l'arrêt *Bergstrom c. La Reine*, [1981] 1 R.C.S. 539, cette Cour, par l'intermédiaire du juge McIntyre, dit, parlant de la contrainte comme moyen de défense codifié à l'art. 17 du *Code criminel* à la p. 544:

Il ne peut être accueilli que s'il est établi que l'accusé a, de fait, véritablement commis l'infraction. Lorsque ce moyen de défense s'applique, l'accusé est excusé d'avoir commis l'infraction.

95. Ce que les défenses de nécessité et de contrainte partagent, c'est qu'en droit pour avoir gain de cause en la matière, l'inculpé doit démontrer que les circonstances dans lesquelles l'infraction a été commise étaient réellement accablantes et menaçantes, de sorte que la société puisse à la fois comprendre et absoudre la décision de l'inculpé d'enfreindre la loi.

96. Il se peut qu'il y ait des cas où l'inculpé peut arguer que la conduite de la police donne lieu à une défense de contrainte. Dans ce cas, l'inculpé peut plaider la contrainte et prétendre en sus qu'autoriser le procès à suivre son cours serait un abus de procédure. Il est difficile d'imaginer une situation assimilable à la contrainte qui ne puisse aussi servir de fondement à une allégation d'abus de procédure, mais l'inverse n'est pas nécessairement vrai; des pratiques qui constituent un abus de procédure peuvent ne pas être assimilables à la contrainte.

97. Il faut distinguer entre le genre de pression à laquelle un inculpé est confronté dans un cas de contrainte ou de nécessité et le genre de pression exercée sur l'inculpé par les techniques de provocation policière. Par exemple, dans le cas de la contrainte, l'art. 17 du *Code* requiert que l'inculpé soit menacé "de mort immédiate ou de lésion corporelle". De même, la défense de nécessité requiert que la "situation soit urgente et que le danger soit imminent" de sorte qu'"un être humain normal serait instinctivement forcé d'agir et de considérer tout conseil de temporiser comme déraisonnable" (*Perka*, précité, à la p. 251). Peut-on réellement dire qu'en situation de

provocation policière l'inculpé se trouve placé dans des circonstances qui sont aussi traumatisantes? Je ne pense pas que ce soit le cas et c'est là précisément la raison pour laquelle il y a suspension et non acquittement. Dans une situation de provocation policière typique, l'inculpé n'est menacé ni de mort ni de lésion corporelle et le péril n'est pas imminent. Je reconnaiss qu'il y a une limite, imposée par des événements externes, à la liberté de choix de l'inculpé dans les trois cas de contrainte, de nécessité et de provocation policière; il y a cependant une grande différence dans le genre et dans le degré de pression en situation de provocation policière: elle est moins intense et, moralement, le dilemme n'est pas aussi cornélien pour l'inculpé.

98. Le droit criminel, comme le note le professeur Eric Colvin dans son *Principles of Criminal Law* (1986), a reconnu comme moyen de défense [TRADUCTION] "Seulement les excuses les plus fortes" (à la p. 166). Je suis d'opinion, tout bien pesé, que la provocation policière n'est pas un moyen de défense disculpatoire et je ne vois vraiment rien de fondé dans l'idée que la provocation policière est un moyen justificatif de défense, parce qu'on ne peut dire que la perpétration du crime par l'inculpé en raison de la pression policière n'était pas répréhensible.

99. La notion que la provocation policière a un rapport avec le blâme ou la culpabilité imputable à l'inculpé pose un troisième problème, encore plus fondamental peut-être: s'il s'agit là d'un fondement théorique approprié justifiant de reconnaître l'allégation de provocation policière, sur quel principe de base peut-on justifier la limitation de la défense à des situations où c'est l'État, et non quelque citoyen privé, qui provoque? Le professeur Colvin soulève ce point dans le passage suivant (précité, à la p. 232):

[TRADUCTION] Considérant la provocation policière du point de vue de la théorie de la culpabilité criminelle, les meilleurs arguments militent en faveur d'une reconnaissance du moyen de défense au niveau de la procédure plutôt que sous une forme disculpatoire. Il ne s'agit pas de nier qu'en certaines circonstances la provocation policière peut parfois servir d'excuse qui mérite d'être reconnue comme un moyen de défense particulier. Mais, si l'on accepte l'argument d'un moyen de défense disculpatoire, il exige beaucoup plus que la défense de provocation policière telle qu'elle a jusqu'à maintenant été conçue. Les arguments en faveur d'une défense de provocation policière ont été avancés dans le cas d'une provocation par la police ou par ses agents. Et pourtant, dans presque tous les cas, l'inculpé ignorait qui le provoquait. Cela n'a donc aucune importance au regard de sa culpabilité qu'il se soit agi de la police ou d'un tiers. L'argument en faveur d'un moyen de défense disculpatoire ne peut être fondé qu'en tant qu'argument favorable à une défense d'application plus large, dont disposerait quiconque a été amené à commettre une infraction par un tiers. La défense de contrainte représente une concession limitée envers la conception qui voit la disculpation comme appropriée dans ce genre de situation. L'extension de ce motif à des cas de sollicitations persistantes n'a guère trouvée d'appui cependant. En outre, les arguments favorables à la provocation en tant que défense disculpatoire ont généralement été confinés à la provocation par la police ou ses agents. Si la défense doit être limitée ainsi, il vaut mieux la concevoir comme un aspect de l'abus de procédure. [Citations omises].

100. On pourrait soutenir, comme l'a fait un auteur américain, que cette limitation à la police et à ses agents est nécessaire pour éviter la collusion entre parties à un même complot, par exemple lorsque l'une de ces parties assume le blâme pour la perpétration d'une infraction en déclarant, dans son témoignage, qu'elle a provoqué les autres parties, et aussi pour éviter de fausses allégations de provocation contre des tiers que la poursuite ne peut découvrir. L'auteur soutient qu'il serait difficile d'établir la

vérité si un témoignage de ce genre n'est pas contredit (voir: R. Park "The Entrapment Controversy" (1976), 60 *Minn. L.R.* 163, aux pp. 241 et 242). Cet auteur insiste sur un second point: en plus de concerner la culpabilité, le moyen de défense a pour objet le maintien de l'intégrité des tribunaux et le contrôle de la conduite de la police et l'on [TRADUCTION] "peut, à bon droit, limiter le moyen de défense à des circonstances où ces fins sont simultanément servies" (à la p. 242).

101. Je ne trouve ni l'un ni l'autre argument persuasif, quant à la proposition pour laquelle ils sont avancés. En premier lieu, je rappelle que les auteurs des opinions majoritaires de la Cour suprême des États-Unis n'ont pas tenté de justifier l'absence d'extension de la défense de provocation policière aux personnes privées quel que soit le motif, encore moins pour les deux précédemment décrits. Ce qui m'amène à penser que ce qui est en cause, ce n'est pas le bien-fondé de la limitation de la défense à la provocation par la police ou par ses agents, mais plutôt le postulat voulant qu'il serait mal fondé d'étendre encore plus la défense. Les raisons de ne pas l'étendre n'ont pas de rapport avec la responsabilité.

102. Même si je devais être d'avis, ce qui n'est pas le cas, que la raison fondamentale qui se cache derrière la reconnaissance de la provocation policière est la culpabilité, je ne pourrais accepter les justifications du professeur Park pour restreindre la défense. La crainte de collusion entre parties à un complot existe dans le cas de la défense de contrainte aussi. La crédibilité du témoignage de l'une des parties au complot qui admet être l'auteur d'une provocation, en exécution d'un accord prévoyant qu'il assumera le blâme pour la perpétration d'une infraction, devrait être soigneusement examinée, même en présumant qu'il arrivera fréquemment que l'une des parties au complot joue ce rôle de martyr. Cette proposition est, je pense, un peu

irréaliste mais, même dans le cas contraire, les prétentions invalides des parties à un complot, vraisemblablement, n'égareront pas le juge des faits. De plus, en vertu de l'art. 17 du *Code*, les individus parties à un complot ou à une association coercitive à leur égard perdent le droit d'alléguer la contrainte comme moyen de défense. De même, en Angleterre, où la défense de contrainte est régie par la *common law*, il a été jugé que ceux qui commettent une infraction sous la menace ne peuvent se prévaloir de la défense si, au moment de la perpétration, ils participent activement à une organisation ou association de malfaiteurs, à laquelle ils se sont joints volontairement, en sachant que l'association pourrait les forcer à commettre une infraction (voir: *R. v. Sharp*, [1987] 3 All E.R. 103 (C.C.A.); et voir aussi, *R. v. Howe*, [1987] 1 All E.R. 771 (H.L.), lord Halisham à la p. 782 et lord Griffiths à la p. 786, citant tous deux *R. v. Fitzpatrick*, [1977] N.I. 20 (N.I. C.C.A.))

103. Le spectre des fausses allégations aussi est un fondement insatisfaisant quand on veut refuser la défense à ceux qui ne se prétendent pas faussement victimes d'une provocation. Dans le cas où le présumé provocateur ne peut être trouvé, la question devrait être résolue en fonction de la crédibilité de l'inculpé et, si nécessaire, de tous les faits qui corroborent ou infirment sa version des événements. Dans tous les cas vraiment difficiles, on peut s'en remettre en toute confiance au juge des faits qui saura établir suffisamment la vérité pour être en mesure d'accueillir ou de rejeter le moyen de défense.

