

Article

« La gradation de la culpabilité morale et des formes de risque de préjudice dans le cadre de la répression de la tentative »

Pierre Rainville

Les Cahiers de droit, vol. 37, n° 4, 1996, p. 909-970.

Pour citer cet article, utiliser l'information suivante :

URI: <http://id.erudit.org/iderudit/043414ar>

DOI: 10.7202/043414ar

Note : les règles d'écriture des références bibliographiques peuvent varier selon les différents domaines du savoir.

Ce document est protégé par la loi sur le droit d'auteur. L'utilisation des services d'Érudit (y compris la reproduction) est assujettie à sa politique d'utilisation que vous pouvez consulter à l'URI <https://apropos.erudit.org/fr/usagers/politique-dutilisation/>

Érudit est un consortium interuniversitaire sans but lucratif composé de l'Université de Montréal, l'Université Laval et l'Université du Québec à Montréal. Il a pour mission la promotion et la valorisation de la recherche. Érudit offre des services d'édition numérique de documents scientifiques depuis 1998.

Pour communiquer avec les responsables d'Érudit : info@erudit.org

La gradation de la culpabilité morale et des formes de risque de préjudice dans le cadre de la répression de la tentative*

Pierre RAINVILLE**

Le présent article s'emploie d'emblée à redonner à la notion de risque de préjudice sa juste place dans l'analyse de l'infraction de tentative. L'auteur s'intéresse premièrement aux liens unissant l'incrimination de la tentative à la notion de risque de préjudice. Il sonde ensuite les fondements de la distinction entre l'acte préparatoire et le commencement d'exécution. Il en dégage deux principes directeurs. La répression de la tentative varie normalement en fonction de la nature du risque de préjudice projeté par l'inculpé ; elle tient ensuite compte, dans une moindre mesure, du degré véritable d'appréhension de ce risque.

L'analyse porte, dans un deuxième temps, sur les mécanismes d'évaluation du degré de culpabilité morale du prévenu. Le droit pénal fait de l'intensité de la culpabilité morale de l'accusé un préalable à sa condamnation. Le droit s'est donné deux formes de contrôle : le commencement d'exécution et le particularisme de l'élément mental de la tentative. Selon l'auteur, la distinction entre les actes préparatoires et le commencement d'exécution n'a pas pour principal objet de s'assurer de l'existence d'un dessein illicite de la part du prévenu. Elle a avant tout pour rôle de vérifier la détermination de l'accusé à accomplir ce dessein. Le droit procède à un examen du degré de culpabilité morale de l'accusé par l'intermédiaire du commencement d'exécution. Il est dès lors erroné de prétendre que l'élément mental est d'une plus grande importance que l'élément matériel en matière de tentative.

* L'auteur tient à remercier sa collègue, Gisèle Côté-Harper, pour ses précieux commentaires à propos d'un texte à l'origine du présent article.

** D. Phil. (Oxford). Professeur, Faculté de droit, Université Laval.

La dernière partie du texte intègre les notions précédentes dans le contexte de l'infraction impossible à perpétrer. La culpabilité morale élevée du prévenu n'appelle pas, à elle seule, l'intervention du droit criminel. La notion de risque de préjudice demeure, là encore, fondamentale. Le préjudice projeté par l'accusé doit être de ceux que le droit interdit déjà. Aussi importe-t-il de ne pas confondre l'infraction irréalisable et l'infraction inexistante.

This article first investigates the theoretical and practical relationship between the law of attempts and the risk of prejudice. The author studies the links between the prohibition of attempts and the nature of the contemplated risk of prejudice. He then scrutinizes the foundations of the legal distinction between preparatory acts and the actus reus of attempts. Two conclusions emerge from this analysis. The punishment of attempts is normally grounded upon the seriousness of the risk of prejudice envisaged by the accused; it is also dependent, albeit to a more limited extent, upon the actual degree of apprehension of that risk materializing.

This text then examines the methods of evaluating the level of moral guilt of the accused. The significance of the level of turpitude is a precondition to the accused's guilt. Criminal law has instituted two methods of assessing this degree of moral guilt. The first method lies in the distinction between acts of preparation and acts of perpetration. According to this article, the primary end of distinguishing between preparatory acts and the actus reus of attempts is not to secure evidence of the accused's illicit purpose; it is instead to ascertain the accused's firmness of purpose. The law thus proceeds with an examination of the actual degree of moral guilt through the actus reus test; it is therefore misleading to assert that the mental element is far more important than the actus reus in the law of attempts. The distinct definition ascribed to mens rea in the field of attempts is in fact criminal law's second method of gauging whether the accused has the requisite level of moral guilt.

The last part of this text examines the validity of these conclusions as regards impossible attempts. The elevated degree of turpitude required of the accused does not call in and of itself for penal sanctions. The notion of prejudice retains its central importance here as well. The accused's guilt depends on whether or not the contemplated prejudice is already sanctioned by criminal law. Hence the need to differentiate between unattainable offences and inexistent ones.

	<i>Pages</i>
1. L'évaluation de la nature du risque de préjudice	913
1.1 L'incrimination de la tentative en droit criminel.....	914
1.1.1 Le critère de la gravité du crime	914
1.1.2 Le critère de la gravité du comportement	916
1.1.2.1 L'absence d'acte illégal	916
1.1.2.2 Le comportement implicitement permis par la loi pénale	917
1.1.2.3 La tentative de complot.....	918
1.1.2.4 La tentative d'incitation	920
1.2 L'incrimination de la tentative en droit pénal réglementaire.....	921
2. L'évaluation du degré de risque de préjudice	923
2.1 L'intensité du risque de préjudice et les actes préparatoires.....	924
2.2 L'intensité du risque de préjudice et le commencement d'exécution	926
2.2.1 Les principes généraux relatifs à la détermination du commencement d'exécution	928
2.2.2 Le temps, le lieu et les actes restés inaccomplis de la part de l'inculpé..	929
2.2.3 L'évaluation du degré de culpabilité morale de l'accusé et du danger de sa conduite.....	931
2.2.4 Conclusion.....	937
2.3 Le désistement	937
3. L'évaluation du degré de culpabilité morale de l'accusé	942
3.1 L'intensité de la culpabilité morale au regard du commencement d'exécution.	943
3.2 L'intensité de la culpabilité morale au regard du particularisme de l'élément mental de la tentative	943
3.2.1 Les infractions de négligence et de responsabilité absolue	944
3.2.2 L'intoxication volontaire.....	947
3.2.3 La plaisanterie.....	948
3.2.4 L'homicide involontaire coupable	948
3.2.5 L'insouciance	949
3.2.5.1 L'indifférence par rapport aux conséquences.....	949
3.2.5.2 L'indifférence par rapport aux circonstances	953
4. La tentative de commettre l'impossible	954
4.1 L'infraction irréalisable	955
4.1.1 L'impossibilité et la notion de fardeau de preuve.....	955
4.1.2 L'impossibilité et la notion de moyen de défense.....	956
4.1.3 L'impossibilité et la notion de risque de préjudice.....	957
4.1.4 L'impossibilité et la notion de commencement d'exécution	959
4.1.5 L'impossibilité et la notion de <i>mens rea</i>	960
4.2 L'infraction inexistante	963
Conclusion	967

*Enfin votre scrupule est facile à détruire :
 Vous êtes assurée ici d'un plein secret,
 Et le mal n'est jamais que dans l'éclat qu'on fait ;
 Le scandale du monde est ce qui fait l'offense,
 Et ce n'est pas pécher que pécher en silence.*

MOLIÈRE, *Le Tartuffe*, acte IV, scène v.

Ces paroles rassurantes de Tartuffe à Elmire recèlent deux vérités propres au droit plus encore qu'au théâtre. De simples pensées malveillantes ne valent point condamnation : les procès d'intention intéressent parfois les planches mais non le parquet.

Une seconde vérité émane des propos de Tartuffe : la répression traduit normalement l'appréhension d'un mal. Ce rappel concerne, au premier chef, l'infraction de tentative. Il est par trop facile d'évacuer, en ce domaine, la notion de risque de préjudice. Le propre du crime de tentative est de sévir en présence d'une infraction avortée. Le dessein illicite du prévenu ne s'est pas concrétisé et le péril a été dès lors évité. Le crime de tentative sanctionne somme toute l'insuccès de l'accusé. Peu s'en faut pour que l'on croie que la notion même de risque de préjudice ne présente aucun intérêt dans l'examen de la répression de la tentative. Or, notre article se propose de restituer au concept de risque de préjudice sa juste place dans l'analyse de la tentative. Deux principes directeurs se dégagent de notre étude. La répression de la tentative varie normalement en fonction de la nature du risque de préjudice projeté par l'accusé¹ ; elle tient ensuite compte, dans une moindre mesure, du degré réel d'appréhension de ce risque².

La répression de la tentative ne s'attarde pas uniquement sur la nature et l'intensité du risque de préjudice. Elle se fonde également sur l'intensité de la culpabilité morale du prévenu. Contrairement à ce que peut indiquer le libellé de l'article 24 (1) C.cr., l'élément mental de la tentative ne se résume pas à la présence d'une intention illicite³. L'article 24 (2) C.cr. pose comme condition supplémentaire la preuve du commencement d'exécution de l'infraction. Ce faisant, le droit exige en réalité la preuve d'une « volonté de

1. *Infra*, pp. 913-923.

2. *Infra*, pp. 923-937.

3. *Code criminel*, L.R.C. (1985), c. C-46 (ci-après cité : « C.cr. »), art. 24 : « (1) Quiconque, ayant l'intention de commettre une infraction, fait ou omet de faire quelque chose pour arriver à son but est coupable d'une tentative de commettre l'infraction, qu'il fût possible ou non, dans les circonstances, de la commettre. (2) Est une question de droit la question de savoir si un acte ou une omission par une personne qui a l'intention de commettre une infraction est ou n'est pas une simple préparation à la perpétration de l'infraction, et trop lointaine pour constituer une tentative de commettre l'infraction. »

persévérance » de la part de l'inculpé. La détermination de la culpabilité du prévenu varie donc en fonction de l'intensité de sa culpabilité morale⁴.

Le présent texte analyse, dans un premier temps, la gradation des formes de risque de préjudice sous-tendant l'infraction de tentative; il procède ensuite à l'examen de la gradation de la culpabilité morale du prévenu. La dernière partie intègre ces notions dans le contexte de l'infraction impossible à perpétrer.

1. L'évaluation de la nature du risque de préjudice

La première partie de notre texte porte sur les liens existant entre l'incrimination de la tentative et la nature du risque de préjudice *projeté* par l'inculpé. La répression de la tentative dépend-elle de la nature du risque projeté? L'incrimination de la tentative est-elle subordonnée à la gravité de ce risque?

L'incrimination de la tentative dépend initialement du principe de la légalité. La répression de la tentative ne saurait se faire sans texte de loi⁵. Cela dit, l'examen empirique de la législation permet une première constatation : la répression de la tentative se fonde normalement sur la gravité de l'infraction envisagée par l'accusé. Voilà pourquoi la tentative constitue systématiquement une infraction incluse en matière criminelle⁶, alors qu'il en va tout autrement dans le domaine pénal provincial. La répression de la tentative est de principe en matière criminelle; la tentative échappe, au contraire, à la répression générale en matière réglementaire provinciale⁷. Autrement dit, l'incrimination de la tentative s'explique en partie⁸ par la gravité du comportement projeté par l'accusé⁹. Or, tenir compte de la gravité de l'infraction projetée revient à tenir compte de la nature du risque de préjudice en cause.

L'utilité première du critère de la gravité du risque de préjudice est donc d'expliquer le champ de la répression de la tentative. Un texte

4. *Infra*, pp. 931-937 et 942-954.

5. C.cr., art. 9 et *Charte des droits et libertés de la personne*, L.R.Q., c. C-12, art. 37.

6. C.cr., art. 660 : « Lorsque la consommation d'une infraction imputée n'est pas prouvée, mais que la preuve établit une tentative de commettre l'infraction, l'accusé peut être déclaré coupable de la tentative. » Cf. les précisions supplémentaires de l'article 662 (1) b) C.cr.

7. *Infra*, pp. 921-923.

8. La répression de la tentative en matière fédérale réglementaire ne se fonde pas, à première vue, sur le critère de la gravité du risque de préjudice. La tentative d'enfreindre toute loi fédérale paraît prohibée en raison de l'article 34 (2) de la *Loi d'interprétation*, L.R.C. (1985), c. I-21 : *infra*, p. 921-922.

9. Cette question est approfondie *infra*, section 1.2.

d'incrimination de portée générale interdit la tentative en matière criminelle¹⁰, alors qu'aucun texte de la sorte n'existe dans le domaine pénal provincial¹¹.

L'utilité seconde du critère de la gravité du risque de préjudice concerne l'interprétation même du texte d'incrimination. Les doutes entourant la portée des articles 24 et 463 C.cr. doivent se résoudre en tenant compte de la nature du risque de préjudice en cause. Par exemple, la tentative de complot est-elle réprimée en droit canadien ? La tentative de commettre un crime prévoyant une peine minimale d'emprisonnement constitue-t-elle une infraction ? Voilà autant de questions qui nécessitent, selon nous, un examen approfondi de la gravité du risque de préjudice en question. Elles sont abordées dans cette optique dans la partie qui suit.

1.1 L'incrimination de la tentative en droit criminel

1.1.1 Le critère de la gravité du crime

Il est deux façons de punir la tentative. La première consiste à en faire un crime autonome¹². C'est la solution que retiennent les articles 24 et 463 C.cr. : ils font de la tentative une infraction distincte comportant une peine particulière.

La deuxième méthode consiste à fondre la tentative et l'infraction consommée en un seul et même crime. Le législateur emploie occasionnellement cette technique législative¹³. Le vol qualifié en est un exemple. L'article 343 c) C.cr. donne une définition élargie du vol qualifié destinée à recouper des cas de tentative. Est coupable de vol qualifié quiconque « se livre à des voies de fait sur une personne avec l'intention de la voler ». Cette technique législative présente un intérêt en ce qui touche la peine. L'auteur d'un vol qualifié au sens de l'article 343 c) C.cr. se voit assujéti à la même peine que s'il avait réussi à détrousser sa victime.