104. Je rejette aussi le second argument avancé par le professeur Park, qu'il conviendrait de limiter la défense aux cas qui satisfont tant à l'aspect culpabilité qu'à l'aspect évaluation de la conduite de la police. Cela montre simplement que la véritable question est le comportement de l'État et l'effet de ce comportement sur

l'administration de la justice. De plus, un tribunal américain qui suit l'orientation subjective condamnera un inculpé prédisposé même si la conduite de la police s'est révélée particulièrement offensante, à moins, peut-être, qu'elle ne se révèle à ce point outrageante qu'elle déclenche une défense d'application régulière de la loi. Je suis d'avis qu'on déconsidérerait l'administration de la justice en autorisant une déclaration de culpabilité dans ces circonstances et que l'on saperait le but recherché, la préservation du respect pour les tribunaux. Ce qui montre qu'une fusion des motivations tenant à la culpabilité et à l'administration de la justice produit une doctrine peu judicieuse concernant l'imputation du blâme, et trop restrictive pour permettre d'atteindre l'objectif de préservation du respect pour l'administration de la justice.

105. Je demeure fermement convaincu que le véritable fondement qui permet à un inculpé d'invoquer la défense de provocation policière n'est pas la culpabilité. J'en résume les principales raisons. Premièrement, dans la plupart des cas, les éléments essentiels de l'infraction sont réunis. Deuxièmement, les circonstances dans lesquelles l'inculpé est placé en situation de provocation policière ne sont pas déchirantes, au sens reconnu dans les défenses de contrainte ou de nécessité. Lorsque la conduite de la police devient assimilable à la contrainte, ce moyen de défense peut être plaidé concurremment avec une allégation d'abus de procédure. Je me dois de rappeler, néanmoins, que toutes les "menaces" de la police, même si elles ne suffisent pas à fonder une défense de contrainte, seront fort pertinentes quand il s'agira d'évaluer la conduite de la police pour les fins d'une allégation d'abus de procédure. La troisième raison pour laquelle je refuse de voir un rapport entre la provocation policière et la culpabilité est que, si c'était le cas, il n'y aurait aucun fondement valide justifiant de limiter la défense de provocation par l'État. L'absence d'appui en faveur de l'extension

de la défense à la provocation par des citoyens privés démontre que le véritable problème réside dans le bien-fondé pour l'État d'employer de telles techniques pour faire respecter la loi, dans le but d'obtenir des déclarations de culpabilité. Si l'on admet cela, il s'ensuit qu'il faut axer l'analyse sur la conduite de la police.

IV. *La façon appropriée d'aborder le problème*

106. La question suivante, plus difficile, qu'il faut se poser est de savoir quelle est la méthode appropriée pour déterminer si la conduite de la police a dépassé les limites de l'acceptable, de sorte que permettre au procès de suivre son cours constituerait un abus de procédure. Les conceptions objectives et subjectives qui se dégagent des écrits de la Cour suprême des États-Unis ont l'une et l'autre été critiquées à bon droit et il n'est pas facile de se dégager des définitions reconnues des termes "subjectif" et "objectif", ni des explications fournies par ces deux analyses. Dans la mesure du possible, néanmoins, j'aimerais aborder la question en faisant table rase et décider ce qui s'impose dans le contexte canadien. Avant de ce faire cependant, la décision du juge Estey, dans l'arrêt *Amato*, précité, doit être étudiée.

107. Dans l'arrêt *Amato*, le juge Estey s'est rallié aux raisons de la minorité de la Cour suprême des États-Unis, et cela semblerait dicter corollairement une acceptation de la méthode d'investigation de la minorité, laquelle consiste à se demander si une personne hypothétique, sans prédisposition, aurait vraisemblablement été induite à commettre une infraction; dans ce cas, la police ne s'est pas simplement contentée de fournir l'occasion de l'activité criminelle (*Sherman*, précité, le juge Frankfurter, à la p. 384). On voit cependant que le juge Estey a formulé un test comportant des critères tant subjectifs qu'objectifs. Pour faciliter l'exposition, je

reprends, en paraphrasant, l'énoncé des éléments essentiels de la défense donné par le juge Estey dans l'arrêt *Amato*, à la p. 446:

1. a) L'infraction doit être provoquée, amorcée ou occasionnée par la police; et

b) la conduite de la police doit avoir incité l'accusé à commettre l'infraction.

2. Le plan doit avoir pour but de trouver des preuves en vue de poursuivre l'accusé pour le crime même qui a été ainsi provoqué.

3. L'incitation peut résulter, notamment, de la tromperie, de la fraude, de la supercherie ou d'une récompense, et comportera ordinairement mais pas obligatoirement un piège calculé et des sollicitations répétées.

4. Le fait que le corps policier soit représenté par un policier, un agent secret ou une autre personne, payée ou non, mais qui agit sous les ordres de la police, ne change rien à la nature de l'initiative de la police.

5. En définitive, cette machination doit dans tous les cas être si révoltante et si indigne qu'elle ternit l'image de la justice.

6. Dans l'examen de l'aspect juridique de la conduite policière, à titre d'exemple, les sollicitations répétées, les soupçons raisonnables des policiers, que l'accusé commettrait l'infraction sans incitation, sont pertinents.

7. Prise isolément et sans que rien d'autre n'intervienne, la prédisposition réelle de l'accusé n'a aucun rapport avec la possibilité de se prévaloir de cette défense.

108. Il me paraît évident que les critères du juge Estey n'ont rien à voir avec une décision où il s'agirait de savoir si l'on doit excuser l'inculpé en cause pour le crime commis. La question est de savoir si la conduite de la police a dépassé les bornes de l'acceptable. Il s'agit de savoir si cette conduite doit être évaluée en fonction de l'accusé en cause ou si l'on doit procéder à une analyse plus détachée, et ne s'intéresser qu'à la conduite de la police envers les accusées en général. J'en suis venu à la conclusion que c'est cette dernière méthode d'analyse qui est la plus compatible avec les raisons de la reconnaissance de la doctrine de la provocation policière et qui permet le mieux d'atteindre l'objectif visé, s'assurer que l'administration de la justice jouit du respect de la collectivité.

109. Il y a le danger qu'un tribunal soit amené à tort à procéder à une analyse subjective, à s'intéresser à l'effet de la conduite de la police sur l'inculpé en cause par suite de certains termes employés par le juge Estey dans l'arrêt *Amato*, précité. Il semble que ce soit la démarche suivie par le juge du procès en l'espèce. Comme je souscris à cette opinion, il est nécessaire que j'explique ce que je crois être le sens de l'opinion du juge Estey et, en outre, que je m'étende sur certains aspects du test énoncé dans l'arrêt *Amato*, précité. Le professeur France a noté, par exemple, dans son article intitulé "Problems in the Defence of Entrapment" (1988), 22 *U.B.C. Law Rev.* 1, à la p. 12, que l'emploi de certaines expressions peut mener à une investigation de la prédisposition:

[TRADUCTION] L'emploi du terme "inciter" prête à confusion. L'exigence que l'inculpé soit incité peut n'être qu'une référence au fait qu'il est nécessaire que la perpétration de l'infraction soit due aux efforts de l'agent du gouvernement. Si c'est le cas cependant, cela ne semble guère ajouter à la condition précédente voulant que l'infraction ait été occasionnée par l'agent. Le

point qui est préoccupant ici est que le terme risque plutôt d'être perçu comme une invitation à procéder à une investigation quelconque de la prédisposition, puisqu'il faut que ce soit le seul comportement de l'agent du gouvernement qui ait poussé l'inculpé à l'infraction ou, en d'autres termes, s'assurer que l'inculpé ne l'aurait pas commise autrement. Il ne s'agit pas d'affirmer que c'était là ce que voulait dire le juge Estey, mais plutôt intuitivement, que c'était là employer un terme malheureux.

110. De même, la mention d'un "soupçon raisonnable" de la police comme circonstance pertinente pourrait être interprétée comme une invitation à procéder à une analyse fondée sur la prédisposition. En d'autres termes, si les policiers croient que l'inculpé aurait commis l'infraction sans y être incité, cela signifie-t-il qu'ils le croient prédisposé à commettre l'infraction et, par conséquent, que leur conduite est justifiée? Si c'était ainsi que la mention du "soupçon raisonnable" était interprétée, elle aurait pour effet d'introduire indirectement une analyse sur la prédisposition. Je conviens qu'il est difficile de nier la pertinence d'un soupçon raisonnable de la police quand on évalue sa conduite envers l'inculpé en cause, aussi expliquerais-je plus loin à quel stade de l'analyse il faut en tenir compte.

111. On peut aussi soutenir que l'emploi du terme "provocation" en lui-même dicte une investigation de la prédisposition de l'individu inculpé. Il s'agit en réalité d'un argument causal. Si je comprends bien, l'idée est que, même si, objectivement, la conduite de la police, va plus loin que l'offre d'une occasion, dans le cas de l'inculpé prédisposé, on ne peut dire que ce sont les actes des policiers qui sont la raison ou la cause de la perpétration de l'infraction; plutôt, c'est en raison de la prédisposition de l'inculpé au crime. À mon avis, le test de la provocation policière ne saurait être fondé sans risque sur le postulat qu'une personne prédisposée ne peut jamais réagir à la conduite de la police de la même manière qu'une personne qui n'a

pas ce penchant. Il est toujours possible que, indépendamment de la prédisposition de la personne, dans un cas particulier, ce soit la conduite de la police qui ait amené l'inculpé à commettre un crime.

112. Ceux qui demandent une investigation de la prédisposition, et par conséquent refusent de se prévaloir d'une allégation de la conduite irrégulière de la police, ne tiennent pas compte de cette possibilité. Je ne suis pas de cet avis. De toute évidence, il est difficile de déterminer exactement la cause des actes de l'inculpé, mais étant donné qu'on ne doit pas s'intéresser à l'état d'esprit de l'inculpé mais plutôt à la conduite de la police, je pense qu'il suffit que l'inculpé démontre qu'objectivement la conduite de la police était irrégulière. Justifier la technique de la provocation policière parce qu'elle visait un individu prédisposé, c'est autoriser un traitement inégal. C'est avec reconnaissance que je fais miennes les critiques épousées par la minorité dans les opinions dissidentes des arrêts de la Cour suprême des États-Unis analysés précédemment; elles m'ont convaincu de l'inégalité fondamentale inhérente à une démarche qui mesure l'admissibilité de la provocation par référence à la prédisposition de l'inculpé.

113. De plus, aborder le problème en fonction de la prédisposition équivaut, dans la plupart des cas, à rien de moins qu'une justification *ex post facto* d'une conduite qui aurait été inacceptable si elle avait visé une personne non prédisposée, et le processus du raisonnement est fort illogique. Par exemple, pour les tribunaux qui appliquent la conception subjective, une fois la prédisposition admise, il ne peut y avoir de défense de provocation policière, indépendamment de toute conduite qui, objectivement, paraît aller au-delà de la simple occasion fournie de commettre un crime. Il me semble toutefois que, selon la définition utilisée par la Cour suprême des

États-Unis, une personne prédisposée est celle qui commettrait l'infraction si elle en avait l'occasion et le fait que la police doit aller plus loin pour entraîner une personne prédisposée à commettre une infraction porte à croire qu'elle n'était pas prédisposée. Ce qui démontre que la police avait tort; cela ne confirme guère l'idée qu'il est logique de refuser l'allégation de provocation policière aux personnes prédisposées auxquelles on a fourni plus qu'une occasion. Il est aussi préoccupant que le simple fait que l'inculpé ait commis le crime puisse démontrer la prédisposition et, ici encore, cela interdit toute analyse de la régularité de la conduite de la police. Pour ces raisons, j'en suis venu à la conclusion que la conception subjective suivie par la majorité des juges de la Cour suprême des États-Unis est fondamentalement boiteuse et incompatible avec le fondement de la doctrine de la provocation policière que j'accepte.

114. Je n'interprète nullement ce qui a été dit dans l'arrêt *Amato* comme un endossement d'une investigation fondée sur la prédisposition et le juge Estey me confirme dans cette opinion quand il dit que, "Prise isolément et sans rien d'autre, la prédisposition réelle de l'accusé n'a aucun rapport avec la possibilité de se prévaloir de cette défense" (*Amato*, précité, à la p. 446, je souligne). En outre, ce que dit le juge Estey au sujet du soupçon de la police que l'inculpé aurait commis l'infraction sans incitation, bien compris, ne présuppose pas une investigation de la prédisposition de l'inculpé en cause. Suivant mon interprétation, cela signifie que les policiers ont le droit d'offrir des occasions de commettre des infractions aux individus qu'ils peuvent raisonnablement soupçonner de vouloir commettre un crime sans y être incités. L'absence de soupçon raisonnable peut établir une défense de provocation policière pour deux raisons: premièrement, elle peut indiquer que les policiers cherchent à éprouver la vertu des gens en général ou, pire, qu'ils procèdent de la sorte pour des

motifs douteux sans lien avec l'investigation et la répression des crimes et sont à ce titre "de mauvaise foi".

115. Bien sûr, dans certains cas, la police peut connaître l'identité d'individus précis, sans connaître certains autres faits, comme un lieu ou une zone particuliers qu'on peut raisonnablement suspecter d'être le théâtre d'une certaine activité criminelle. Dans ces cas, il est tout à fait permis de fournir des occasions à ceux qui sont associés aux lieux suspectés même si ces gens ne sont pas eux-mêmes soupçonnés. Cette dernière situation n'est seulement justifiée que si la police procède à une véritable enquête et ne cherche pas à éprouver la vertu des gens. Quoique, au cours d'une telle opération, donner par hasard une occasion à des gens de commettre un crime risque malheureusement d'amener à le faire quelqu'un qui n'aurait autrement pas eu de conduite criminelle, ceci est inévitable si nous devons donner à nos policiers les moyens de faire face au crime organisé, comme le trafic de stupéfiants et certaines formes de prostitution pour ne nommer que ces deux-là.

116. Pour illustrer la conduite de mauvaise foi, imaginons un policier qui désapprouve la libération conditionnelle et envoie des prostituées pour solliciter des hommes en libération conditionnelle, disons, le jour de leur sortie du pénitencier, pour qu'ils commettent une infraction ce qui entraîne la révocation de leur libération conditionnelle.

117. À titre d'illustration d'une conduite dont on peut dire qu'elle vise à éprouver au hasard la vertu en général, laquelle comporte des risques graves et inutiles d'entraîner des individus innocents et respectueux de la loi à commettre une infraction criminelle, prenons le cas où un policier décide qu'il veut améliorer le nombre de

condamnations en cour. À cette fin, il dispose un portefeuille contenant de l'argent bien en évidence dans un parc, en s'assurant qu'il y a dans le portefeuille des pièces d'identité suffisantes pour identifier son propriétaire. Un promeneur peut prendre l'argent et se débarrasser du portefeuille et des pièces d'identité et il procède alors à l'arrestation et à l'inculpation de cette personne. À mon avis, que nous soyons ou non prêts à dire que l'individu moyen aurait volé l'argent, le policier a agi sans fondement et sa conduite comportait le risque inutile que des personnes par ailleurs respectueuses de la loi commettent une infraction criminelle. Par contre, considérons la situation où la police a reçu plusieurs plaintes de vol de sacs à main, par exemple, dans une gare routière. Si, au cours d'une véritable enquête, la police place un sac à main en évidence dans la gare routière et arrête et accuse la personne qui prend le sac, j'estime qu'il n'y aurait pas alors une provocation policière. Bien que la seconde de ces situations se soit effectivement produite aux États-Unis, rien n'indique que la police dans notre pays se livre à ce genre d'activité et je doute que les affaires de provocation policière dans notre pays soulèvent des allégations de ce type. Je le souligne parce que je pense que ces exemples extrêmes et improbables illustrent que, très fondamentalement, nous ne nous attendons pas à avoir affaire à la police à moins d'avoir fait quelque chose pour déclencher ses soupçons ou à moins que nous soyons proches ou impliqués dans une véritable enquête sur des activités criminelles. De plus, je pense que ce genre de situation doit être envisagée, ne serait-ce que pour assurer la cohésion interne de la structure de la doctrine de la provocation policière.

118. La conduite criminelle passée d'un individu n'est pertinente que si elle peut être reliée à de nombreux autres facteurs amenant les policiers à avoir un soupçon raisonnable que l'individu était engagé dans une activité criminelle. En outre, le simple fait qu'une personne a été impliquée dans une activité criminelle dans le passé n'est pas

un motif suffisant de "soupçon raisonnable". Mais quand ce soupçon existe, les policiers peuvent donner à cette personne l'occasion de commettre l'infraction. Il est évident qu'il doit y avoir un lien rationnel et une certaine proportionnalité entre le crime raisonnablement soupçonné par la police et le crime que l'inculpé, grâce à la police, a l'occasion de commettre. Par exemple, si un individu est soupçonné d'être mêlé au trafic de la drogue, ce seul fait ne justifiera pas la police de donner à cette personne l'occasion de commettre une infraction absolument sans aucun rapport avec ce trafic. En outre, le seul fait qu'on soupçonne qu'une personne soit fréquemment en possession de marijuana ne justifie pas à lui seul que les policiers lui fournissent l'occasion de commettre une infraction beaucoup plus grave, telle l'importation de stupéfiants, alors que d'autres faits pourraient les justifier de le faire.

119. Il doit y avoir aussi un lien temporel suffisant. Si les soupçons raisonnables de la police découlent de la conduite de l'individu, celle-ci ne doit pas être trop éloignée dans le temps. Notons cependant que les soupçons raisonnables de la police peuvent être fondés sur de nombreux facteurs et qu'il n'est pas nécessaire que l'un de ces facteurs soit une déclaration de culpabilité antérieure. Si la police a obtenu des informations indiquant l'existence d'un soupçon raisonnable qu'une personne pourrait s'adonner à une activité criminelle, c'est là une raison suffisante de fournir à cette personne l'occasion de commettre une infraction--l'existence d'un casier judiciaire antérieur n'est pas nécessaire pour qu'il y ait soupçon raisonnable. Je ne pense pas qu'exiger que la police n'agisse que sur le fondement d'un soupçon raisonnable soit indûment sévère; du point de vue du bon sens, il n'est guère vraisemblable que la police dilapide ses trop maigres ressources à tenter d'entraîner des inconnus à commettre des infractions. On peut sans risque présumer, par conséquent, que la police n'agira que dans ces cas.