Ces cas font toutefois figure d'exception. Le *Code criminel* canadien considère normalement la tentative comme une infraction moins grave que l'infraction consommée : il lui réserve une peine généralement inférieure comme le précise l'article 463 C.cr. Le législateur canadien affiche donc une certaine clémence à l'endroit des criminels bredouilles. L'atténuation de la peine vient traduire l'absence de préjudice actualisé. D'autres législateurs occidentaux ont pourtant renoncé à ce traitement de faveur relatif. L'An-

10. Cf. C.cr., art. 24, 463, 660 et 662 (1) b).

11. L'état du droit provincial québécois et ontarien est abordé *infra*, section 1.2.

12. Cette autonomie demeure somme toute relative : il n'est de tentative que si le crime projeté existe bel et bien en droit canadien : *infra*, section 4.2.

13. Cf. notamment C.cr., art. 123 (2), 212 (1) a), 265 (1) b), 346 (1) et 368 (1) b).

gleterre et la France sont au nombre des nations ayant refusé récemment d'accorder une réduction immédiate de la peine en matière de tentative¹⁴.

Le législateur canadien indique par contre l'importance qu'il accorde à la gravité du crime projeté par l'accusé. L'article 463 C.cr. en fait même le critère de référence quant au calcul de la peine de la tentative. En effet, si l'infraction consommée représente un acte criminel passible d'un emprisonnement à perpétuité, celui qui tente en vain de la commettre se verra imposer un emprisonnement maximal de quatorze ans. L'accusé qui tente sans succès de commettre un acte criminel prévoyant une peine d'emprisonnement maximale de 14 ans devient « coupable d'un acte criminel et passible d'un emprisonnement égal à la moitié de la durée de l'emprisonnement maximal encouru par une personne coupable de cet acte ». Enfin, s'il s'agit d'une tentative de commettre une infraction punissable sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire, la personne qui tente de commettre une telle infraction se rend à son tour coupable d'une infraction punissable sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire. Le législateur se veut catégorique : le calcul de la peine se fait en fonction de la gravité du crime envisagé par l'accusé.

Aussi est-on fondé de s'étonner du raisonnement énoncé dans l'affaire *Mitchell, Farrell and Wright*. Ce jugement antérieur à la Charte¹⁵ s'est prononcé sur la sanction à imposer à l'occasion d'une tentative de commettre une infraction comportant une peine minimale. Les accusés faisaient face à une accusation de tentative d'importation de stupéfiants. Le tribunal les relâcha pour deux motifs. Tout d'abord, ni la *Loi sur les stupéfiants* ni le *Code criminel* ne traitent de la tentative d'importation de stupéfiants. Cet argument n'est guère probant. Les articles 660 du Code et 34 (2) de la *Loi d'interprétation*¹⁶ permettaient de conclure à l'existence juridique de la tentative d'importation. Le deuxième argument du tribunal n'a rien d'irréfutable non plus. L'importation de stupéfiants comporte une peine minimale de sept ans d'emprisonnement et une peine maximale d'incarcération à vie. Selon le magistrat, l'article 463 C.cr. relatif à la tentative n'indique pas que faire lorsque l'infraction projetée comporte une peine minimale. Il s'agit

14. Cf. *Criminal Attempts Act 1981* (R.-U.), 1981, c. 47, art. 4 (1); l'article 121-4 du Code pénal français de 1994 (ci-après cité : « C. pén. ») et les propos de F. DESPORTES et F. LE GUNEHÉC, *Le nouveau droit pénal*, t. 1, « Droit pénal général », Paris, Economica, 1996, pp. 345-346.

15. *R. c. Mitchell, Farrell and Wright*, (1975) 25 C.C.C. (2d) 55 (C.P. Ont.). La légalité d'une peine minimale d'emprisonnement doit désormais s'analyser à la lumière de la *Charte canadienne des droits et libertés*, partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982* [annexe B de la *Loi sur le Canada* (1982, R.-U., c. 11)]. Cf. notamment *R. c. Smith (Edward Dewey)*, [1987] 1 R.C.S. 1045 et *R. c. Brown*, [1994] 3 R.C.S. 749.

16. *Loi d'interprétation*, précitée, note 8. Cf. notre texte *infra*, p. 921-922.

là, selon nous, d'un faux problème. L'existence d'une peine *minimale* pour le trafic de stupéfiants n'avait aucune importance. L'article 463 C.cr. détermine la sanction de la tentative en fonction de la peine *maximale* rattachée à l'infraction projetée. Il fallait donc s'en tenir à la peine maximale en matière de trafic de stupéfiants. Elle consiste en l'emprisonnement à perpétuité. La peine pour une tentative d'importation aurait donc dû être, aux termes de l'article 463 a) C.cr., un emprisonnement d'au plus 14 ans. Aucune peine minimale ne pouvait par ailleurs être imposée. L'article 463 C.cr. ne retient pas cette forme de sanction¹⁷; et la tentative est une infraction distincte du crime projeté.

La décision *Mitchell, Farrell and Wright* a pour résultat fort singulier de laisser impunies les tentatives de commettre les infractions les plus dangereuses, c'est-à-dire celles qui comportent une peine minimale d'emprisonnement. C'est aller exactement à rebours de la raison d'être de l'infraction de tentative. La tentative est toujours réservée aux infractions les plus sérieuses, tandis que les délits les moins graves ne comportent pas d'infraction incluse de tentative¹⁸. L'affaire *Mitchell, Farrell and Wright* illustre le contresens qui consiste à vouloir tracer les contours du crime de tentative sans s'attarder sur la nature du risque de préjudice en jeu.

1.1.2 Le critère de la gravité du comportement

La partie précédente a porté sur les liens entre l'incrimination de la tentative et la gravité de l'infraction *projetée* par l'accusé. La partie suivante traite des liens entre l'incrimination de la tentative et la gravité du comportement *déjà* adopté par l'accusé : dans quelle mesure la gravité du comportement de l'inculpé permet-elle de conclure ou non à l'existence d'une tentative ? L'importance normative du critère de la gravité de la conduite du prévenu apparaîtra au cours des prochains développements.

1.1.2.1 L'absence d'acte illégal

L'élément matériel de la tentative n'a pas à consister en un acte illégal ni même répréhensible¹⁹. Un geste anodin, telle l'offre d'une promenade en

17. C.cr., art. 6 b).

18. Cf. notre examen du droit pénal provincial *infra*, section 1.2.

19. R. c. *Ancio*, [1984] 1 R.C.S. 225, 247-248 : « [...] comme le crime de tentative peut être complet sans la perpétration d'aucune autre infraction et même sans l'accomplissement d'un acte illégal en soi, il est très clair que l'élément criminel de l'infraction de tentative peut résider uniquement dans l'intention. Comme l'a fait remarquer Glanville Williams [...] : « Il n'est pas nécessaire qu'un *actus reus* ... soit un crime indépendamment de l'état d'esprit. Il n'est même pas nécessaire qu'il constitue un délit (*tert*), une faute morale ou un méfait social. » ; R. c. *Cline*, (1956) 115 C.C.C. 18, 28-29 (C.A. Ont.).

forêt faite à un enfant, peut se muer en tentative s'il s'accompagne de la volonté de perpétrer une agression sexuelle une fois rendu à l'abri des regards²⁰.

La règle jurisprudentielle voulant qu'un acte répréhensible ne soit pas obligatoire est éminemment souhaitable malgré les réticences de certains. Les auteurs Mewett et Manning paraissent trouver à redire pour des raisons constitutionnelles guère concluantes. Ils craignent notamment que les tribunaux ne condamnent davantage en fonction des pensées que de la conduite d'un individu²¹. À notre avis, la jurisprudence a raison de ne pas exiger, à tout coup, la présence d'un acte répréhensible en soi. L'absence d'acte ostensiblement répréhensible de la part de l'accusé peut avoir précisément pour but de mieux déjouer la vigilance de la victime visée. L'exemple précité de la balade en forêt l'illustre bien ; l'accusé adopte un comportement anodin de façon à ne pas éveiller les soupçons de sa victime²². L'accusé n'a fait que *dissimuler* la gravité de son geste ; la dangerosité de sa conduite n'en est pas moins réelle. Les règles du droit pénal se doivent, du reste, de tenir compte des astuces des criminels ; il leur faut, dès lors, savoir faire échec à un mal délibérément latent.

1.1.2.2 Le comportement implicitement permis par la loi pénale

L'élément matériel de la tentative n'a donc pas à revêtir la forme d'un acte *interdit*. Il ne pourra, par contre, consister en un comportement *permis* expressément ou implicitement par la législation pénale elle-même. L'article 24 C.cr. ne doit pas être dénaturé au point d'étendre outre mesure la répression. Il importe toujours de s'interroger sur l'intention du législateur. La conduite de l'accusé qui serait implicitement permise par la législation pénale ne saurait donner lieu à une poursuite pour tentative : elle ne présente plus alors le degré de gravité voulu pour faire encourir une quelconque sanction.

L'impunité de certains comportements s'infère de la loi. Le libellé d'une infraction indique parfois indirectement la volonté du législateur de laisser impunis d'autres comportements. Certaines infractions sont formulées de telle manière qu'il est manifeste que le législateur juge inopportun de sévir lorsque la conduite demeure en marge de l'infraction décrite au Code.

20. À rapprocher de *R. c. Cline*, précité, note 19.

21. A.W. MEWETT et M. MANNING, *Mewett & Manning on Criminal Law*, 3^e éd., Toronto, Butterworths, 1994, pp. 310-311.

22. Cf. aussi les faits de l'affaire *R. c. Cline*, précitée, note 19.

Il en est ainsi des cas de harcèlement criminel énoncés aux articles 264 (2) a) et b) C.cr. L'article 264 (2) a) défend de suivre une personne « de façon répétée » et l'alinéa b) interdit de harceler un individu par des communications « de façon répétée ». La volonté du législateur d'exiger des incidents répétés manifeste son intention de ne pas sévir en présence d'un événement isolé²³. Partant, l'accusé à qui il n'est reproché qu'un seul geste ne pourra se voir reconnaître coupable de tentative de harcèlement criminel²⁴.

Le législateur a tracé le seuil de l'illicite ; il ne convient pas de le déplacer à l'encontre de sa volonté. Voilà aussi pourquoi il n'existe point, en droit canadien, de crime de tentative de complot.

1.1.2.3 La tentative de complot

Le complot nécessite la formation d'une entente en vue de commettre une infraction criminelle²⁵. Un véritable concours de volontés est obligatoire : les tribunaux refusent de voir un complot en présence de simples pourparlers, de simples discussions. À ce stade des échanges, la volonté de commettre une infraction peut paraître encore trop hypothétique pour justifier toute sanction²⁶. On comprend alors d'autant la conclusion de l'arrêt *Dungey* comme quoi il n'existe pas, en droit canadien, d'infraction de « tentative de complot²⁷ ». Dans ce cas, l'avocat *Dungey* avait déjà touché une partie de ses honoraires. Insatiable, *Dungey* voulut apparemment se faire payer en double et demanda à son client de préparer une demande à l'aide juridique. Ce dernier refusa de se prêter à ce stratagème. *Dungey* ne pouvait donc être reconnu coupable de complot faute d'entente avec son client ; et ses actes étaient trop embryonnaires pour constituer une tentative de fraude à l'endroit de l'aide juridique. La question posée à la Cour d'appel fut de savoir si l'inculpé pouvait se voir reconnaître coupable de tentative

23. Il n'est ici question que des alinéas a) et b) de l'article 264 (2) C.cr. La conduite visée à l'alinéa d) n'exige vraisemblablement pas d'actes répétés.

24. « Either the conduct of the accused is sufficient to satisfy s. 264 or it is not. If [it] is not as I have found then one of the essential elements for a conviction under s. 264 is lacking (the element of repeatedly) and so s. 24 can have no application » : *R. c. Henson*, (1994) 24 W.C.B. (2d) 311 (C. Ont., div. prov.), au sujet de l'article 24 C.cr. de pair avec les articles 264 (2) a) et b) C.cr.

25. C.cr., art. 465.

26. À titre d'exemple, cf. *R. c. Sauvageau*, J.E. 97-24 (C.Q.) et *Lessard c. La Reine*, C.A. (Québec), n° 200-10-000029-806, 12 juillet 1982 (jj. Owen, Lajoie et Bisson).

27. Le pénaliste Alan D. Gold croyait toutefois en l'existence, en droit canadien, du crime de tentative de complot : A.D. GOLD, « Assaults, Invitations and Attempted Assaults », (1971) 17 *C.R.n.s.* 265, 282.

de complot. La Cour d'appel ontarienne jugea qu'aucune infraction de la sorte n'existe en droit canadien²⁸.

Le complot constitue généralement une étape qui précède la tentative de commettre une infraction²⁹. En réprimant le complot, le législateur se trouve à devancer son intervention en raison du danger accru que présentent les associations de malfaiteurs. Vouloir faire de la tentative de complot un crime reviendrait toutefois à pousser la répression encore plus en amont : cela équivaldrait, de fait, à punir un individu pour avoir tenté de tenter de commettre une infraction (car le complot constitue déjà une étape *antérieure* à la tentative)³⁰. Aussi n'est-il pas surprenant de constater que le droit anglais s'abstient lui aussi de sanctionner la tentative de complot³¹.