120. Pour résumer donc, la police ne doit pas donner aux gens des occasions de commettre une infraction, ce qui constitue de la provocation policière, à moins qu'elle ait de bonnes raisons de soupçonner qu'ils s'adonnent déjà à des activités criminelles ou à moins que l'offre ait lieu au cours d'une véritable enquête. En outre, la simple existence d'un casier judiciaire antérieur n'est pas normalement suffisante pour appuyer un "soupçon raisonnable". Ces cas seront rares à mon avis. Si l'inculpé n'allège pas cette forme de provocation policière, la question centrale, dans un cas particulier, sera: les policiers se sont-ils contentés de fournir une occasion de commettre une infraction, en employant des techniques conçues pour inciter à la commettre, ou sont-ils allés plus loin?

121. Il y a, par conséquent, provocation policière lorsque: a) les autorités fournissent l'occasion de commettre une infraction en l'absence de soupçon raisonnable ou agissent de mauvaise foi, comme on vient de l'expliquer ou b) ayant des soupçons raisonnables ou au cours d'une véritable enquête, elles ne se contentent pas de fournir une occasion de commettre une infraction mais incitent à la commettre. Comme je l'ai déjà dit, la première forme de provocation policière ne se présentera guère. Les policiers, dans notre pays, n'ont en général recours à ce genre de techniques d'enquête que lorsqu'ils visent clairement des personnes ou des lieux et donc raisonnablement suspectés d'être mêlés ou associés à une activité criminelle ou encore lorsqu'ils sont déjà en train de faire une véritable enquête justifiant qu'ils offrent ces occasions.

122. En ce qui concerne la seconde forme de provocation policière, pour décider si la conduite de la police la met en cause, il est utile de se demander si cette conduite aurait amené l'individu moyen, dans la position de l'inculpé, soit une

personne avec des points forts et des faiblesses, à commettre le crime. Je crois que c'est là un critère utile, non seulement en tant que mécanisme analytique compatible avec l'analyse objective, mais aussi parce qu'il correspond à l'une des raisons pour lesquelles le moyen de défense est jugé désirable. En d'autres termes, il peut être inévitable que, informé du cadre factuel d'une affaire de provocation policière, chacun se place dans la position de l'inculpé; si la réponse unanime est que n'importe qui aurait pu être incité à se comporter de la sorte, c'est là un signe valable que la police a dépassé les bornes de l'acceptable. Le raisonnement ne va pas jusqu'à laisser entendre que l'inculpé est par conséquent moins digne de blâme; plutôt, il laisse voir que l'État s'adonne à la fabrication, par opposition à la détection, de crimes.

123. La démarche objective qui n'a recours qu'au critère de la personne hypothétique a fait l'objet de certaines critiques. Par exemple, le professeur Park soutient (précité, aux pp. 270 et 271):

[TRADUCTION] La défense comporte le risque que des délinquants chroniques dangereux soient acquittés, parce qu'ils ont été exposés à des incitations qui auraient pu tenter une personne hypothétique respectueuse de la loi. Plus subtilement, elle comporte le danger que certains soient reconnus coupables alors qu'ils ne méritent aucune sanction. Ce danger découle de cette tentative d'évaluer le conduite du gouvernement sans tenir compte de la culpabilité du défendeur. La notion que le loup et l'agneau doivent être logés à la même enseigne, a des conséquences malheureuses, puisque le logement sera conçu en fonction du loup. Comme de nombreuses cibles sont des criminels professionnels, les juges hésiteront à conclure qu'il y a eu provocation policière simplement parce qu'un agent a jugé nécessaire de faire appel à l'amitié, de faire de multiples demandes, ou d'offrir un profit substantiel. Et pourtant, l'approbation d'une telle conduite donnerait des résultats injustes dans les cas où la cible est respectueuse des lois mais

influençable. Par exemple, reconnaître coupable celui qui a été sollicité par un ami peut être de bonne guerre quand il s'agit des affaires dont la justice est ordinairement saisie, mais inique si la cible est une personne sans prédisposition, qui n'aurait pas commis le genre de crime dont elle est inculpée, n'eût été la requête de cet ami particulier.

124. La réponse à cela est double. En premier lieu, je reconnais qu'il y a danger de condamner des "agneaux" ou des gens affectés d'une vulnérabilité particulière, tel un handicap mental, ou qui souffrent d'une quelconque accoutumance. Dans ces cas, il est souhaitable, pour les fins de l'analyse, de se demander si la conduite était susceptible d'induire une conduite criminelle chez ceux qui sont affectés des mêmes caractéristiques exploitées, semble-t-il, par la police. Je ne saurais néanmoins souscrire à la thèse qu'il est de bonne guerre pour la police, dans les affaires habituelles dont la justice est saisie, d'abuser des rapports étroits entre amis ou membres d'une même famille, à distinguer des connaissances, des contacts ou des associés, en vue d'inciter à commettre une infraction et, par conséquent, je ne considère pas cela comme une critique valide du critère de la personne hypothétique. La nature des rapports en cause est pertinente et, dans certains cas, il se peut que la police ait abusé de la confiance régnant entre certaines personnes à un point qui porte atteinte à la valeur que la société attache au maintien de la dignité et de l'intimité des relations interpersonnelles.

125. En second lieu, l'éventuel acquittement des "loups" ne me trouble guère. C'est présumer qu'il soit impossible de dire qu'une personne, ayant des propensions à commettre l'infraction en cause, ne l'aurait pas commise, n'eût été un recours à des incitations susceptibles d'amener une personne sans prédisposition à commettre l'infraction. Plus fondamentalement, cette perspective fait partie d'un point

de vue plus global voulant que, dans certains cas, il est préférable pour la société d'emprisonner l'auteur d'un crime, même en bafouant les droits fondamentaux et les garanties de procédure dont profite normalement l'inculpé. C'est le refrain bien connu, que la fin justifie les moyens. Cette conception est cependant totalement incompatible avec le modèle d'équité existant tant au sein de la doctrine du droit criminel positif que parallèlement à celle-ci. Le même commentaire, "l'acquittement des loups", ne pourrait-il pas être fait dans le cas où le droit de l'inculpé à un avocat ou celui au silence ont été violés de manière flagrante et que la preuve de sa confession du crime est écartée? À court terme, il se peut que ce soit "mieux" pour la société de condamner de telles personnes, mais il a toujours été jugé qu'à long terme cela saperait le système lui-même. Si la primauté du droit doit avoir un sens et être une garantie de sécurité, ce que tous dans la société souhaitent, il faut, c'est axiomatique, l'étendre à chaque individu.

126. Je ne suis pas d'avis que le modèle de la personne hypothétique moyenne est la seule méthode d'analyse pertinente. Il peut y avoir des cas où l'on ne peut conclure qu'une personne hypothétique aurait vraisemblablement commis l'infraction dans les mêmes circonstances et où, pourtant, la présence d'autres facteurs amène à conclure que le rôle joué par la police dans l'instigation du crime a dépassé les bornes de l'acceptable. Lorsqu'un tribunal est de cet avis, le simple fait que le modèle d'analyse de la personne hypothétique est inapproprié ne signifie pas que la conduite n'est pas assimilable à un abus de procédure. Chaque cas doit être examiné selon ses propres mérites et en vue de déterminer si les policiers, ne se contentant pas de fournir l'occasion de commettre un crime, se sont lancés dans le domaine de la fabrication d'un comportement criminel. J'insisterais à nouveau à ce stade sur l'observation du juge Estey, qu'il n'est pas possible de dire au départ quels éléments

d'un scénario de provocation policière seront décisifs. Néanmoins, il est possible de dire quels facteurs seront pertinents; aussi vais-je tenter d'en énumérer quelques-uns.

127. Je continue de souscrire à ce qu'a dit le juge Estey, que "l'incitation peut résulter, notamment, de la tromperie, de la fraude, de la supercherie ou d'une récompense, et comportera ordinairement mais pas obligatoirement un piège calculé et des sollicitations répétées" (à la p. 446), mais il n'existe pas un nombre sacramental de requêtes policières, adressées à l'inculpé, qui fasse jouer automatiquement la défense. Je suis prêt aussi à reconnaître que le plan doit avoir été établi pour les fins que le juge Estey indique et que la responsabilité de l'État s'étend à ceux qui agissent en son nom dans une situation de provocation. Il faut aussi que l'infraction ait été "provoquée, amorcée ou occasionnée par la police"; c'est là manifestement une norme minimale puisque, dans les cas où la police ne fait que fournir la possibilité de commettre une infraction, on peut dire que la même exigence sera respectée. De même, on peut dire qu'une infraction occasionnée par les policiers n'aurait pas été commise sans leur intervention. Prises isolément, ces exigences sont insuffisantes pour permettre de dire quand la conduite de la police dépasse ce que l'on estime généralement acceptable pour protéger la société contre le crime.

128. Dans certains cas, la conduite de la police sera offensante parce qu'elle exploite des caractéristiques humaines qu'en tant que société nous voulons voir respectées. Comme je l'ai noté précédemment, si les agents responsables de faire respecter la loi, et ceux qu'ils emploient, font appel aux instincts de compassion, de sympathie et d'amitié d'un individu et se servent de ces qualités de l'individu pour faire commettre un crime, nous pouvons dire que ce n'est pas là une conduite admissible, parce qu'elle viole l'intimité individuelle et la dignité des relations interpersonnelles,

et que cela condamne un comportement que nous voulons encourager. (De tels appels peuvent souvent être l'indication que l'on ne se contente pas d'offrir une occasion, bien qu'il faille rappeler que la police ou ses agents devront, pour dépister certains crimes, infiltrer des organisations criminelles et, par conséquent, gagner la confiance de ceux qui y sont impliqués). Dans la même ligne d'idées, s'il arrive que la police exploite une vulnérabilité particulière d'un individu, par exemple en encourageant celui qui souffre d'un handicap mental à commettre un crime, cela aussi nous frappera comme étant manifestement offensant, parce que cette personne a besoin qu'on la protège, non qu'on en abuse. De même, inciter ceux qui tentent d'échapper à une accoutumance à la drogue ou à l'alcool à commettre des infractions liées à ces substances ne convient guère, puisque cela aura pour résultat de combattre, plutôt que de promouvoir, l'intérêt qu'a la société à réduire les coûts sociaux et personnels de l'usage abusif des drogues et de l'alcool.

129.                   Dans certains cas, il se peut que nous constatons que l'importance de l'implication de la police est disproportionnée au crime commis par l'inculpé, dans la mesure où elle cause plus de dommage que ne vaut la capture. En outre, la disproportion du rôle joué par la police dans l'activité criminelle, comparée au rôle joué par la personne visée, pourra nous offusquer. Dans cette évaluation, il faut tenir compte du moment où la police intervient et de la contemporanéité de l'activité criminelle. Il est pertinent de savoir si la police ou ses agents eux-mêmes ont commis des crimes dans leur effort pour inciter un tiers à en commettre, mais je ne suis pas prêt à adopter une règle absolue qui interdise à l'État d'être mêlé à une conduite illégale.

130.                   Auparavant, j'ai noté qu'une indication d'une action qu'on ne saurait permettre à l'État serait l'existence de menaces, tacites ou expresses, envers l'individu

que visent les techniques d'incitation. Si la stratégie utilisée comporte le risque d'un dommage éventuel à des tiers, il faut aussi en tenir compte et, sauf circonstances exceptionnelles, la condamner. Un autre point qu'il faut considérer, si les faits le justifient, serait la mesure dans laquelle la conduite de la police cherche à miner d'autres valeurs constitutionnelles, tel l'exercice légitime des libertés de pensée, de conscience, d'opinion et d'association.

131. La description des comportements qui précède ne se veut pas exhaustive, où toutes les situations possibles seraient envisagées, ni décisive, quant à l'évaluation de sa régularité. Elle a pour unique but d'illustrer que, dans tous les cas, quel qu'en soit le nombre, la raison pour laquelle il y a "irrégularité" peut varier. On ne peut dire qu'une seule raison sera concluante ou décisive. La question de l'acceptation de la conduite de la police doit être examinée en fonction de l'ensemble des circonstances. Il importe de rappeler en tout temps le contexte dans lequel la provocation policière se produit habituellement. Comprendre la réalité de l'activité criminelle est impératif pour l'élaboration d'une doctrine fonctionnelle qui serve les intérêts de tous dans la société. À cet égard, on peut accorder plus de latitude aux méthodes policières visant à mettre en lumière une conduite criminelle que les techniques traditionnelles utilisées pour faire respecter la loi ne permettent tout simplement pas de dépister.

#### Résumé

132. En conclusion, et pour résumer, la bonne façon d'aborder la doctrine de la provocation policière est celle formulée par le juge Estey dans l'arrêt *Amato*,

précité, et précisée dans les présents motifs. Comme je l'ai mentionné et expliqué précédemment, il y a provocation policière quand:

- a) les autorités fournissent à une personne l'occasion de commettre une infraction sans pouvoir raisonnablement soupçonner que cette personne est déjà engagée dans une activité criminelle, ni se fonder sur une véritable enquête;
- b) quoi qu'elles aient ce soupçon raisonnable ou qu'elles agissent au cours d'une véritable enquête, les autorités font plus que fournir une occasion et incitent à perpétrer une infraction.

133. Il n'est ni utile ni sage de dire dans l'abstrait quels éléments sont nécessaires pour prouver une allégation de provocation policière. Il est cependant essentiel que les facteurs sur lesquels s'appuie un tribunal soient reliés aux raisons sous-jacentes de la reconnaissance de la doctrine en premier lieu.

134. Comme je suis d'avis que la doctrine de la provocation policière ne dépend pas de la culpabilité, il ne faut pas axer l'analyse sur l'effet de la conduite de la police sur l'état d'esprit de l'inculpé. Plutôt, j'estime qu'autant que possible il faut effectuer une évaluation objective de la conduite de la police et de ses agents. La prédisposition, ou l'activité criminelle passée, présente ou soupçonnée de l'inculpé ne sont pertinentes qu'à titre d'éléments permettant de déterminer si l'occasion de

commettre l'infraction fournie par les autorités à l'inculpé est justifiable. En outre, il doit y avoir un rapport suffisant entre la conduite passée de l'inculpé et l'occasion offerte puisque, autrement, le soupçon de la police ne serait pas raisonnable. Quoique, sans être concluante, la prédisposition de l'accusé ait une certaine pertinence relativement à l'évaluation de la façon dont la police a initialement abordé une personne en lui offrant une occasion de commettre une infraction, elle n'est jamais pertinente pour déterminer si elle est allée au-delà d'une offre, puisqu'il faut l'évaluer en fonction de ce que la personne ordinaire sans prédisposition aurait fait.

135. L'absence de soupçon raisonnable ou de véritable enquête est significative pour évaluer la conduite de la police, en raison du danger que cette dernière n'entraîne des gens qui autrement n'auraient été impliqués dans aucun crime, et parce qu'on ne doit pas avoir recours à la force policière simplement pour éprouver au hasard la vertu des gens. Cependant, la présence d'un soupçon raisonnable ou la simple existence d'une véritable enquête ne justifiera jamais les techniques de provocation policière: les forces policières ne doivent jamais faire autre chose que d'offrir une occasion, indépendamment de leur perception de la moralité de l'inculpé et de l'existence d'une enquête honnête. Pour décider si la police a employé des moyens qui semblent dépasser l'offre simple d'une occasion, il est utile de considérer les facteurs suivants, individuellement ou collectivement:

-- le genre de crime qui fait l'objet de l'investigation et la disponibilité d'autres techniques pour la détection par la police de sa perpétration;

-- si l'individu moyen, avec ses points forts et ses faiblesses, dans la situation de l'inculpé, aurait été incité à commettre un crime;

-- la persistance et le nombre de tentatives faites par la police avant que l'inculpé n'accepte de commettre une infraction;

-- le genre d'incitations utilisées par la police, y inclus: la tromperie, la fraude, la supercherie ou la récompense;

-- le moment où se situe la démarche de la police, en particulier si la police a déjà fait enquête au sujet de l'infraction ou si elle intervient alors que l'activité criminelle est en cours;

-- si la démarche de la police présuppose l'exploitation d'émotions humaines, telles la compassion, la sympathie et l'amitié;

-- si la police paraît avoir exploité une vulnérabilité particulière d'une personne, comme un handicap mental ou l'accoutumance à une substance particulière;

-- la proportionnalité de l'implication de la police, comparée à celle de l'inculpé, y compris une évaluation du degré du dommage causé ou risqué par la police, en comparaison de celui de l'inculpé, et la perpétration de tout acte illégal par les policiers eux-mêmes;

-- l'existence de menaces, tacites ou expresses, proférées envers l'inculpé par la police ou ses agents;

-- si la conduite de la police cherche à saper d'autres valeurs constitutionnelles.

136. Cette énumération n'est pas exhaustive, mais j'espère qu'elle contribuera à l'élaboration d'un schéma d'application de la doctrine de la provocation policière. Jusqu'à maintenant, je n'ai pas fait mention de l'exigence, que l'on retrouve dans les motifs du juge Estey dans l'arrêt *Amato*, précité, que la conduite doit avoir été,

dans tous les cas, révoltante voire scandaleuse. Je suis d'avis que c'est là un facteur qu'il vaut mieux examiner au chapitre des questions de procédure, vers lesquelles je me tourne maintenant.

Les questions de procédure

137. La solution des questions entourant la manière dont une prétention de provocation policière doit être examinée au procès dépend entièrement, à mon avis, du fondement conceptuel de la défense, énoncé précédemment. Si je devais être d'opinion que la provocation policière est un moyen de défense au fond ou, en d'autres mots, touchant à la culpabilité de l'accusé, j'en conclurais aussitôt que la défense soulève une question de fait que doit apprécier le jury quand il y a un fondement probatoire suffisant pour faire valoir la défense, et je dirais que c'est au ministère public que revient la charge de réfuter l'assertion de provocation policière hors de tout doute raisonnable. Étant arrivé au point de vue opposé sur la raison de la reconnaissance de la doctrine de la provocation policière, je ne suis pas convaincu que l'adoption de règles qui, historiquement et en vertu de la *Charte*, sont conformes à la plupart des moyens de défense au fond, soit nécessaire ni fondée. Il me semble cependant que cette Cour doit être claire sur la façon de traiter une allégation de provocation policière, puisqu'un bref examen de certaines décisions d'instances inférieures porte à croire qu'il y a présentement, et c'est compréhensible, beaucoup de confusion à ce sujet.