Le législateur canadien a, du reste, tracé soigneusement les confins de la répression. Chaque infraction dite inchoative se justifie par la gravité de la conduite de l'accusé. L'instigateur est puni en raison de son degré élevé de culpabilité morale : comme le précise l'article 22 (3) C.cr., l'instigateur doit s'être employé à « amener et inciter » un tiers à perpétrer un crime. Le complot est réprimé en raison du danger accru que présente un regroupement de malfaiteurs. Et la tentative est sanctionnée à l'article 24 C.cr. à cause du degré supplémentaire de culpabilité morale qui résulte du passage des actes préparatoires au commencement d'exécution : le commencement d'exécution vient en effet témoigner de « la détermination » de l'accusé à réaliser son projet illicite³².

Or la tentative de complot ne présente pas *forcément* la même gravité que les crimes de complot, de tentative ou d'instigation. Songeons à un simple particulier qui reçoit inopinément une offre de complot, l'écoute avec un intérêt indéniable pour ensuite la décliner. Sa culpabilité morale n'est pas équivalente à celle de l'instigateur qui a conçu le projet et tenté de

28. La Cour souligne d'autre part qu'il ne lui incombe pas de trancher la question de savoir si Dungey s'est rendu coupable du crime d'instigation prévu par l'article 464 C.cr.

29. En guise d'illustration, cf. *R. c. Valois*, [1986] 1 R.C.S. 278, 282-283 ; *Rousseau c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 38, 42.

30. Cf. *R. c. Dungey*, (1979) 51 C.C.C. (2d) 86 (C.A. Ont.). La Cour s'abstient toutefois de trancher la question suivante : « I also leave for further consideration whether there could be an attempt to conspire where the conspiracy is the substantive offence [...] as distinguished from a case such as this where the offence alleged was a conspiracy to commit a further substantive offence » (p. 99). À ce propos, cf. J. FORTIN et L. VIAU, *Traité de droit pénal général*, Montréal, Éditions Thémis, 1982, pp. 342-343.

31. *Criminal Attempts Act 1981*, précité, note 14, art. 1 (4) a). À noter pourtant la position contraire de la Law Commission anglaise qui préconise depuis 1989 d'ériger en infraction la tentative de former un complot : R. CARD, R. CROSS et P.A. JONES, *Criminal Law*, 13^e éd., Londres, Butterworths, 1995, p. 524.

32. Cette thèse est exposée *infra*, pp. 931-937 et 942-943.

s'adjoindre un acolyte. Sa conduite n'a pas la gravité qui résulte de la formation d'un complot. Et sa culpabilité morale sera selon toute vraisemblance inférieure à celle de l'individu parvenu au stade du commencement d'exécution d'un crime. Dans notre exemple, seule la personne ayant proposé la formation du complot pourrait se voir reprocher son geste par le moyen du crime d'instigation de l'article 464 C.cr. ; encore faudra-t-il que sa démarche ait eu suffisamment de vigueur pour correspondre au fait d'« amener et inciter » le destinataire de l'offre à commettre un crime.

Il faut somme toute se rappeler le principe énoncé à l'article 24 (2) C.cr. : exception faite de l'instigation et du complot, le législateur accorde l'impunité aux actes préparatoires. Ceux-ci ne présentent pas, en général, le degré de dangerosité voulu pour la responsabilité criminelle. L'arrêt *Dungey* ne fait, dès lors, que s'en remettre à la volonté du législateur en concluant à l'inexistence de la tentative de complot.

1.1.2.4 La tentative d'incitation

Peut-on raisonner par analogie avec le complot et prétendre que la tentative d'incitation n'existe pas davantage que la tentative de complot ? Voilà qui serait faire fausse route, car l'analogie n'est pas parfaite en tout point.

Albert écrit à Berthe afin de la presser d'incendier la maison de Claude. La police intercepte la lettre en question avant sa réception. Supposons qu'Albert ne puisse être condamné d'avoir conseillé Berthe puisque celle-ci n'a jamais eu connaissance du contenu de la lettre. Peut-on reprocher à Albert d'avoir tenté d'être l'instigateur d'un crime³³ ? Les auteurs Mewett et Manning répondent par l'affirmative : la tentative d'inciter un tiers à commettre un crime constitue bel et bien une infraction³⁴. Ils ont vraisemblablement raison. Le comportement de l'accusé correspond, dans l'exemple précédent, à celui interdit à l'article 464 C.cr. Si l'infraction de l'article 464 C.cr. n'a apparemment pu être consommée, c'est pour une raison tout à fait indépendante de la conduite de l'accusé : la lettre a été interceptée à temps. Le condamner pour tentative n'équivaut pas, en l'occurrence, à sévir contre un comportement embryonnaire³⁵ : l'accusé a, quant à lui, posé *tous* les gestes qui font de sa conduite un conseil illicite au sens de l'arti-

33. L'infraction de tentative d'instigation existe en droit anglais : R. CARD, R. CROSS et P.A. JONES, *op. cit.*, note 31, p. 512.

34. A.W. MEWETT et M. MANNING, *op. cit.*, note 21, p. 345. Dans le même sens : E. MEEHAN, *The Law of Criminal Attempt—A Treatise*, Calgary, Carswell, 1984, p. 201 ; J. FORTIN et L. VIAU, *op. cit.*, note 30, pp. 340-341.

35. Le crime de tentative d'instigation ne se satisfait d'ailleurs pas d'actes purement préparatoires : R. c. Rowley, [1991] Crim. L.R. 785 (C.A.).

cle 464 C.cr. Une condamnation pour tentative ne paraît donc pas aller à contre-courant de l'intention du législateur.

Le critère de la gravité du comportement de l'accusé nous paraît, du reste, déterminant. L'envoi d'une lettre incitant au crime est un geste proprement répréhensible à la lecture des articles 22 (3) et 464 C.cr. La gravité de ce comportement commande une sanction au dire même du Code ; rien ne s'oppose, dès lors, à en faire une tentative interdite.

Tout autre est la question de savoir si une incitation constitue, en elle-même, une tentative. À titre d'exemple, l'individu conseillant à un tiers de commettre un vol se rend-il, de ce seul fait, coupable de tentative de vol ? Cela revient à se demander si le fait de prodiguer un conseil illicite relève d'un acte préparatoire ou bien d'un commencement d'exécution. La solution prônée par les juristes Mewett et Manning paraît la plus juste³⁶. L'instigation constitue une tentative uniquement si le tiers accède à la proposition de l'instigateur et franchit lui-même l'étape du commencement d'exécution :

In fact, A [l'instigateur] has done nothing, at this stage, towards the *actus reus* of the offence, only the incitement. If, however, B then embarks upon the offence and *his* acts pass beyond mere preparation and becomes [*sic*] an attempt, A would be liable for an attempt by virtue of the operation of s. 21³⁷.

Prétendre que l'instigation constitue toujours une tentative ferait d'ailleurs de l'article 464 C.cr. une infraction carrément superflue.

Par contre, l'instigation pourra parfois équivaloir à une tentative si le crime en cause relève des infractions d'ordre consensuel³⁸. L'article 212 (1) a) C.cr. en offre un exemple. Se rend coupable de proxénétisme quiconque « induit, *tente d'induire* ou sollicite une personne à avoir des rapports sexuels illicites ». Inciter un tiers à avoir des relations sexuelles illicites revient à « tenter de l'induire » à avoir de tels rapports.

1.2 L'incrimination de la tentative en droit pénal réglementaire

L'incrimination de la tentative en matière réglementaire ne présente aucune uniformité. Il convient de distinguer selon qu'il est question de droit pénal fédéral ou provincial.

Les lois pénales fédérales sanctionnent apparemment la tentative. Aux termes de l'article 34 (2) de la *Loi d'interprétation*³⁹, les dispositions du

36. Cf. aussi *R. c. Deutsch*, (1983) 5 C.C.C. (3d) 41, 51 (C.A. Ont.), confirmé par [1986] 2 R.C.S. 2 et *R. c. Gordon and Gordon*, (1937) 79 C.C.C. 315 (C.A. Sask.). *Contra* : *R. c. Lepage*, (1941) 78 C.C.C. 227 (C.S. Qué.).

37. A.W. MEWETT et M. MANNING, *op. cit.*, note 21, pp. 345-346.

38. Comparer : J. FORTIN et L. VIAU, *op. cit.*, note 30, p. 340.

39. *Loi d'interprétation*, précitée, note 8.

Code criminel s'appliquent aux infractions créées par un texte législatif. Les articles 24 et 463 C.cr. seraient donc susceptibles d'opérer dans le contexte réglementaire fédéral⁴⁰. La répression de la tentative en matière de droit fédéral réglementaire ne se fonde pas, à première vue, sur le critère de la gravité du risque de préjudice. La tentative d'enfreindre *toute* loi fédérale paraît prohibée en raison des articles 24 C.cr. et 34 (2) de la *Loi d'interprétation*.

La question se pose fort différemment en matière pénale provinciale⁴¹. L'article 24 C.cr. n'a pas de pendant en droit pénal québécois. De plus, l'article 37 de la Charte québécoise des droits et libertés s'oppose à la condamnation d'un individu « pour une action ou une omission qui, au moment où elle a été commise, ne constituait pas une violation de la loi⁴² ». La présence d'un texte de loi sanctionnant la tentative en toutes lettres s'avère donc indispensable en raison du principe de la légalité. Ou bien la loi pénale provinciale fournit alors une définition de la tentative auquel cas il suffit de s'en remettre. Ou bien elle se contente d'interdire la tentative sans la définir : il convient à ce moment d'interpréter la notion de tentative à la lumière de la common law⁴³.

La tentative est donc systématiquement interdite en matière criminelle, tandis qu'elle ne l'est, au provincial, qu'en présence d'un texte de loi explicite. La répression de la tentative a pour terrain d'élection le domaine criminel — par opposition au domaine réglementaire provincial. Cela ne saurait étonner. L'intervention du droit pénal se justifie en fonction du préjudice appréhendé. Cela est d'autant plus vrai pour la tentative. Le droit se permet d'intervenir hâtivement afin de faire échec à la menace que comporte la conduite de l'accusé. Le péril devra donc être suffisamment sérieux afin de légitimer l'immixtion précoce du droit pénal. Deuxièmement, le préjudice redouté se doit d'être d'autant plus grave qu'il s'agit de reprocher à un individu un comportement demeuré en marge de la conduite

40. G. CÔTÉ-HARPER, A. MANGANAS et J. TURGEON, *Droit pénal canadien*, 3^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1989, p. 369; R. c. *Loewen*, (1996) 32 W.C.B. (2d) 409 (B.R. Man.); R. c. *McNichol*, (1978) 3 W.C.B. 139 (C. cté Ont.). Comparer: D. STUART, *Canadian Criminal Law: A Treatise*, 3^e éd., Scarborough, Carswell, 1995, p. 620.

41. Don Stuart conclut à l'inexistence de la tentative en droit pénal ontarien: D. STUART, *op. cit.*, note 40, p. 621.

42. *Charte des droits et libertés de la personne*, précitée, note 5. Cf. également *Charte canadienne des droits et libertés*, précitée, note 15, art. 11 g).

43. C. PROVOST, « Le complot et les infractions inchoatives », dans *Droit pénal, Cours de la formation professionnelle du Barreau du Québec 1988-1989*, vol. 10, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1988, p. 167, à la page 181; J. FORTIN et L. VIAU, *op. cit.*, note 30, p. 343.

interdite dans le texte d'incrimination. La répression de la tentative se justifie ainsi davantage en matière criminelle qu'en matière réglementaire.

L'état du droit canadien n'est d'ailleurs pas sans rappeler celui de l'Angleterre et de la France. Le droit anglais limite la répression de la tentative aux seuls actes criminels (*indictable offence*) ; mais il se garde, par contre, de punir la tentative de commettre une infraction sommaire (*summary offence*)⁴⁴. Le droit français obéit au même principe. Les infractions sont classées, suivant leur gravité, en crimes, délits et contraventions⁴⁵. C'est cette même gradation qui détermine l'existence ou non de l'infraction de tentative. La tentative d'un crime est toujours punissable ; elle ne l'est, pour les délits, que si le texte d'incrimination le précise ; la tentative de contravention n'est en revanche jamais sanctionnée⁴⁶.

2. L'évaluation du degré de risque de préjudice

La répression de la tentative varie donc normalement en fonction de la nature du risque de préjudice *projeté* par l'accusé. Il convient maintenant d'examiner comment la répression de la tentative est conditionnée, dans une moindre mesure, par le degré *véritable* d'appréhension de ce risque. Les rapports entre la répression pénale et l'intensité du risque de préjudice seront donc au cœur des prochains développements.

Le comportement de l'accusé doit être suffisamment caractérisé afin d'engager sa responsabilité pénale. De simples pensées malveillantes ne sauraient suffire à traduire un individu en justice⁴⁷. Comme l'expose Garton : « Present here is the notion of causation — that unless a defendant does an act, he cannot possibly produce any harmful effects. It is arguable then that he should incur no blame⁴⁸. » Du reste, le risque de préjudice étant à ce stade très éloigné, le droit peut se permettre d'attendre dans l'espoir de voir l'inculpé renoncer à son projet. Le degré d'appréhension du risque de préjudice n'est pas encore suffisamment élevé pour fonder la répression.

Aussi le droit pénal tient-il compte du stade d'avancement de la conduite de l'inculpé afin de déterminer sa culpabilité. Pour ce faire, il fait appel à trois critères temporels tous fondés sur le degré de progression des

44. Cf. *Criminal Attempts Act 1981*, précité, note 14, art. 1 (4), ainsi que A. ASHWORTH, *Principles of Criminal Law*, 2^e éd., Oxford, Clarendon Press, 1995, p. 469.

45. C. pén., art. 111-1.

46. C. pén., art. 121-4 ; P. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, *Droit pénal général*, 2^e éd., Paris, Masson & Armand Colin, 1996, p. 99.

47. R. c. *Quinton*, [1947] R.C.S. 234, 236 ; R. c. *Duffy*, (1931) 57 C.C.C. 186 (C.S. N.-É.). Le *Code criminel* prévoit cependant la détention préventive des délinquants dangereux : C.cr., art. 752-760.