138. A: Qui décide: le juge ou le jury?

139. Tant l'appelant que l'intimée conviennent que la provocation policière objective, mettant en cause une conduite irrégulière de la police et non l'état d'esprit de l'inculpé, est une question qui relève du juge du procès et que le recours approprié est la suspension d'instance. Je suis aussi de cet avis. La question de l'implication illicite de l'État dans l'instigation d'une conduite criminelle est une question de droit ou une question mixte de droit et de fait. Dans l'arrêt *Jewitt*, précité, dans un passage mentionné précédemment, le juge en chef Dickson exprime cette opinion (à la p. 145): "La suspension d'instance fondée sur l'abus de procédure et en particulier sur la provocation policière invoquée comme moyen de défense équivaut, à mon avis, à une décision portant sur une question complexe de droit et de fait". Dans le même ordre d'idées, il y a l'observation du juge Estey dans l'arrêt *Amato*, précité, à la p. 448:

La constatation d'un abus de procédures judiciaires est essentiellement une question de droit ou de droit et de science politique et n'est pas, par essence, une question qui est ordinairement soumise au jury appelé à siéger.

140. L'affirmation du juge Estey appuie aussi l'opinion que c'est à un juge de décider de la question. Certains tribunaux ont cependant conclu que la défense de provocation policière soulève une question de fait, à être appréciée par le jury. Dans l'arrêt *R. v. Baxter*, [1983] C.A. 412, 9 C.C.C. (3d) 555 [ci-après cité à C.A.], la Cour d'appel du Québec à la majorité a été d'avis que la défense de provocation policière était une question à soumettre au jury. Dans des opinions distinctes, tant les juges Nolan que Beauregard se sont appuyés sur le commentaire suivant du juge en chef Laskin dans l'arrêt *Kirzner*, précité, à la p. 498:

Les procès par jury soulèvent un autre problème, savoir si le juge seul doit se prononcer sur la provocation policière ou si le

jury, à titre de juge des faits, doit le faire. Le *Model Penal Code* prévoit que le tribunal doit statuer sur la question de la provocation policière en l'absence du jury: par. 2.13(2). Si l'on adopte l'approche subjective, le jury ne sera pas exclu puisque, s'il y a preuve de provocation policière et si l'accusé avait une propension à commettre l'infraction. Ceci est compatible avec la pratique canadienne relative aux questions de faits dans un procès par jury: le juge décide seulement si une preuve doit être soumise au jury et il laisse aux jurés l'appréciation de la preuve une fois que la question est entre leurs mains.

141. Il faut se rappeler toutefois que le juge en chef Laskin a souscrit à l'avis du juge Estey dans l'arrêt *Amato*, précité. Dans ce passage, il semble débattre du rôle éventuel du jury si la provocation policière était une défense au fond. Le juge Beauregard, dans l'affaire *Baxter*, précitée, note aussi que le juge Wong de la Cour de comté, dans l'affaire *Jewitt*, précitée, a conclu que la question de la provocation policière doit être appréciée par le jury; aussi le juge Beauregard se dit-il expressément en désaccord avec le juge Anderson qui, dans l'affaire *Jewitt*, alors en appel devant la Cour d'appel de la Colombie-Britannique, a été d'avis que c'est le juge du procès qui doit traiter de la défense de provocation policière (*Baxter*, précité, à la p. 414).

142. Dans une opinion dissidente, le juge Vallerand refuse de juger définitivement s'il convient de laisser le jury décider de la question, parce qu'il conclut que, d'après les faits en cause, le jury ne devrait pas être saisi de la question. Manifestement toutefois, il a des réserves quand il s'agit de procéder ainsi par jury, étant donné le fondement conceptuel de la reconnaissance de la défense donné par le juge Estey dans l'arrêt *Amato*, précité (*Baxter*, précité, à la p. 417). Plus loin dans ses motifs, il fait le commentaire suivant (à la p. 420):

Il faut des bornes claires aux initiatives des services de police sans lesquelles ils se retrouveront dans un régime d'anarchie ou alors de paralysie. C'est, bien sûr, dans la loi telle qu'interprétée et appliquée par les Tribunaux que les policiers viendront chercher leurs directives. Cela étant, on conçoit mal qu'on veuille laisser au gré-soit dit avec tous égards pour l'institution et ses fins propres qu'elle sert bien--inconstant et insondable des jurys le soin de poser les bornes du travail d'enquête et de dépistage de la police.

143. L'arrêt *Baxter*, précité, a été suivi dans l'affaire *R. v. Gingras* (1987), 61 C.R. (3d) 361, par le juge Boilard de la Cour supérieure du Québec, avec quelques variantes il est vrai. Dans l'affaire *Gingras*, précitée, on a jugé que la question de la provocation policière était une question de fait, à laisser à l'appréciation du jury. Si le jury rend un verdict de culpabilité, il peut alors apprécier si l'inculpé a démontré, par prépondérance des probabilités, qu'il y a eu provocation policière. Si le jury arrive à cette conclusion et rend un verdict de culpabilité avec provocation policière, l'inculpé doit alors convaincre le juge, à nouveau par prépondérance des probabilités, que le ministère public, vu l'abus de procédure, n'a pas droit à une déclaration de culpabilité. En l'espèce, le jury a rendu un verdict de culpabilité avec provocation policière, mais le juge a décidé que la provocation n'était pas, aux yeux d'une personne raisonnable, "révoltante" au point d'interdire de prononcer une déclaration de culpabilité.

144. Le juge Rice favorise une procédure inverse dans son opinion concordante dans l'arrêt *R. c. Dionne* (1987), 79 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 297 (C.A.) Il est d'avis qu'indépendamment de savoir si la question de la provocation policière se pose à cause de l'abus de procédure, de l'exclusion d'éléments de preuve en vertu du par. 24(2) par suite d'une violation d'un droit garanti par la *Charte* ou en vertu de la doctrine de l'intention criminelle, la "question fondamentale et déterminante [...] est l'état d'esprit

qui animait l'accusé" (à la p. 322). À son avis, le juge du procès doit d'abord décider si une suspension devrait être prononcée pour cause d'abus de procédure ou si la preuve devrait être écartée en vertu du par. 24(2), et s'il conclut qu'aucune de ces prétentions n'est démontrée, le jury doit alors décider si, d'après les faits en cause, l'inculpé avait la *mens rea* nécessaire pour commettre une infraction. L'opinion distincte du juge Angers dans cette affaire est aussi favorable à une appréciation par le jury des situations où la conduite de la police, bien qu'il ne donne pas lieu à une exclusion de preuve ou à une suspension d'instance, a pour effet de nier l'existence de la *mens rea*, parce que "l'influence" qu'il a exercée sur l'inculpé rend "l'acte que l'on reproche à l'accusé [...] un [acte] de soumission, dépourvu d'intention criminelle" (à la p. 321).

145.                   À l'appui de l'opinion que c'est un juge qui devrait décider, il y a l'arrêt de la Cour d'appel en l'espèce, mentionné précédemment. De plus, le juge Tallis (à l'avis duquel souscrit le juge Cameron), dans l'arrêt *R. v. Mistras* (1986), 32 C.C.C. (3d) 97 (C.A. Sask.), à la p. 122, paraît avoir approuvé les décisions de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique en l'espèce et dans l'arrêt *R. v. Showman*, (inédit). Dans l'arrêt *Jewitt*, précité, en Cour d'appel, le juge Anderson avance quatre motifs pour soutenir sa conclusion que la question de la provocation policière doit être tranchée par le juge du procès (précité, aux pp. 219 et 220). Je suis en accord complet avec le premier et le quatrième de ces motifs. Le juge Anderson commence par faire observer, à la p. 219:

[TRADUCTION] ... les tribunaux ont toujours été maîtres de leur propre procédure et c'est aux tribunaux seuls qu'il appartient de décider s'il y a abus de procédure. Toutes les questions relatives à l'abus de procédure exigent une

décision sur les faits, mais il ne s'ensuit pas que cela doive être fait par le jury.

Et il conclut, à la p. 220:

[TRADUCTION] ... s'agissant de la politique à adopter, la question de la provocation policière devrait être laissée aux tribunaux, de sorte que des normes et des directives puissent être établies par la jurisprudence. Un tel développement sera impossible si les questions entourant la provocation policière sont laissées à l'appréciation du jury.

146. Le juge Anderson mentionne le préjudice potentiel qui peut découler de l'appréciation de la question par le jury, car le jury peut juger l'inculpé coupable à cause de son casier judiciaire ou de sa mauvaise réputation (il cite le juge Frankfurter, dans l'arrêt *Sherman*, précité, à la p. 382). Cela ne m'inquiète guère pour deux raisons: premièrement, comme je l'ai noté précédemment, dans la plupart des cas, l'inculpé aura commis l'infraction et sa culpabilité ne sera plus en cause; en second lieu, à mon avis, le passé criminel de l'inculpé n'a aucune pertinence pour l'analyse, excepté en rapport avec les soupçons raisonnables de la police. Le dernier point que fait valoir le juge Anderson est qu'un inculpé peut demander au juge du procès d'écartier des éléments de preuve en vertu du par. 24(2) de la *Charte*, pour cause de provocation policière, voir sa requête rejetée et néanmoins, dans la même affaire, un jury peut constater que la conduite de la police déconsidère l'administration de la justice. Il pense qu'il faut éviter une telle situation. Je préfère n'exprimer aucune opinion en l'espèce sur le bien-fondé d'une demande fondée sur le par. 24(2) visant l'exclusion d'éléments de preuve pour cause de provocation policière. Je suis cependant d'avis que les raisons qui militent en faveur d'une décision judiciaire dans le cas des demandes fondées sur le par. 24(2) visant l'exclusion de la preuve sont également pertinentes dans le présent débat.

147. Cette Cour a jugé qu'il appartient au juge du procès de statuer sur l'éventualité que l'admission de preuves réunies en violation d'un droit garanti par la *Charte* déconsidère l'administration de la justice (*R. c. Therens*, [1985] 1 R.C.S. 613, le juge Le Dain, à la p. 653). En formulant comment le juge du procès doit procéder à cette analyse, j'ai dit, dans l'arrêt *Collins*, précité, qu'un juge doit considérer la question dans la perspective d'une personne raisonnable, "objecti[ve] et bien informé[e] de toutes les circonstances" et j'ai ajouté en commentaire que "La personne raisonnable est habituellement la personne moyenne dans la société, mais uniquement lorsque l'humeur courante de la société est raisonnable" (précité, à la p. 282). La question qui se posait alors, comme elle se pose ici, c'est celle de préserver le respect des valeurs qui, à long terme, assurent la cohésion de la société. L'une de ces valeurs les plus fondamentales est la préservation de l'intégrité de l'administration de la justice. À mon avis, c'est le juge qui est particulièrement en mesure de prendre cette décision et celle-ci doit être guidée par les commentaires précédemment cités, tirés de l'arrêt *Collins*, précité. En outre, comme le note le juge Anderson dans l'arrêt *Jewitt*, précité, note commentée par le juge Vallerand dans l'arrêt *Baxter*, précité, si la reconnaissance de la provocation policière a parmi d'autres avantages celui de l'élaboration de normes de comportement pour l'État, il est essentiel que les décisions en matière de provocation policière, particulièrement celles qui accueillent le moyen de défense, soient soigneusement expliquées, afin de servir de guide à l'avenir; le recours au jury ne se prête guère à cela. Par conséquent, j'ai la ferme opinion que la question de la provocation policière doit être résolue par le juge du procès, parce que c'est là une bonne politique.

148. Enfin, je suis d'avis qu'avant qu'un juge se demande s'il y a lieu à suspension d'instance pour cause de provocation policière, il doit être absolument clair que le ministère public s'est déchargé de son fardeau de prouver hors de tout doute raisonnable que l'inculpé a commis tous les éléments essentiels de l'infraction. Si cela n'est pas clair et qu'il y ait un jury, la culpabilité ou l'innocence de l'inculpé doit être établie indépendamment de la preuve qui ne porte que sur la question de la provocation policière. Cela protège le droit de l'inculpé à un acquittement lorsque les circonstances le justifient. Si le jury décide que l'inculpé a commis tous les éléments du crime, il est libre alors au juge de suspendre l'instance pour cause de provocation policière, en refusant de prononcer une déclaration de culpabilité. Il n'est pas nécessaire ni avisé en l'espèce d'aller plus à fond dans les détails de la procédure. Comme la culpabilité ou l'innocence de l'inculpé n'est pas en cause au moment où il est statué sur la prétention de provocation policière, le droit de l'inculpé à un procès par jury garanti par l'al. 11f) de la *Charte* n'est en aucune manière enfreint.

B: À qui revient la charge de la preuve et quelle est sa norme?

149. Dans l'arrêt *Baxter*, précité, le juge Beauregard, tout en décidant que la question de la provocation policière doit être résolue par le jury, n'est pas prêt à conclure que c'est au ministère public que revient la charge de prouver hors de tout doute raisonnable qu'il n'y a pas eu provocation policière. Il dit à cet égard à la p. 414:

...comme l'a montré monsieur le juge Estey dans *Amato*, la provocation policière ne constitue pas réellement une défense au sens classique du mot. Lorsqu'il étudie s'il y a eu provocation policière, le jury ne détermine pas si l'accusé est coupable ou innocent mais il scrute la

conduite de la police pour déterminer si celle-ci a commis un abus de pouvoirs et si partant le ministère public commet un abus de procédures. J'accepterais difficilement que le ministère public puisse être empêché de poursuivre une affaire à moins que l'abus qu'on lui impute ne soit établi par une preuve prépondérante.

150. Dans l'affaire *Gingras*, précitée, bien qu'une procédure en deux étapes, mettant en scène le jury puis le juge, ait été adoptée, à l'un comme à l'autre stade, c'est à l'inculpé qu'est revenue la charge de prouver la provocation policière ou l'abus de procédure, par prépondérance des probabilités. Dans un arrêt fort récent, qui accueille l'appel formé par le ministère public contre un acquittement, la Cour d'appel des territoires du Nord-Ouest est arrivée à la conclusion, acceptée par les avocats des deux parties, que le juge du procès n'avait pas appliqué le bon critère en décidant que c'est au ministère public que revenait la charge de prouver hors de tout doute raisonnable qu'il n'y avait pas eu provocation policière (*R. v. Ashoona*, inédit, 19 janvier 1988, inf. (1987), 38 C.C.C. (3d) 163 (C.S.T.N.-O.)) Le juge en chef Laycraft, en son nom et en celui des juges Stratton et Côté, dans un arrêt prononcé oralement et ordonnant un nouveau procès, dit: [TRADUCTION] "Ce n'est pas au ministère public que revient la charge de démontrer hors de tout doute raisonnable qu'il n'y a pas eu provocation policière. Plutôt, c'est à l'inculpé de démontrer, par prépondérance des probabilités, les faits qui entraînent cette constatation."

151. La Cour d'appel du Manitoba paraît avoir laissé la question entière dans son arrêt récent *R. v. Biddulph* (1987), 34 C.C.C. (3d) 544. Dans cette affaire, le juge du procès avait prononcé un acquittement et, d'après la Cour d'appel, comme l'inculpé avait reconnu des faits compatibles uniquement avec la perpétration du crime, le seul fondement de l'acquittement ne pouvait être que le juge du procès n'était pas convaincu de l'absence de provocation policière. La Cour d'appel (les juges O'Sullivan,

Huband et Twaddle) a rendu un verdict de culpabilité parce que les faits, à leur avis, n'étaient pas la prétention de provocation policière. Au sujet de la question de la charge et de la norme de preuve, le juge Twaddle, qui a prononcé l'arrêt de la cour, dit non sans ambiguïté à la p. 546:

[TRADUCTION] Le ministère public n'a pas à prouver l'inexistence d'une provocation policière lorsqu'il n'y a aucune preuve que l'inculpé ait pu être provoqué. Il y a une charge de présentation revenant à l'inculpé, qui doit démontrer, à tout le moins, qu'il y a eu des circonstances desquelles on pourrait déduire la provocation policière. Le juge en chef Laskin [...] [dans l'arrêt *Kirzner*, précité, à la p. 501] paraît avoir été d'avis que la charge revient à la personne inculpée, qui doit démontrer la provocation policière par prépondérance de preuve [...] mais il n'est pas nécessaire d'aller aussi loin en l'espèce.

152. Ce commentaire du juge en chef Laskin qui vient d'être mentionné se trouve dans le passage suivant de ses motifs dans l'arrêt *Kirzner*, précité, à la p. 501:

Je ne pense pas que la preuve justifie cette prétention. Dans son exposé, le juge n'a pas défini clairement la provocation policière, mais l'accusé ne peut se plaindre du retrait du moyen de défense fondé sur la provocation policière (à supposer qu'il s'agisse d'une défense, si elle est établie par prépondérance de la preuve) s'il n'y a aucune preuve à l'appui de ce moyen. [Je souligne.]

153. Dans l'arrêt *Jewitt*, précité, le juge Anderson est d'avis que l'inculpé ne devrait pas avoir la charge de la preuve par prépondérance. Les motifs de sa conclusion sont donnés dans le passage suivant de son opinion, aux pp. 220 et 221:

[TRADUCTION] En ce qui concerne la charge de la preuve, je suis d'opinion que l'inculpé ne devrait pas être requis d'établir la défense de provocation policière par prépondérance de preuve. Le ministère public n'est pas, comme m'invite à le dire l'avocat de la défense, requis de prouver ce qui n'est pas. La charge de présentation revient à l'inculpé en ce sens qu'il doit offrir des preuves, par le contre-interrogatoire des témoins du ministère public ou par témoignage direct, qui permettent au juge des faits de conclure que l'inculpé a été illicitement provoqué ou qu'il existe un doute raisonnable qu'il l'a été. La charge de l'inculpé n'est pas différente, par exemple, de celle imposée dans le cas d'autres défenses, telles la contrainte, la légitime défense, l'ivresse, etc., où l'inculpé profite de tout doute raisonnable.

L'avocat du ministère public a proposé que la charge ici soit la même que celle de l'inculpé qui plaide l'aliénation mentale. Il y a une source légale dans ce cas: voir par. 16(4) du Code, ainsi conçu:

"(4) Jusqu'à preuve du contraire, chacun est présumé être et avoir été sain d'esprit."