48. N. GARTON, « The Actus Reus in Criminal Attempts », (1974) 10 *Queen's L.J.* 183, 192.

agissements de l'accusé : les actes préparatoires, le commencement d'exécution et la consommation de l'infraction.

Les actes préparatoires échappent en principe⁴⁹ à la justice répressive : à ce stade, l'infraction est jugée trop embryonnaire pour faire encourir à son auteur quelque responsabilité pénale que ce soit.

Par contre, un individu cesse d'agir en toute impunité une fois dépassée l'étape des actes préparatoires. Sa culpabilité se trouve acquise lors du commencement d'exécution de l'infraction. L'individu parvenu à ce seuil tente de commettre l'infraction : il devient donc passible de poursuite pour tentative⁵⁰.

2.1 L'intensité du risque de préjudice et les actes préparatoires

De simples actes préparatoires confèrent l'impunité à leur auteur⁵¹. Le libellé de l'article 24 (2) C.cr. le veut ainsi⁵² : une intention illicite arrêtée jumelée à des préparatifs ne donne pas le droit de sévir⁵³. Cette solution peut parfois choquer, mais elle n'en est pas moins dictée par les termes mêmes du Code. Aussi a-t-on jugé à bon droit, dans l'arrêt *Lobreau*, que la reproduction en catimini, de la part de l'accusé, de la clé d'une automobile en montre chez un concessionnaire ne permettait pas de le condamner pour tentative de vol du véhicule, au sens de l'article 24 (2) C.cr.⁵⁴.

Le législateur vient toutefois tempérer ici et là la règle énoncée à l'article 24 (2) C.cr. Il lui arrive, au moyen d'infractions particulières, de sévir à l'encontre d'actes préparatoires. Il en est ainsi de l'article 351 (1) C.cr. qui réprime la possession d'outils de cambriolage. Ce texte permet en fait de sévir en présence d'un acte préparatoire au sens de l'article 24 (2) C.cr. La jurisprudence s'est d'ailleurs bien gardée d'interpréter restrictivement l'article 351 (1) C.cr. Elle aurait pu le confiner à des hypothèses proches de la tentative mais s'y est refusée. À preuve cette décision mettant en cause un adolescent interpellé dans une cour d'école en fin d'avant-midi. Son sac à dos renferme des outils capables de faciliter un vol d'automobile et il est accusé d'avoir enfreint l'article 351 (1) C.cr. Selon son procureur,

49. Certaines infractions du Code ont toutefois pour effet de sanctionner des actes préparatoires : *infra*, section 2.1.

50. C.cr., art. 24 (2), cité *supra*, note 3.

51. Le fondement de la distinction juridique entre l'acte préparatoire et le commencement d'exécution est exposé *infra*, pp. 926-927 et 933-934.

52. Le libellé de l'article 24 (2) C.cr. est cité *supra*, note 3.

53. R. c. *Duffy*, précité, note 47 ; E. COLVIN, *Principles of Criminal Law*, 2^e éd., Toronto, Carswell, 1991, p. 342.

54. R. c. *Lobreau*, (1988) 67 C.R. (3d) 74 (C.A. Alb.).

encore se doit-on d'identifier le véhicule convoité par l'adolescent en question. La Cour d'appel rejette cette thèse :

While a nexus in time and place between an accused's possession of the instruments and a particular automobile would be a significant factor in determining whether it was appropriate to draw an inference that the accused intended to use the instruments for the prohibited purpose, the absence of such a nexus would not be fatal to a conviction if the other surrounding circumstances were sufficiently compelling to permit the inference to be drawn⁵⁵.

Autrement dit, l'intention malhonnête doit être avérée, mais point n'est besoin que l'accusé ait déjà identifié le bien qu'il entend ainsi subtiliser. L'intervention du droit criminel se trouve donc encore un peu plus avancée. Cette interprétation libérale de l'article 351 (1) C.cr. avalise la répression d'actes purement préparatoires. Le Code renferme de nombreux autres exemples du même ordre : la fabrication d'un faux passeport⁵⁶, la préparation d'un faux document⁵⁷, l'élaboration d'un faux prospectus⁵⁸, la possession d'instruments destinés à la contrefaçon⁵⁹ ou de matières incendiaires dans un dessein criminel⁶⁰, etc. Ce sont là autant d'exceptions indirectes à la règle postulée à l'article 24 (2) C.cr. Ces infractions se caractérisent toutes par l'amenuisement de leur élément matériel⁶¹. Le droit français regroupe ces crimes sous l'appellation fort judicieuse d'« infraction-obstacle ». Leur perpétration n'occasionne pas de préjudice à quiconque. Le propre de ces infractions est plutôt de prévenir la survenance de crimes plus sérieux tels que le vol, la fraude.

L'infraction-obstacle se justifie lorsque son auteur est également disposé à commettre une infraction supplémentaire⁶². L'individu en possession d'un outil de cambriolage doit, en principe⁶³, avoir l'intention de perpétrer une introduction par effraction au moyen de cet objet. La jurisprudence de la Cour suprême va toutefois passablement plus loin en certaines circonstances. Il lui est arrivé de donner à l'infraction-obstacle une portée susceptible de punir des personnes innocentes sur le plan moral. Selon l'arrêt *Hasselwander*, l'on peut déclarer coupable de possession d'une arme prohibée l'individu ignorant que son arme est capable d'être transformée

55. *R. c. K. (S.)*, (1995) 103 C.C.C. (3d) 572, 575 (C.A. C.-B.).

56. C.cr., art. 57 (1) a).

57. C.cr., art. 366.

58. C.cr., art. 400.

59. C.cr., art. 409.

60. C.cr., art. 436.1.

61. J. PRADEL, *Droit pénal*, t. 1, « Introduction générale. Droit pénal général », 10^e éd., Paris, Cujas, 1995, p. 447.

62. À titre d'auteur réel ou de complice.

63. L'article 351 (1) C.cr. vise aussi d'autres hypothèses particulières.

rapidement en une arme automatique. La Cour se justifie au motif que ce genre d'armes peut facilement faire la convoitise de *tiers* désireux de les voler afin de commettre des infractions dangereuses dont le meurtre⁶⁴ :

Ne peut pas non plus constituer un moyen de défense valable l'allégation selon laquelle un collectionneur tel que M. Hasselwander ne transformerait jamais l'arme. Les collectionneurs sont des cibles attrayantes pour les voleurs qui recherchent ces armes dans le but même de les utiliser ou de les vendre à d'autres personnes qui désirent en faire usage. Les citoyens ont le droit d'être protégés contre l'usage des armes à feu⁶⁵.

Et la Cour de conclure qu'un individu ignorant la dangerosité particulière de son arme demeure admissible à l'absolution inconditionnelle⁶⁶. C'est donner là une portée excessivement considérable à l'infraction-obstacle au point d'ailleurs de la dénaturer. La répression vise désormais un individu n'ayant possiblement pas constaté le risque de préjudice — au demeurant indirect⁶⁷ et hypothétique — de sa conduite.

2.2 L'intensité du risque de préjudice et le commencement d'exécution

L'étude du comportement de l'accusé doit permettre de conclure à l'extériorisation d'un dessein criminel. Il ne convient certes pas de condamner une personne pour un état d'esprit si peu arrêté qu'elle ne l'a pas encore traduit par un acte⁶⁸. Le besoin de s'assurer de la présence véritable d'une intention illégale peut venir expliquer, en partie, le choix du législateur de retarder en principe la répression jusqu'au commencement d'exécution. Comme l'indique Glanville Williams, il paraît difficile de distinguer entre une fantaisie de l'esprit et un projet ferme, en l'absence d'un comportement se rapprochant du crime⁶⁹. Cela dit, la distinction juridique entre les actes préparatoires et le commencement d'exécution n'a pas pour principal objet de s'assurer de l'existence d'un dessein illicite de la part du prévenu⁷⁰. Elle

64. De même, pour le crime de possession de monnaie contrefaite, la Cour suprême ne juge pas nécessaire d'exiger de preuve de la volonté de l'accusé d'utiliser les billets en question : *Duane c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 612, à propos de l'article 450 b) C.cr.

65. *R. c. Hasselwander*, [1993] 2 R.C.S. 398, 417.

66. *Ibid.*

67. Puisque l'auteur de l'infraction supplémentaire appréhendée serait un tiers.

68. G. CÔTÉ-HARPER, A. MANGANAS et J. TURGEON, *op. cit.*, note 40, p. 375.

69. G. WILLIAMS, *Criminal Law. The General Part*, 2^e éd., Londres, Stevens & Sons, 1961, p. 2.

70. À rapprocher des propos suivants de Mewett et Manning : « [the unequivocal test] appears far from satisfactory. There may be many cases where the act in question can, on any sensible view, only be directed towards the unlawful objective and yet be extremely remote from the final crime — for example, buying poison from a chemist but being stopped before leaving the shop » : A.W. MEWETT et M. MANNING, *op. cit.*, note 21, pp. 319-320.

a avant tout pour rôle de vérifier la *détermination* de l'accusé à accomplir ce dessein⁷¹. Elle répond, dans un deuxième temps, à la nécessité de ne pas sévir en présence d'un risque de préjudice jugé trop lointain.

La distinction entre l'acte préparatoire et le commencement d'exécution s'avère donc primordiale. Hormis le cas particulier des infractions-obstacles, l'article 24 (2) C.cr. s'oppose à la répression d'actes purement préparatoires. L'inculpé franchit le seuil de la culpabilité s'il pousse l'aventure jusqu'au stade du « commencement d'exécution » de l'infraction. Le législateur anglais a d'ailleurs jugé bon de reprendre le critère du commencement d'exécution que reconduit également le projet de code de la Commission de réforme du droit du Canada⁷². Malgré les difficultés d'interprétation qu'il suscite, le critère du « commencement d'exécution » est, de fait, nettement préférable à d'autres critères tel le *substantial step*. Cette notion d'« étape importante » prônée par quelques auteurs de doctrine ne gagne aucunement en précision par rapport à l'article 24 (2) C.cr. ; pis encore, elle risque fort d'englober certains actes précédant le commencement d'exécution.

La ligne de démarcation entre les actes préparatoires et le commencement d'exécution est parfois une affaire complexe. L'article 24 (2) du Code fait de la résolution de ce problème une question de droit. Le juge canadien présidant un procès par jury se voit attribuer un rôle passablement plus accru que celui de son homologue anglais. Il lui incombe de décider souverainement si les actes imputés au prévenu constituent une tentative⁷³. S'il en arrive à une conclusion affirmative, il doit aviser les jurés qu'il leur faut rendre un verdict de culpabilité s'ils croient la preuve rapportée. Autrement dit, il est du ressort du jury de déterminer la force probante de la preuve⁷⁴ et

71. *Infra*, pp. 931-937.

72. Cf. *Criminal Attempts Act 1981*, précité, note 14, art. 1 (1); COMMISSION DE RÉFORME DU DROIT DU CANADA, *Rapport pour une nouvelle codification du droit pénal, Rapport n° 31*, édition révisée et augmentée, Ottawa, Ministère des Approvisionnements et Services Canada, 1987, p. 51.

73. *R. c. Campbell*, (1990) 114 A.R. 337 (C.A.); *R. c. Carey*, [1957] R.C.S. 266, 272 (j. Kerwin) : le rôle du juge « is not merely to decide in a given case that there is no evidence of an attempt and, therefore, withdraw that issue from the jury, but also to decide as a question of fact and a question of law whether what was done, if found by the jury, was an attempt » (l'italique est de nous). La fonction du juge anglais ne comporte pas, par contre, le rôle décrit ci-dessus en italique. Cf. *Criminal Attempts Act 1981*, précité, note 14, art. 4 (3); J.C. SMITH et B. HOGAN, *Criminal Law*, 8^e éd., Londres, Butterworths, 1996, p. 320. La solution anglaise n'est aucunement satisfaisante : G. WILLIAMS, « Wrong Turnings on the Law of Attempt », [1991] *Crim. L.R.* 416, 422-425.

74. Ce qui comprend la détermination de l'intention réelle du prévenu lors des faits reprochés : *R. c. Dickie* (N° 2), (1982) 67 C.C.C. (2d) 218 (C.A. Ont.); *R. c. Sorrell and Bondett*, (1978) 41 C.C.C. (2d) 9, 12 et 14 (C.A. Ont.).

du ressort du juge de déterminer si cette preuve constitue des actes préparatoires ou bien une tentative.

La jurisprudence canadienne n'en est pas moins avare de précisions. La Cour suprême prône elle-même une approche pragmatique fondée sur le « bon sens⁷⁵ ». Elle refuse de donner sa préférence à l'un quelconque des nombreux critères avancés par la doctrine⁷⁶ afin de départager les actes préparatoires et le commencement d'exécution⁷⁷. La Cour suprême ne brosse qu'à grands traits certaines règles fondamentales. Elle se ménage, par le fait même, une marge d'appréciation importante.

2.2.1 Les principes généraux relatifs à la détermination du commencement d'exécution

Trois principes sont néanmoins acquis :

1) Le commencement d'exécution n'a pas besoin de consister lui-même en un comportement illégal⁷⁸.

2) L'acte de l'inculpé le plus rapproché de la consommation de l'infraction constitue indéniablement un commencement d'exécution⁷⁹. Cela dit, le commencement d'exécution débute généralement plus tôt : il n'est pas nécessaire que l'accusé soit allé jusqu'à poser l'ultime geste requis avant la consommation de l'infraction⁸⁰. Toute conclusion contraire porterait atteinte à la sécurité du public et à l'efficacité de l'intervention policière. Il serait aberrant de devoir attendre à tout coup que l'accusé appuie sur la gachette de son arme à feu pour pouvoir conclure à l'existence d'une tentative de blesser la victime.

3) Le seul fait de se donner les moyens de commettre l'infraction n'équivaut pas à un commencement d'exécution. L'arrêt *Lobreau* l'illustre

75. *R. c. Gladstone*, [1996] 2 R.C.S. 723 et *Deutsch c. La Reine*, [1986] 2 R.C.S. 2, 23.