Une consultation des dispositions du Code montre que, lorsque le législateur a jugé bon d'imposer à l'inculpé une charge spéciale, il l'a dit en termes clairs: voir, par exemple, al. 237(1)a) du Code.

Le juge Anderson note aussi qu'éventuellement la *Charte* pourrait être mise en cause si la charge de la preuve devait ne pas revenir au ministère public, et il estime que l'inculpé qui a gain de cause quand il fait valoir qu'il y a eu provocation policière a droit à un acquittement, par opposition à une suspension.

154. Je suis arrivé à la conclusion qu'imposer à l'inculpé la charge de prouver par prépondérance des probabilités que la conduite de l'État constitue un abus de procédure pour cause de provocation policière n'est pas incompatible avec l'exigence que le ministère public prouve la culpabilité de l'inculpé hors de tout doute raisonnable. Je le répète: la culpabilité ou l'innocence de l'inculpé ne sont pas en cause. L'inculpé n'a rien fait qui lui donne droit à un acquittement; le ministère public a toutefois eu une conduite qui l'empêche d'obtenir une déclaration de culpabilité. C'est ce qu'a fait valoir le juge en chef Dickson dans l'arrêt *Jewitt*, précité, dans un passage mentionné précédemment. Cette Cour, dans l'arrêt *Jewitt*, et plus récemment dans l'arrêt *R. c. Keyowski*, [1988] 1 R.C.S. 657, a confirmé qu'un tribunal ne peut prononcer une suspension pour abus de procédure que dans les "cas les plus manifestes" (*Jewitt*, précité, à la p. 137; *Keyowski*, précité, à la p. 659). Il est évident quant à moi qu'exiger d'un inculpé qu'il ne soulève qu'un doute raisonnable est totalement incompatible avec une règle qui autorise une suspension uniquement dans les "cas les plus manifestes". Plus fondamentalement, la prétention de provocation policière est une allégation très grave faite contre l'État. L'État doit pouvoir jouir d'une marge de manœuvre considérable afin d'élaborer des techniques qui puissent l'aider à combattre le crime dans la société. Ce n'est que lorsque la police et ses agents ont une conduite qui porte atteinte aux valeurs fondamentales de la société que la doctrine de la provocation policière peut entrer en jeu. Imposer un fardeau plus léger à l'inculpé aurait pour résultat d'entraver inutilement l'action de l'État contre le crime. À mon avis, la meilleure façon d'établir un équilibre entre les intérêts du tribunal, gardien de l'administration de la justice, et les intérêts de la société dans la prévention et le dépistage du crime, est d'obliger l'inculpé à démontrer par prépondérance de preuve que la poursuite constitue un abus de procédure pour cause de provocation policière. Je rappelle que cela est conforme aux règles régissant les demandes fondées sur le par.

24(2) (*Collins*, précité, à la p. 277), où la question générale en cause est semblable à celle soulevée dans les affaires de provocation policière: l'administration de la justice serait-elle déconsidérée?

155. Avant de me tourner vers la présente espèce, je voudrais commenter l'exigence énoncée dans l'arrêt *Amato*, précité, qu'"[e]n définitive, cette machination doit dans tous les cas être si révoltante et si indigne qu'elle ternit l'image de la justice" (à la p. 446, souligné dans l'original). Je préfère, à y repenser, reprendre les termes du juge en chef Dickson dans l'arrêt *Jewitt*, précité, et dire que la défense de provocation policière ne doit être reconnue que dans les "cas les plus manifestes". La démarche exposée dans les présents motifs devrait fournir à un tribunal la norme nécessaire pour juger la machination en cause. Lorsque l'inculpé a démontré que la stratégie utilisée par la police dépasse les bornes décrites antérieurement, l'absolution judiciaire donnée à la poursuite offusquerait, par définition, la société. Il n'est pas nécessaire d'aller plus loin ni de se demander si la provocation policière démontrée "révolterait" la société, puisque l'inculpé a déjà montré que l'administration de la justice est déconsidérée.

156. En conclusion, c'est à l'inculpé que revient la charge de démontrer que la conduite de la police a dépassé les bornes de l'acceptable à un point tel que permettre à la poursuite de suivre son cours ou prononcer une déclaration de culpabilité équivaudrait à un abus de la procédure judiciaire de la part de l'État. C'est là une question mixte de droit et de fait et elle doit être résolue par le juge du procès. Une suspension ne doit être prononcée que dans les "cas les plus manifestes" uniquement.

157. Pour décider si la doctrine de la provocation policière doit être appliquée dans le présent pourvoi, cette Cour est limitée au résumé de la preuve fourni par le juge Wetmore dans ses motifs. Je suis d'avis qu'une suspension de procédure devrait être prononcée en l'espèce. Certes, le juge du procès a eu l'avantage d'entendre le témoignage de l'appelant et, normalement, les constatations faites dans les affaires de provocation policière ne devraient pas être modifiées pour cette raison mais, ce qui me préoccupe, c'est qu'en l'espèce on a beaucoup trop insisté sur l'état d'esprit de l'appelant. Auparavant, dans mon résumé des décisions des instances inférieures, j'ai cité un passage des motifs du juge du procès où il dit que le point fondamental en cause est l'état d'esprit de l'appelant et sa propension au crime. Cela explique peut-être pourquoi le juge du procès conclut en disant que l'appelant n'a pas été victime de provocation policière, puisqu'il a agi par esprit de lucre, en voulant profiter de la tractation. Si le juge du procès n'avait été autorisé qu'à évaluer objectivement la conduite de la police, je pense qu'il aurait fort bien pu, et de toute façon, aurait dû arriver à la conclusion que la conduite de la police était assimilable à la provocation policière.

158. Il ressort des faits que la police a eu des soupçons raisonnables que l'appelant commettrait l'infraction. La question est de savoir si les policiers sont allés trop loin dans leurs efforts pour entraîner l'appelant à commettre l'infraction.

159. Revenant à l'énumération des facteurs que j'ai exposés précédemment, ce crime est manifestement un crime pour lequel il faut donner à l'État une marge de manœuvre considérable. Le trafic des stupéfiants ne se prête pas au mécanisme traditionnel d'enquête policière. Il est absolument essentiel, par conséquent, pour les forces policières ou leurs agents de se mêler à ceux qui s'adonnent au trafic ou qui

fournissent les drogues et de gagner leur confiance. C'est aussi un crime aux conséquences sociales énormes, qui cause un dommage considérable à la société en général. Ce facteur, à lui seul, est des plus critiques et rend l'espèce quelque peu difficile.

160. Il ne semble pas toutefois que les policiers aient interrompu une affaire criminelle en cours, et l'infraction a, de toute évidence, été perpétrée à cause de leur conduite et ne se serait pas produite sans leur intervention. Les policiers ne semblent pas avoir exploité l'accoutumance de l'appelant aux stupéfiants puisque, d'après son témoignage il avait déjà abandonné leur usage. Par conséquent, il ne cherchait pas, à l'époque, à échapper à l'accoutumance. Néanmoins, il a aussi déclaré dans son témoignage qu'il n'était plus mêlé aux affaires de drogues et, si cela est vrai, cela laisse entendre que les policiers essayaient vraiment de faire reprendre à l'appelant son ancien style de vie. La persistance des demandes policières, résultant des refus également persistants de l'appelant, corrobore sa version sur ce point. La durée de l'opération, environ six mois, et la répétition des demandes avant que l'appelant ne consente à commettre l'infraction démontrent aussi que les policiers n'ont pu se contenter de fournir à l'appelant une occasion et ont dû aller plus loin quand il devint évident qu'il ne voulait pas se joindre à ce présumé gang de trafiquants de drogues.

161. Le facteur le plus important et le plus décisif est peut-être le témoignage de l'appelant, que l'indicateur, lorsqu'ils allèrent faire une promenade dans les bois, s'est montré menaçant, et aussi cet autre aspect de son témoignage, qu'on lui a dit de se décider une fois pour toutes, après qu'il n'eut pas fourni les drogues demandées. J'estime que cette conduite est inacceptable. Si les forces de police ont dû aller aussi loin, elles ne se sont plus contentées de fournir à l'appelant une occasion.

Je n'attache donc pas une grande importance au fait que l'appelant a finalement commis l'infraction lorsqu'on lui eut montré l'argent. Manifestement l'appelant a su bien avant cela qu'il pouvait réaliser un profit dans le commerce de la drogue, mais il refusait toujours. Je suis arrivé à la conclusion qu'une personne ordinaire, dans la situation de l'appelant, aurait pu aussi commettre l'infraction, ne serait-ce que pour satisfaire enfin l'indicateur menaçant et rompre tout contact. Par conséquent, je suis obligé, compte tenu de la preuve, de constater que la conduite de la police en l'espèce était inacceptable. Par conséquent, la doctrine de la provocation policière s'applique et interdit de poursuivre l'appelant. À mon avis, l'appelant s'est déchargé du fardeau de la preuve qui lui revenait et le juge du procès aurait dû prononcer une suspension d'instance pour cause d'abus de procédure.

162.                   Je suis d'avis, en conséquence, d'accueillir le pourvoi, d'annuler la déclaration de culpabilité de l'appelant, d'ordonner un nouveau procès et de prononcer une suspension d'instance.

*Pourvoi accueilli.*

*Procureur de l'appelant: Sydney B. Simons, Vancouver.*

*Procureur de l'intimée: Frank Iacobucci, Ottawa.*