76. Ces critères et leurs lacunes sont passés en revue dans divers ouvrages : G. CÔTÉ-HARPER, A. MANGANAS et J. TURGEON, *op. cit.*, note 40, pp. 376-377 ; D. STUART, *op. cit.*, note 40, pp. 598-605 ; E. MEEHAN, *op. cit.*, note 34. Aucun de ces critères ne correspond au raisonnement de la Cour suprême dans l'affaire *Deutsch c. La Reine*, précitée, note 75.

77. *Deutsch c. La Reine*, précité, note 75, 22-23.

78. *Supra*, section 1.1.2.1.

79. *Pelletier c. La Reine*, [1985] C.A. 664 ; E. COLVIN, *op. cit.*, note 53, p. 343.

80. *Deutsch c. La Reine*, précité, note 75, 26. Cette prise de position de la Cour suprême ne fait que reprendre un principe déjà bien arrêté en jurisprudence : *Rowan c. Procureur général du Canada*, J.E. 78-178 (C.A.) ; *R. c. Godfrey*, (1974) 18 C.C.C. (2d) 90 (C.A. Alb.) (requête en autorisation de pourvoi à la Cour suprême rejetée) ; *R. c. James*, [1971] 1 O.R. 661 (C.A.) ; *R. c. Olhauser*, (1970) 11 C.R.n.s. 334 (C.S. Alb.). Sera resté lettre morte le passage en sens contraire de l'arrêt *Courtemanche and Bazinet*, (1969) 9 C.R.n.s. 265, 267 (C.S.P. Qué.).

bien : la fabrication d'un objet destiné à faciliter un vol n'équivaut pas à une tentative de vol⁸¹. De même, l'achat de combustible dans un dessein incendiaire ne devrait pas suffire, en soi, à constituer une tentative d'incendie criminel⁸². Et la fabrication d'un faux document ne représente pas, à elle seule, une tentative d'emploi d'un document contrefait⁸³. Les quelques définitions de l'acte préparatoire tirées de la jurisprudence vont dans le même sens : « [...] the distinction between "preparation" and "attempt" is that preparation involves the devising or setting up of the means necessary to commit an offence and the attempt is some direct action towards its commission after the preparations are made⁸⁴ ». Voilà qui concorde avec les précisions suivantes de l'affaire *Cline* reprises en Cour suprême :

La perpétration d'un crime comprend habituellement une série d'actes qui débute par l'idée d'accomplir un acte criminel ; l'idée se transforme en décision d'accomplir cet acte ; un projet peut être élaboré pour mettre cette décision à exécution ; l'étape suivante peut être la préparation seulement en vue de mettre en œuvre l'intention et le projet ; mais lorsque cette préparation est en fait entièrement terminée, l'étape suivante dans la série d'actes accomplis par l'accusé dans le but et l'intention de commettre le crime projeté ne peut, à mon avis, être considérée comme éloignée dans son rapport avec ce crime. Le rapport est en fait rapproché⁸⁵.

Cette grille d'analyse présente l'avantage de tenir compte aussi bien de l'acte que de l'auteur de l'infraction⁸⁶. Encore faut-il aller au-delà des généralités de la jurisprudence : il est indispensable d'étoffer le critère du « bon sens » retenu par la Cour suprême afin de mieux cerner le commencement d'exécution.

2.2.2 Le temps, le lieu et les actes restés inaccomplis de la part de l'inculpé

Un homme d'affaires peu scrupuleux du nom de Deutsch convoque des candidates en entrevue afin de pourvoir au poste de secrétaire adjointe aux ventes. Il leur explique la nature de la fonction qui pourra consister à avoir

81. *Supra*, p. 924.

82. Voilà qui est de nature à expliquer la présence de l'article 436.1 C.cr.

83. *R. c. Valois*, précité, note 29, 282-283.

84. *R. c. Godfrey*, précité, note 80, 100 (J. Allen) (requête en autorisation de pourvoi à la Cour suprême rejetée). Dans cette affaire, l'inculpé s'était procuré le matériel nécessaire à la fabrication de LSD, s'était constitué un laboratoire et s'en était servi en vain afin de produire cette substance. Le stade de la tentative était assurément franchi. Cf. pareillement *Rowan c. Procureur général du Canada*, précité, note 80.

85. *R. c. Cline*, précité, note 19, tel que traduit dans *Deutsch c. La Reine*, précité, note 75, 24.

86. G. CÔTÉ-HARPER, A. MANGANAS et J. TURGEON, *op. cit.*, note 40, p. 378.

des relations sexuelles avec d'éventuels clients afin de faciliter, le cas échéant, la conclusion de contrats. Il leur fait comprendre que d'alléchantes primes vont de pair avec le nombre d'ententes signées. Deutsch se verra inculper de tentative de proxénétisme⁸⁷. Il est acquitté en première instance au motif que les faits reprochés participent de la préparation et non de la tentative. Deutsch avait reçu les postulantes en entrevue, mais il ne leur avait pas encore offert d'emploi. Le stade de la tentative n'aurait été franchi qu'en présence d'une offre d'emploi en bonne et due forme. L'affaire est portée en appel. La Cour d'appel de l'Ontario s'inscrit en faux contre le raisonnement du juge du procès ; elle lui reproche de n'avoir pas considéré que faire étalage des récompenses monétaires puisse constituer l'*actus reus* de la tentative⁸⁸. La Cour suprême accepte la position de la Cour d'appel et en profite pour formuler cet énoncé de principe :

[...] la distinction entre la préparation et la tentative est essentiellement qualitative et met en jeu le lien entre la nature et la qualité de l'acte en question et la nature de l'infraction complète, bien qu'il faille nécessairement examiner, en faisant cette distinction qualitative, la proximité relative de l'acte en question avec ce qui aurait constitué une infraction complète, sous l'angle du temps, du lieu et des actes sous le contrôle de l'accusé qui restent à être accomplis⁸⁹.

La Cour suprême retient trois facteurs pertinents, soit le temps, le lieu et les actes qu'il reste à faire à l'accusé. L'importance respective de chacun de ces facteurs peut toutefois varier selon les espèces. Une forme de *pondération* s'exerce à l'occasion entre ces trois critères.

Ainsi, le facteur temporel s'avérera parfois déterminant à lui seul : « l'imminence relative peut conférer la qualité de tentative à un acte qui autrement pourrait sembler constituer une simple préparation⁹⁰ ». En voici un exemple. Le seul fait de se rendre sur les lieux du crime projeté afin d'inspecter l'emplacement ne constitue généralement pas un commencement d'exécution. Or il en va tout autrement si l'accusé s'y rend avec l'intention arrêtée de commettre son crime sitôt arrivé. L'imminence de la consommation de l'infraction devient alors déterminante et le critère temporel permettra à lui seul de conclure à l'existence d'une tentative⁹¹.

87. C.cr., art. 212 (1) a).

88. R. c. *Deutsch*, (1983) 5 C.C.C. (3d) 41 (C.A. Ont.).

89. *Deutsch c. La Reine*, précité, note 75, 23. Cf. pareillement R. c. *Gladstone*, précité, note 75.

90. *Deutsch c. La Reine*, précité, note 75, 26.

91. À titre d'illustration, cf. R. c. *Kosh*, (1964) 44 C.R. 185 (C.A. Sask.) ; R. c. *Carey*, précité, note 73 ; *Henderson c. La Reine*, [1948] R.C.S. 226 (cité sur ce point précis dans l'affaire *Deutsch c. La Reine*, précitée, note 75, 26).

Dans d'autres espèces, l'importance du critère temporel s'estompera au profit d'autres considérations telle l'importance des actes restant à accomplir de la part de l'accusé. L'arrêt *Deutsch* illustre lui-même la pondération pouvant jouer entre les trois critères énumérés précédemment. Le facteur temporel n'a pas été jugé déterminant dans cette affaire. Le temps pouvant s'écouler entre les entrevues d'emploi et le moment de la consommation de l'infraction (le jour des premières relations sexuelles de l'employée dans le cadre de ses fonctions) risquait d'être passablement long. La Cour suprême n'accorde pas au critère temporel une importance décisive⁹². Elle privilégie plutôt le nombre infime d'actes restant à accomplir de la part de l'accusé. Ce dernier avait déjà convoqué les postulantes en entrevue tout en leur faisant miroiter des primes intéressantes, advenant la conclusion de contrats pouvant nécessiter des relations sexuelles. Leur laisser entrevoir des revenus alléchants avait pour objet de vaincre la résistance naturelle des candidates auxquelles il venait d'apprendre la description de tâches. Ce faisant, l'accusé avait déjà posé « l'acte décisif », de dire la Cour suprême⁹³ : il n'avait « pas grand chose [sic] d'autre à faire pour compléter l'infraction sinon de faire une offre d'emploi officielle⁹⁴ ». Cela revient, selon nous, à conclure que les actes de *Deutsch* attestaient d'un degré de culpabilité morale élevé incompatible avec un éventuel désistement de sa part⁹⁵.

2.2.3 L'évaluation du degré de culpabilité morale de l'accusé et du danger de sa conduite

Les trois critères énoncés par la Cour suprême (le temps, le lieu et l'importance des actes restant à être accomplis personnellement par l'accusé) nous paraissent répondre à un seul et même objectif : *repousser la répression tant que les chances que l'accusé se ravise demeureront*

92. « Toutefois, un acte, qui à première vue est un acte de perpétration, ne perd pas sa qualité d'*actus reus* de la tentative parce que d'autres actes étaient nécessaires ou parce qu'un délai important peut s'être écoulé avant la perpétration de l'infraction » : *Deutsch c. La Reine*, précité, note 75, 26. Cela dit, le temps devant s'écouler d'ici à la consommation du crime ainsi que le caractère hypothétique de ce dernier demeurent des facteurs pertinents. Ainsi s'explique, selon nous, l'acquiescement prononcé dans *R. c. Valois*, précité, note 29, 282-283.

93. *Deutsch c. La Reine*, précité, note 75, 27.

94. *Ibid.*

95. Dans la mesure où l'accusé ne blaguait pas lors des entrevues d'emploi. D'où la nécessité de s'assurer de la véracité de ses intentions : *Deutsch c. La Reine*, précité, note 75, 28.

suffisamment importantes. Plus le comportement de l'accusé fait conclure subjectivement⁹⁶ et objectivement⁹⁷ à une intention inébranlable, plus les tribunaux sont susceptibles d'y voir un commencement d'exécution.

À preuve les exemples suivants. Un individu administre une dose de cyanure dans le breuvage de sa victime en sachant pertinemment que d'autres doses s'avéreront nécessaires afin de la tuer. Il vient déjà de perpétrer une tentative de meurtre. Et ce, même si de nouveaux gestes devront être posés par l'accusé⁹⁸. Le fait est que sa conduite (et celle de tout autre individu dans le même cas) dénote *déjà* l'intention inébranlable de tuer la victime. Commet aussi une tentative d'introduction par effraction qui-conque se procure un outil de cambriolage et se rend ensuite sur les lieux afin de pénétrer dans la demeure. Le fait de se rendre sur les lieux témoigne de la persévérance du dessein criminel de l'accusé. Autant l'achat d'un outil de cambriolage n'est pas constitutif d'une tentative d'introduction par

96. Comparer : la définition de la tentative suggérée par D. STUART, *op. cit.*, note 40, p. 608 : « Any conduct such that, on the accused's view of the facts, a crime could have been committed or it was conduct towards the commission of a crime from which the accused would probably not have desisted. » À noter toutefois que la détermination du commencement d'exécution ne peut se faire en fonction d'un critère *uniquement* subjectif : *infra*, note 97.

97. Un double critère (subjectif et objectif) doit être employé afin d'empêcher le commencement d'exécution d'être fixé strictement en fonction de la personnalité du délinquant et de son passé pénal. La démarcation entre la préparation et le commencement d'exécution ne peut s'apprécier de manière *uniquement* subjective car elle risquerait alors de varier au gré des espèces. Un membre de la mafia a décidé d'éliminer un rival gênant dans le commerce des stupéfiants. Il a choisi de l'abattre lui-même à l'aide d'explosifs déjà en sa possession. Il n'y aura pas, à ce stade, commencement d'exécution encore que sa volonté et sa détermination ne fassent aucun doute. La ligne de démarcation entre la préparation et la tentative doit aussi être tracée objectivement puisqu'elle doit s'appliquer de manière uniforme à l'ensemble des inculpés. Les propos des juristes français Conte et Maistre du Chambon valent tout autant pour notre système inspiré de la common law. Ces deux auteurs réfutent la conception purement subjective du commencement d'exécution selon laquelle l'exécution commence aussitôt qu'un acte commis par l'agent est révélateur de son intention « irrévocable » de commettre l'infraction. Selon eux, l'élément matériel de la tentative ne présente plus alors « le degré de précision nécessaire — bien plus, il devient malléable à volonté en fonction de la personnalité du délinquant et de son passé pénal : un même acte sera une tentative pour un récidiviste, mais ne le sera pas pour un délinquant primaire. La conception purement subjective est donc inacceptable » : P. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, *op. cit.*, note 46, p. 174.

98. Cf. l'analyse que fait Glanville Williams de l'arrêt *White*, [1910] 2 K.B. 124 : G. WILLIAMS, *Textbook of Criminal Law*, 2^e éd., Londres, Stevens & Sons, 1983, p. 412.

effraction⁹⁹, autant le fait de s'approcher de la maison afin de s'y introduire constitue à proprement parler un commencement d'exécution¹⁰⁰.

Cette solution se justifie parfaitement : la conduite de l'inculpé manifeste sa volonté de *persister* dans son dessein criminel. La distinction entre « actes préparatoires » et « commencement d'exécution » sert d'instrument de mesure de la détermination de l'accusé. Les actes préparatoires attestent de la volonté de l'inculpé de commettre une infraction. Le commencement d'exécution témoigne de la détermination de son propos. *Sa culpabilité morale s'en trouve davantage accrue, tout comme, du reste, le danger que représente cet individu pour la société*. Plus la culpabilité morale de l'accusé aura crû¹⁰¹ et plus son comportement sera porteur de danger¹⁰², plus les tribunaux concluront au commencement d'exécution de l'infraction¹⁰³.

On comprend d'autant mieux le fondement et le bien-fondé de la distinction entre les actes préparatoires et le commencement d'exécution. Le droit préfère laisser au prévenu la chance de se raviser *tant que le risque paraît suffisamment éloigné*. La distinction opposant les actes préparatoires et le commencement d'exécution n'a rien de saugrenu. Le droit ne se contente de sévir que si le prévenu entend persévérer dans son dessein illicite. Les actes préparatoires peuvent fort bien suffire à révéler son intention de commettre une infraction. Le droit s'abstient pourtant d'intervenir à ce stade car le risque de préjudice paraît encore suffisamment

99. À rapprocher de l'affaire *R. c. Lobreau*, précitée, note 54 : *supra*, p. 924.

100. *R. c. Barnaby and Emby*, (1986) 20 O.A.C. 240 ; *R. c. Kosh*, précité, note 91. Quant à la nécessité de s'assurer de l'intention illicite du prévenu aperçu en des circonstances suspectes aux abords de la résidence de la victime, comparer : *R. c. Blencoe*, (1992) 14 B.C.A.C. 48 et *R. c. Klassen (K.J.)*, (1995) 65 B.C.A.C. 130.

101. Il s'agit alors de s'assurer de la fermeté du propos illicite du prévenu en étudiant la persévérance de son comportement.

102. *Infra*, pp. 934-937. Il faut toutefois réserver un cas particulier, celui de l'infraction impossible à perpétrer. La tentative de commettre une infraction impossible peut fort bien comporter un danger pour autrui. Un individu s'introduit par effraction dans un musée afin de voler un tableau. Or l'œuvre en question a été déplacée à son insu dans une autre galerie. Le vol projeté est impossible à réaliser ; cela dit, il serait faux de conclure que cette tentative infructueuse n'a entraîné aucun danger pour la victime. Le dommage créé par l'introduction par effraction est là pour en témoigner. Par contre, il est d'autres cas où le risque de danger sera proprement nul en présence d'une infraction impossible ; et seule l'évaluation du degré de culpabilité morale de l'inculpé entrera alors en ligne de compte : *infra*, section 4.1.3.

103. De nombreux arrêts paraissent refléter cette thèse. Cf. notamment *R. c. Gladstone*, précité, note 75 ; *Deutsch c. La Reine*, précité, note 75 ; *R. c. Barnaby and Emby*, précité, note 100 ; *Rousseau c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 38 ; *R. c. Duncalfe*, (1984) 12 W.C.B. 383, [1984] Alta. D. 6035-01 (C.A.) ; *R. c. Godfrey*, précité, note 80 ; *R. c. James*, [1971] 1 O.R. 661 (C.A.) ; *R. c. Olhauser*, précité, note 80 ; *R. c. Cline*, précité, note 19 ; *Henderson c. La Reine*, précité, note 91.

éloigné pour permettre au prévenu de se raviser. Le droit se voit par contre contraint de sévir lors du commencement d'exécution car celui-ci atteste de la volonté de l'inculpé de persévérer dans son propos illicite. Sa culpabilité morale est plus grande et le risque de préjudice plus considérable. Ces deux facteurs conjugués justifient l'intervention du droit criminel. La possibilité que l'inculpé se ravise à la dernière minute est, à ce stade, trop hypothétique pour que le droit adopte une attitude attentiste. De même, le risque de préjudice paraît trop appréciable pour justifier de patienter. Le droit évalue de la sorte l'intensité de la culpabilité morale du prévenu et celle du risque de préjudice.

L'accroissement conjugué¹⁰⁴ de la culpabilité morale du prévenu et du danger de son comportement sert de fondement à la distinction entre l'acte préparatoire et la tentative¹⁰⁵. Au Canada, la personne qui s'aventure, arme au poing, près de l'immeuble qu'elle entend dévaliser, se rend coupable de tentative de vol qualifié. Cela s'entend : sa détermination ne fait plus aucun doute et le danger que présente sa conduite est patent. Aussi la Cour suprême a-t-elle pu conclure à l'existence d'une tentative de vol qualifié à propos de trois comparses armés rebroussant chemin après avoir constaté la présence de policiers aux abords de la banque qu'ils étaient venus dévaliser¹⁰⁶. La perpétration d'une tentative de vol qualifié était avérée encore que leur aventure dût tourner court.

La jurisprudence canadienne se démarque en cela des décisions anglaises. À preuve l'acquittement prononcé en présence de faits analogues par la Cour d'appel de l'Angleterre dans l'affaire *Campbell*. L'accusé fut interpellé par la police alors qu'il se trouvait aux abords du bureau de poste qu'il comptait dévaliser. Il était muni d'une imitation d'arme et d'une lettre de menaces. La Cour d'appel anglaise le relâcha au motif qu'il n'était jamais pénétré dans l'établissement. Le commencement d'exécution du vol qualifié n'avait donc pas encore eu lieu¹⁰⁷. La jurisprudence anglaise est par conséquent à l'opposé des décisions de la Cour suprême du Canada¹⁰⁸.

104. La présence d'un dessein illicite irrévocable de la part de l'accusé n'autorise pas, à elle seule, l'intervention du droit pénal. Le critère de démarcation entre la tentative et les actes préparatoires ne saurait être uniquement subjectif : *supra*, note 97.

105. L'impossibilité de perpétrer l'infraction projetée constitue une hypothèse à part : *supra*, note 102.

106. *Henderson c. La Reine*, précité, note 91. Cf. aussi *R. c. Duncalfe*, précité, note 103 ; *R. c. Sorrell and Bondett*, précité, note 74, 15-16 et *R. c. Carey*, précité, note 73. La Cour suprême a repris en 1986 le raisonnement élaboré dans les affaires *Henderson* et *Sorrell and Bondett* : cf. *Deutsch c. La Reine*, précité, note 75, 24-26.

107. *R. c. Campbell*, [1991] Crim. L.R. 268 ; *R. c. Geddes*, [1996] Crim. L.R. 894 (C.A.).

108. Cf. les arrêts *Henderson c. La Reine*, *R. c. Carey* et *Deutsch c. La Reine*, précités, note 106, ainsi qu'une décision de la Cour d'appel de l'Alberta, *R. c. Duncalfe*, précitée, note 103.

Force est de conclure que les précédents anglais ne sont guère concluants en ce qui concerne l'interprétation de l'article 24 (2) C.cr. Il vaut d'ailleurs mieux leur préférer les propos judicieux de Smith et Hogan : « From the viewpoint of public safety [*Campbell*] is an unhappy decision. Though the police may lawfully arrest a person doing such preparatory acts because he is, or they have reasonable grounds for suspecting that he is, about to commit an arrestable offence, they may feel obliged to wait until he has entered the post office and approached the counter before arresting him. The extra danger to post office staff, the public and the officers themselves is obvious¹⁰⁹ ». Une conception pragmatique du risque de préjudice paraît, de fait, nettement préférable à la solution des tribunaux anglais.

Le commencement d'exécution traduit un accroissement de la culpabilité morale de l'accusé¹¹⁰ et du danger que comporte sa conduite¹¹¹. L'évaluation de l'accroissement du risque de préjudice se fait en tenant compte de la *spécificité* du crime envisagé par l'inculpé. La question de savoir si l'étape de la tentative a été franchie se résout en fonction de la nature de l'infraction visée et du mal qu'elle a pour but d'enrayer. Nous en voulons pour preuve ce passage de la Cour suprême : « [...] la distinction entre la préparation et la tentative est essentiellement qualitative et met en jeu le lien entre la nature et la qualité de l'acte en question et la nature de l'infraction complète[...]»¹¹².

La nature de l'infraction complète suppose, selon nous, un examen : 1) des façons de perpétrer ce crime ; et 2) du mal que cette infraction a pour objet de combattre. Le juge Estey l'illustre fort bien dans le contexte de la tentative de vol qualifié. À son avis, le stade de la tentative est amplement atteint lorsque des individus armés s'approchent de la banque qu'ils entendent dévaliser. Il asseoit sa conclusion sur deux éléments : le mal que cherche à contrer l'infraction de vol qualifié ; et les méthodes couramment employées pour commettre cette infraction : « In the type of offence with which we are here concerned [vol qualifié], it is the sudden and unexpected show of violence that makes the commission of the crime possible. It seems only proper that such factors should be taken into account when considering the question of remoteness¹¹³. »

Ce passage de l'arrêt *Henderson* fait ressortir l'obligation de s'attarder sur la spécificité du crime en cause (on comprend du même coup pourquoi le commencement d'exécution ne se reconnaît pas à l'aide d'un critère

109. J.C. SMITH et B. HOGAN, *op. cit.*, note 73, p. 322.

110. *Supra*, pp. 931-934 et *infra*, p. 936.

111. Cf. toutefois, à propos des cas d'impossibilité, *supra*, note 102.

112. *Deutsch c. La Reine*, précité, note 75, 23 (l'italique est de nous).

113. *Henderson c. La Reine*, précité, note 91, 245.

abstrait valable pour l'ensemble des infractions). Le vol qualifié est un crime axé sur la violence. Il convient certainement de faire naître le commencement d'exécution dès que le risque de violence devient patent. La présence d'individus armés en pleine rue est de nature à effrayer les passants. Elle est aussi susceptible de se traduire par des dérapages avant même que l'accusé ne pénètre dans le bâtiment visé. L'arrêt *Henderson* en est la preuve même. L'intervention policière aux abords de la banque provoqua la déroute des trois bandits et donna lieu à une fusillade mortelle. Nier l'existence d'une tentative de vol qualifié en présence d'un risque de violence devenu patent serait faire bon marché du but premier de la répression du vol qualifié, soit l'élimination de la violence¹¹⁴.

La jurisprudence de la Cour suprême commande à juste titre de tenir compte des conséquences préjudiciables éventuelles du comportement de l'inculpé en fonction de la nature de l'infraction projetée. Sur ce chapitre, l'affaire *Bonneau*¹¹⁵ de la Cour des sessions de la paix du Québec s'inscrit nettement à contre-courant des arrêts de principe au Canada. L'accusé se rend en compagnie d'un complice en voiture jusqu'au domicile des victimes. Il est muni de menottes et d'armes à feu. Il est appréhendé par les forces policières avant de pouvoir pénétrer à l'intérieur de la résidence des individus qu'il entend voler et séquestrer. Le juge l'acquitte de ces chefs en considérant que la tentative de vol qualifié et de séquestration n'a pas encore eu lieu. Il eût fallu, selon lui, que l'inculpé se trouve en présence de la victime, qu'il esquisse un geste de prise d'otage. Ce raisonnement est carrément contraire aux décisions *Henderson* et *Carey* de la Cour suprême. Et il ne tient compte ni du degré élevé de culpabilité morale de Bonneau, ni du danger inhérent à sa conduite.

Soulignons enfin que l'accroissement du risque de préjudice ne suffit pas à caractériser le commencement d'exécution. Il doit y avoir eu, en sus, accroissement de la culpabilité morale de l'accusé. Son comportement doit attester de sa détermination à commettre l'infraction projetée. Le commencement d'exécution passe par un examen de la fermeté du dessein illicite du prévenu. L'accusé qui s'approche d'un commerce qu'il n'a pas l'intention de dévaliser le jour même n'a pas encore franchi le stade du commencement d'exécution. Et ce, même s'il est armé alors qu'il s'approche des lieux. C'est l'intention de l'accusé qui détermine en l'espèce si sa conduite a franchi l'étape du commencement d'exécution¹¹⁶.

114. Il ne suffit pourtant pas d'un risque de préjudice patent. Encore faut-il s'assurer de la détermination de l'accusé à commettre l'infraction. Cf. notre examen de l'affaire *Sorrell and Bondett*, *infra*, p. 936.

115. R. c. *Bonneau*, [1982] C.S.P. 1016.

116. R. c. *Sorrell and Bondett*, précité, note 74 : « The issue of intent was basic and, the trial

2.2.4 Conclusion

Notre propos aura été d'étoffer le critère du « bon sens » dont se réclame la Cour suprême afin de reconnaître le commencement d'exécution.

Le commencement d'exécution traduit un accroissement de la culpabilité morale de l'accusé et du danger que comporte sa conduite¹¹⁷. L'accroissement de la culpabilité morale du prévenu se vérifie en évaluant la persistance de son intention illicite. Sa conduite doit faire ressortir la détermination de son dessein illégal. Un double critère (subjectif et objectif) doit être employé afin d'empêcher le commencement d'exécution d'être fixé strictement en fonction de la personnalité du délinquant et de son passé pénal¹¹⁸.

D'autre part, l'évaluation de l'accroissement du danger doit se faire de manière pragmatique¹¹⁹ et tenir compte de la spécificité du crime en cause¹²⁰.

2.3 Le désistement

L'inculpé renonce subitement de son propre chef à son projet illicite. Cette volte-face influe-t-elle sur la détermination de sa culpabilité ? Tout dépend du moment précis de ce désistement. La réponse varie en fonction du stade de développement de l'infraction. Le repentir de l'accusé peut survenir à l'une des trois époques suivantes : antérieurement au commencement d'exécution, entre le commencement d'exécution et la consommation de l'infraction, ou ultérieurement à la consommation de l'infraction.

Il convient de traiter en premier du repentir postérieur à la consommation de l'infraction. Celui-ci n'atténue en rien la culpabilité de l'accusé¹²¹. À titre d'exemple, le dédommagement librement consenti par l'accusé à la victime ne fera pas échec à sa condamnation : la remise en l'état de la

Judge, in our view, could not logically or appropriately make a determination whether the acts of the respondents went beyond mere preparation until he had first found the intent with which those acts were done. The issue whether the acts of the respondents went beyond mere preparation could not be decided in the abstract apart from the existence of the requisite intent. » À rapprocher de A.W. MEWETT et M. MANNING, *op. cit.*, note 21, p. 320.

117. *Supra*, p. 931-936. L'infraction impossible à perpétrer nécessite certaines observations particulières : *supra*, note 102.

118. Cf. les précisions *supra*, note 97.

119. *Supra*, pp. 934-935.

120. *Supra*, pp. 935-936.

121. *R. c. D. (J.P.)*, (1996) 31 W.C.B. (2d) 446 (C.P. T.-N.) ; *R. c. Duane*, (1984) 12 C.C.C. (3d) 368 (C.A. Alb.), confirmé par [1985] 2 R.C.S. 612 ; *R. c. Flett*, (1943) 79 C.C.C. 183 (C.A. C.-B.).

victime une fois le crime perpétré ne dispense évidemment pas l'inculpé¹²². Ses nouvelles dispositions à l'endroit de la victime ne pourront lui profiter que lors du prononcé de la peine¹²³.

Ce n'est pas ce principe comme sa mise en œuvre qui peut s'avérer malaisée. La difficulté consiste à situer précisément le moment de la consommation de l'infraction. Pour ce faire, il faut se reporter aux éléments constitutifs de l'infraction afin de départager le commencement d'exécution et la consommation proprement dite. Des difficultés ont surgi en matière d'agression sexuelle¹²⁴ et de vol. Par exemple, un individu s'empare d'un article dans un magasin à rayons. Il le dissimule sur lui pour ensuite se raviser et le remettre en place avant de quitter le magasin : peut-il tirer profit de sa volte-face ? Les tribunaux ont conclu, non sans hésiter, que non : vu le libellé de l'article 322 (2) C.cr., le vol se trouve consommé dès le déplacement de l'objet par l'accusé. Son repentir tardif ne peut donc faire échec à sa condamnation¹²⁵. Il pourra toutefois s'agir, selon les circonstances, d'un élément favorable à l'accusé lors du prononcé de la peine¹²⁶.

Le deuxième cas de figure concerne le désistement antérieur à la consommation de l'infraction. La volte-face apparente de l'accusé pourra parfois miner la force probante de la preuve de la poursuite. La tâche de la Couronne consiste à persuader le juge que le stade du commencement d'exécution a été franchi. Force lui est de démontrer l'existence d'une intention illicite *arrêtée* de la part de l'accusé¹²⁷. L'accusé qui dissimule une arme et se présente près d'un commerce pour ensuite repartir sans n'être jamais pénétré à l'intérieur pourra plaider, par exemple, qu'il se contentait d'inspecter les lieux¹²⁸. Il s'agira alors de déterminer, en tant que question de fait, si l'accusé a été dissuadé d'entrer à l'intérieur du commerce (trop de personnes à l'intérieur, trop d'éclairage, etc.), auquel cas il est coupable¹²⁹ ;

122. J. GAGNÉ et P. RAINVILLE, *Les infractions contre la propriété: le vol, la fraude et certains crimes connexes*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1996, pp. 247-248.

123. *Id.*, pp. 308-309.

124. Cf. notamment *Leport c. R.*, J.E. 96-2279 (C.A.) ; *R. c. Ricketts*, (1985) 61 A.R. 175 (C.A.) ; *R. c. Alderton*, (1985) 44 C.R. (3d) 254 (C.A. Ont.) ; W. SCHABAS, *Les infractions d'ordre sexuel*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1995, pp. 45-46 ; S.J. USPRICH, « Two Problems in Sexual Assault: Attempts and the Intoxication Defence », (1986-87) 29 *Crim. L.Q.* 296.

125. *R. c. D. (J.P.)*, précité, note 121 ; *R. c. McLean*, (1995) 44 C.R. (4th) 359 (C.P. Alb.) ; *R. c. Kessel*, (1991) 15 W.C.B. (2d) 56 (C. Ont., div. prov.) ; *R. c. R.D.*, (1985) 18 C.C.C. (3d) 36 (C.P. Alb.). L'arrêt *R. c. Falardeau*, [1977] R.L. 570, sera donc resté lettre morte. L'abandon de la solution retenue dans l'arrêt *Falardeau* s'imposait : J. GAGNÉ et P. RAINVILLE, *op. cit.*, note 122, p. 27.

126. *R. c. McLean* et *R. c. Kessel*, précités, note 125.

127. *Supra*, pp. 931-934 et 936.

128. Comparer : notre analyse de l'affaire *Sorrell and Bondett*, *supra*, p. 936.

129. *R. c. Barnaby and Emby*, précité, note 100.

ou s'il ne tenait qu'à se familiariser avec les lieux, auquel cas il n'aura toujours pas dépassé le stade des actes préparatoires.

Le désistement de l'accusé peut donc parfois révéler l'absence d'intention illicite arrêtée : la volte-face apparente de l'accusé permet occasionnellement de douter de la fermeté de son intention illégale¹³⁰.

L'abandon peut même aller jusqu'à révéler l'inexistence de toute intention illicite¹³¹. L'affaire *Frankland* en est un bel exemple¹³². L'accusé est condamné en première instance pour tentative de viol¹³³. La Cour d'appel de l'Ontario lui accorde un nouveau procès en soulignant l'importance que peut revêtir le désistement par rapport à la *mens rea*. La victime a opposé son refus à des relations sexuelles alors que l'accusé s'apprêtait à franchir ce cap. Il se serait arrêté sur-le-champ. Sa volte-face pouvait signifier qu'il n'avait pas l'intention d'avoir de relations sexuelles sans se soucier du consentement de la victime.

Reste le cas le plus complexe : le désistement survenant après le commencement d'exécution mais avant la consommation de l'infraction. L'accusé ayant franchi le stade du commencement d'exécution se ravise au dernier moment et s'abstient de consommer l'infraction en question. Peut-on l'innocenter lorsque son repentir procède d'une intention sincère ?

Les tribunaux canadiens ont refusé jusqu'à ce jour de faire du désistement volontaire un moyen de défense, une fois franchi le stade du commencement d'exécution :

[...] once the essential element of intent is established, together with overt acts towards the commission of the intended crime, the reason why the offence was not committed becomes immaterial. Once these elements are established, it makes no difference whether non-commission was due to interruption, frustration or a change of mind¹³⁴.

Le droit anglais est au même effet¹³⁵. C'est là aussi la position de la Commission de réforme du droit du Canada qui fait remarquer — non sans raison — que la culpabilité atténuée résultant d'un repentir authentique reste malgré tout « loin de l'innocence »¹³⁶. Le Groupe de travail de

130. G. WILLIAMS, *op. cit.*, note 98, p. 410. À rapprocher de *R. c. J.M. (N° 2)*, (1995) 134 Nfld. & P.E.I.R. 161 (C.P. T.-N.).

131. *R. c. Mathe*, (1973) 11 C.C.C. (2d) 427 (C.A. C.-B.).

132. *R. c. Frankland*, (1985) 23 C.C.C. (2d) 385 (C.A. Ont.).

133. Le crime de viol a été remplacé par la suite par l'infraction d'agression sexuelle.

134. *R. c. Kosh*, précité, note 91, 189. Cf. de même *R. c. Roberts*, (1981) 6 W.C.B. 454, [1981] B.C.D. Crim. Conv. 5175-02 (C.A. C.-B.). À noter que l'arrêt *R. c. Carey*, précité, note 73, n'appuie en rien la thèse contraire voulant que l'abandon fasse échec à une condamnation pour tentative. L'affaire *Carey* porte uniquement sur l'incidence de l'abandon de la fin commune sur la responsabilité du fait d'autrui de l'article 21 (2) C.cr.

135. A. ASHWORTH, *op. cit.*, note 44, p. 464.

l'Association du Barreau canadien¹³⁷ et d'éminents pénalistes anglais¹³⁸ s'opposent aussi à la reconnaissance de ce moyen de défense. D'autres juristes, dont Don Stuart¹³⁹, prônent la solution contraire. Garton résume ainsi l'essentiel de leur thèse : « [...] a voluntary change of heart ought to be a defence. If a person is truly repentant and has caused no harm, what is the point in punishing him ? Factors such as deterrence, prevention and reformation cease to be relevant¹⁴⁰. » À l'instar du droit néerlandais¹⁴¹, le droit pénal français s'est engagé dans cette voie : il accorde l'impunité à l'auteur d'un commencement d'exécution qui se désiste volontairement avant la consommation de l'infraction¹⁴².

Au terme d'une étude fort poussée, le juriste canadien Manson propose une solution nuancée. Le désistement de l'accusé devrait le disculper tant et aussi longtemps que sa conduite n'a pas généré de risque de préjudice :

[...] not all situations of voluntary abandonment justify exculpation [...] The answer may lie in incorporating a notion of harm into the definition of the act requirement : « An actor is guilty of attempting an offence if he or she intentionally takes sufficient substantial steps towards that objective such that, even if he voluntarily desisted, he could not neutralize the harm or risk of harm already generated. » In other words, the point at which the attempt becomes criminal is the point when the actor, if we assume she immediately and voluntarily abandons her plan, can no longer neutralize the harm already caused simply by abandonment [...] This notion of risk goes beyond the narrow scope of the harm intended initially by the actor. It includes fear and apprehension on the part of observers and the risk that an observer would physically intervene¹⁴³.

Cette thèse présente pourtant des lacunes. Elle retarde indûment le stade du commencement d'exécution. Par exemple, la personne armée se tapissant aux abords de la demeure de la victime pour mieux la tuer n'aurait pas encore commis de tentative de meurtre¹⁴⁴. Cette théorie ne tient compte, selon nous, ni de la culpabilité morale élevée de la personne rendue à ce

136. COMMISSION DE RÉFORME DU DROIT DU CANADA, *op. cit.*, note 72, p. 55. Pour un exemple saisissant, cf. *R. c. J.M. (N° 2)*, précité, note 130.

137. GROUPE DE TRAVAIL SUR LA NOUVELLE CODIFICATION DU DROIT PÉNAL, *Principes de responsabilité pénale. Propositions de nouvelles dispositions générales du Code criminel du Canada*, Ottawa, Association du Barreau canadien, 1992, pp. 162, 176.

138. J.C. SMITH et B. HOGAN, *op. cit.*, note 73, p. 327 ; M. Wasik, « Abandoning Criminal Intent », [1980] *Crim. L.R.* 785.

139. D. STUART, *op. cit.*, note 40, pp. 610-612.

140. N. GARTON, *loc. cit.*, note 48, 214-215.

141. A. MANSON, « Re-codifying Attempts, Parties, and Abandoned Intentions », (1989) 14 *Queen's L.J.* 85, 108.

142. C. pén., art. 121-5 : « La tentative est constituée dès lors que, manifestée par un commencement d'exécution, elle n'a été suspendue ou n'a manqué son effet qu'en raison de circonstances indépendantes de la volonté de son auteur. »

143. A. MANSON, *loc. cit.*, note 141, 104.

144. *Id.*, 105. Comparer : *R. c. J.M. (N° 2)*, précité, note 130.

stade, ni du danger indéniable de sa conduite. La protection du public ne peut s'accommoder d'un semblable report du commencement d'exécution.

Au demeurant, la recevabilité du moyen de défense de désistement paraît très peu probable à l'heure actuelle. Des précédents s'y opposent tout d'abord catégoriquement¹⁴⁵. Et rien ne laisse présager un revirement de jurisprudence : le prétendu moyen de défense de désistement est également rejeté pour des crimes connexes tels que l'instigation¹⁴⁶ ou encore le complot. L'accusé ne se dégage pas de sa responsabilité pénale en se ravisant et en abandonnant le dessein illicite convenu. La Cour suprême elle-même refuse de faire du désistement du prévenu un moyen de défense en matière de complot¹⁴⁷. Or il était nettement plus facile de reconnaître le moyen de défense de désistement pour le complot que pour la tentative. La formation d'un complot repose sur des paroles ; le commencement d'exécution nécessite, par contre, des gestes allant, de surcroît, au-delà de la simple préparation : « [...] il y a une différence qualitative entre le complot et la tentative : dans ce dernier cas, l'accusé a déjà pris des mesures concrètes pour commettre l'infraction, alors qu'il n'y a encore dans le premier cas qu'une entente¹⁴⁸ ». Le stade de développement de l'infraction n'est pas le même selon qu'il s'agit de complot ou de tentative. La consommation du crime projeté est bien plus imminente lors de la tentative que lors d'un complot. L'impossibilité d'invoquer le désistement en matière de complot entraîne, à plus forte raison, l'irrecevabilité de ce moyen en matière de tentative.

La reconnaissance de ce moyen de défense n'irait pas, du reste, sans heurts. La première difficulté a trait à l'évaluation de la sincérité de l'attitude du prévenu. Comment vérifier que le repentir — et non quelque mobile plus inavouable telle la crainte d'être détecté — a présidé à la décision de l'accusé de s'abstenir au dernier moment ? Comme l'illustre éloquemment le droit français, la seconde difficulté se rapporte à la détermination de la légitimité ou non de la cause du désistement¹⁴⁹. Tel accusé renonce à

145. *R. c. Roberts*, précité, note 134 ; *R. c. Kosh*, précité, note 91.

146. *R. c. Gonzague*, (1983) 4 C.C.C. (3d) 505 (C.A. Ont.).

147. *Pizzardi c. La Reine*, [1994] 3 R.C.S. 1018, faisant siens les motifs de la Cour d'appel de l'Ontario dans *R. c. Pizzardi*, (1993) 21 W.C.B. (2d) 123 (C.A. Ont.).

148. Aussi le Groupe de travail du Barreau canadien propose-t-il d'innocenter le conspirateur qui se désiste du complot « avant que l'infraction projetée ne soit commise ou tentée » : GROUPE DE TRAVAIL SUR LA NOUVELLE CODIFICATION DU DROIT PÉNAL, *op. cit.*, note 137, p. 176.

149. Le droit français fait voir les dangereuses subtilités qui guettent la reconnaissance du moyen de défense de désistement : « Les hésitations apparaîtront [...] lorsqu'un facteur extérieur aura influencé la décision de l'agent de suspendre l'action — désistement dû au cri de douleur de la victime, à la présence subitement découverte de membres d'un personnel de surveillance, au conseil d'un ami, etc. — ; il faudra déterminer alors si

perpétrer un vol à la vue d'un butin qu'il juge trop dérisoire¹⁵⁰. Tel autre est pris au dernier instant de compassion en constatant l'âge avancé de la victime. Il s'agit, dans chaque cas, d'une décision prise en toute souveraineté; elle ne découle d'aucun facteur extérieur telle la crainte d'être surpris. Convient-il pour autant de conclure à l'acquittement? Même un désistement « libre et volontaire » n'est pas garant *ipso facto* du peu de dangerosité de l'accusé¹⁵¹.

3. L'évaluation du degré de culpabilité morale de l'accusé

La répression de la tentative se fonde sur l'intensité de la culpabilité morale du prévenu. L'élément mental de la tentative est défini de manière à s'assurer de la présence d'un degré de culpabilité morale élevé de la part de l'accusé.

L'évaluation du degré de culpabilité morale équivaut à un processus en deux temps. Elle se déroule, tout d'abord, dans le cadre de l'examen du commencement d'exécution. Une simple intention illicite de la part de l'accusé ne saurait suffire à le faire condamner : son comportement doit aller jusqu'à traduire une volonté de persévérance¹⁵². L'intensité de la culpabilité morale du prévenu devient ainsi un préalable à sa condamnation.

L'évaluation du degré de culpabilité morale se vérifie, dans un deuxième temps, dans le particularisme de la définition de la *mens rea* de la tentative. Le degré accru de culpabilité morale exigé du prévenu explique, d'une part, la reconnaissance de certains moyens de défense telles la plai-santerie ou l'intoxication volontaire. La prise en considération de l'intensité de la culpabilité morale du prévenu explique, d'autre part, le rôle limité de l'insouciance et l'exclusion de la négligence comme fondement de la tentative.

Ces diverses manifestations de l'évaluation du degré de culpabilité morale de l'accusé seront abordées à tour de rôle.

l'agent a conservé une liberté de choix suffisante pour que l'interruption puisse être portée à son crédit, bref rechercher « la cause prépondérante du renoncement » : P. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, *op. cit.*, note 46, p. 180.

150. Le droit français conclut alors à l'innocence du prévenu : P. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, *op. cit.*, note 46, p. 180.

151. Pour un exemple saisissant, cf. R. c. J.M. (N° 2), précité, note 130.

152. *Supra*, pp. 926-927 et 931-936.

3.1 L'intensité de la culpabilité morale au regard du commencement d'exécution

Il est courant de dire de l'*actus reus* et de la *mens rea* de la tentative que « le plus important de ces deux éléments est la *mens rea*¹⁵³ ». Jurisprudence et doctrine disent en chœur de la tentative : « [...] the criminality lies much more in the intention than in the acts done¹⁵⁴ ». Il faut pourtant se garder de croire que l'importance de la *mens rea* occulte celle de l'*actus reus*. Au contraire. Le rôle primordial de la *mens rea* en matière de tentative rend justement indispensable l'examen méticuleux du comportement de l'accusé. L'importance accordée à la *mens rea* se traduit par la nécessité d'observer, chez l'inculpé, des gestes allant au-delà de la simple préparation.

Contrairement à ce que peut laisser entendre le libellé de l'article 24 (1) C.cr., la *mens rea* de la tentative ne se résume pas à l'existence d'une intention illégale. Il faut lire de pair les paragraphes (1) et (2) de l'article 24 C.cr. La notion de commencement d'exécution fait partie de l'*actus reus* de la tentative. Or elle influence indéniablement la définition de l'élément mental : un comportement dénotant une intention illicite ne saurait suffire. Le rôle du commencement d'exécution est notamment de s'assurer que les faits et gestes de l'accusé attestent de sa détermination à perpétrer l'infraction projetée¹⁵⁵. L'étude du comportement de l'inculpé a pour but de mesurer la persistance de son intention illégale : le commencement d'exécution ne saurait être franchi qu'en présence d'une *volonté de persévérance* de la part de l'accusé¹⁵⁶. Contrairement aux idées reçues, l'importance accordée à la *mens rea* de la tentative est donc loin de porter ombrage à l'*actus reus* : elle se reflète dans la définition même du commencement d'exécution.

3.2 L'intensité de la culpabilité morale au regard du particularisme de l'élément mental de la tentative

Une constatation s'impose d'entrée de jeu. La tentative constitue une infraction autonome¹⁵⁷ qui ne se confond pas avec l'infraction que voulait commettre l'inculpé. La Cour suprême se fait catégorique : « [...] la tentative criminelle est en soi une infraction distincte du crime qu'on aurait tenté de commettre¹⁵⁸ ».

153. R. c. *Ancio*, précité, note 19, 247.

154. Passage de l'ouvrage *Russell on Crime* cité à l'appui par la Cour suprême dans R. c. *Ancio*, précité, note 19, 247.

155. *Supra*, pp. 926-927 et 931-936.

156. Cf. nos explications *supra*, pp. 931-934 et 936. Le désistement ultérieur au commencement d'exécution sera toutefois trop tardif pour disculper le prévenu : *supra*, pp. 938-942.

157. Au sujet du caractère relatif de cette autonomie, cf. *supra*, note 12.

158. R. c. *Ancio*, précité, note 19, 247.

Cette autonomie se traduit dans la définition de la *mens rea* de la tentative. L'élément mental requis pour la tentative n'est pas forcément en tout point conforme à la *mens rea* du crime projeté. Ils s'apparenteront fréquemment l'un à l'autre, mais il ne faut pas conclure à tout coup à leur parfaite identité. À preuve la tentative de meurtre. Le législateur retient deux formes de *mens rea* relativement au meurtre : l'intention de tuer (art. 229 a) (i) C.cr.) ou l'insouciance (art. 229 a) (ii) C.cr.). L'une comme l'autre suffit à prononcer un verdict de culpabilité advenant le décès de la victime. Il en va tout autrement en matière de tentative de meurtre. L'auteur d'une tentative de meurtre doit obligatoirement avoir été animé de l'intention de tuer sa victime¹⁵⁹. L'insouciance qu'il pourrait avoir affichée à l'endroit de la mort vraisemblable d'autrui ne pourra être retenue contre lui lors d'une accusation de tentative¹⁶⁰.

Il n'existe donc pas toujours d'adéquation parfaite entre l'élément mental de la tentative et celui du crime projeté. Les exemples en ce sens ne manquent pas. Qu'il suffise de songer à la recevabilité des moyens de défense d'intoxication volontaire et de plaisanterie, au rôle discutable de l'insouciance en matière de tentative ou encore à la tentative de commettre une infraction de négligence. Ce sont là autant d'illustrations du particularisme de l'élément mental de la tentative.

Le trait premier de ce particularisme consiste à accroître le degré de culpabilité morale nécessaire à une condamnation.

3.2.1 Les infractions de négligence et de responsabilité absolue

Les infractions de négligence se divisent en deux groupes : les crimes de négligence et les infractions de responsabilité stricte. Les infractions de négligence reprochent à l'accusé une faute objective. Les infractions de responsabilité absolue s'avèrent encore plus implacables en sévissant en l'absence de toute faute de la part de l'inculpé.

Or, un tout autre fondement préside à l'interdiction *de tenter* de commettre une infraction de négligence ou de responsabilité absolue : la notion de faute subjective. L'accusé ne sera reconnu coupable qu'en présence d'une intention illicite avérée. L'individu inculpé de tentative de commettre

159. R. c. *Ancio*, précité, note 19 et nos précisions *infra*, pp. 949-951.

160. *Protection de la jeunesse* — 813, J.E. 96-1059 (C.Q.) ; R. c. *Wigman*, [1987] 1 R.C.S. 246 ; R. c. *Ancio*, précité, note 19. Par contre, la quasi-certitude d'infliger des blessures mortelles à la victime justifie une condamnation pour tentative de meurtre : *infra*, pp. 950-951.

une infraction de responsabilité absolue devra avoir voulu la survenance des éléments constitutifs de cette infraction¹⁶¹.

La négligence d'un accusé ne saurait, par ailleurs, lui valoir une condamnation pour tentative. Le juge LeBel parle à juste titre de la nécessité d'une « volonté orientée » :

[L'infraction de tentative] existe par elle-même, bien qu'elle exige l'identification d'une offense sous-jacente que visait l'auteur de la tentative. Son élément distinctif, quant à l'identification de son élément moral, se situe précisément dans cette volonté orientée de commettre l'infraction sous-jacente, qui correspond à la notion d'intention spécifique. L'article 24 (1) C.cr. fait de la tentative une question d'intention, de recherche de résultat et non pas seulement, par exemple, de négligence ou d'imprudence grossière, même si celles-ci suffisent pour constater l'état d'esprit coupable requis pour l'infraction complète¹⁶².

De fait, la notion de négligence est tout à l'opposé de celle d'intention. Les explications magistrales des juristes français Conte et Maistre du Chambon valent tout autant pour notre système de common law :

Au regard de l'élément moral, l'imprudence consiste nécessairement en une attitude psychologique. On peut, alors, définir l'imprudence par opposition avec l'intention, dont elle réalise l'image en quelque sorte négative : si l'intention est tension de la volonté, l'imprudence est la volonté non tendue ; si l'intention est la volonté dirigée vers un résultat illicite dont l'agent est conscient, l'imprudence est la *non-prévision du résultat*, l'agent étant inconscient du risque de sa survenance. L'imprudence consiste donc en un *relâchement de la vigilance*.

Mais, comme l'intention, l'imprudence n'est pas en elle-même délictueuse. La faute d'imprudence apparaît lorsque la vigilance a été insuffisante compte tenu des circonstances [...] Plus précisément, la faute apparaît lorsque l'imprudence provoque un résultat illicite. Le caractère délictueux de l'imprudence ne peut donc être établi qu'en liaison avec son résultat, comme dans l'hypothèse de l'intention. Mais ce lien est établi différemment : c'est la volonté qui, en reliant le résultat illicite à l'intention, confère à celle-ci son caractère délictueux — et l'intention peut donc rester délictueuse même en l'absence de résultat, comme dans le cas de la tentative — ; c'est, en revanche, le *rapport de causalité* qui, en unissant l'imprudence au résultat illicite, lui confère ce caractère. Pour cette raison, la tentative d'imprudence n'est pas punissable ; dès lors, il faut parfois incriminer de façon autonome

161. *R. c. Colburne*, [1991] R.J.Q. 1199, 1210 (*obiter* du juge Proulx) (C.A.) ; G. WILLIAMS, *op. cit.*, note 98, pp. 409-410 (l'auteur traite des infractions de « responsabilité stricte » du droit anglais, lesquelles correspondent aux infractions de responsabilité absolue du droit canadien) ; *Gardner c. Akeroyd*, [1952] 2 Q.B. 743. Cf. aussi D. WHITE, « Attempts : Initiatives in the Common Law Caribbean », [1980] *Crim. L.R.* 780, 782-784. Cela dit, l'infraction de responsabilité absolue à l'origine de la tentative devra elle-même être conforme aux impératifs de l'article 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, précitée, note 15. La constitutionnalité des infractions de responsabilité absolue a été traitée notamment dans les affaires *R. c. Pontes*, [1995] 3 R.C.S. 44 et *Renvoi : Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486.

162. *R. c. Colburne*, précité, note 161, 1204 (j. LeBel).

l'imprudence non suivie d'un dommage par le biais de délits obstacles¹⁶³ ou d'infractions formelles¹⁶⁴.

L'argument de texte est à lui seul décisif en droit canadien. L'article 24 (1) C.cr. exige « l'intention de commettre une infraction¹⁶⁵ ». L'intention étant le contraire de la négligence, il ne saurait exister de tentative en présence d'inadvertance, si grossière fût-elle.

Au surplus, la question de savoir si le commencement d'exécution a été franchi nécessite elle-même un examen attentif de l'intention du prévenu¹⁶⁶. Autrement dit, tous les éléments essentiels du crime de tentative s'opposent à une condamnation fondée sur la négligence du prévenu.

Ce résultat se défend, du reste, parfaitement. Le mal en jeu étant plus éloigné lors d'une tentative, la culpabilité morale n'existera souvent qu'en présence de la volonté de commettre l'infraction. En temps normal, on reprocherait à l'accusé son manque de diligence à l'égard du mal qu'il a créé. Or il n'y a pas point de mal en matière de tentative¹⁶⁷. Le mal en cause étant plus éloigné et souvent moins perceptible, il est indiqué d'exiger l'intention de causer ce mal.

Le particularisme de l'élément mental de la tentative sera amené à s'affirmer vu l'importance croissante des crimes de négligence au sein du Code¹⁶⁸. Il convient de raisonner à partir du crime d'infliction illégale de lésions corporelles de l'article 269 C.cr. Cette disposition permet de sévir en l'absence de toute faute subjective. La prévisibilité objective des lésions corporelles suffit¹⁶⁹. Il en ira tout autrement lors d'une poursuite pour tentative : il incombera à la poursuite de prouver l'intention de l'accusé de

163. Le crime de conduite dangereuse joue pareil rôle en droit canadien : C.cr., art. 249 (1) et (2).

164. P. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, *op. cit.*, note 46, pp. 204-205.

165. Cela ne signifie pas « la volonté d'enfreindre la loi », mais plutôt le fait de poser sciemment des gestes en anticipant, le cas échéant, leurs conséquences sur le plan matériel. Comme le précisent à juste titre les juristes Fortin et Viau : « [...] cette intention de commettre l'infraction tentée ne signifie pas que l'auteur veuille commettre l'infraction sachant qu'il s'agit d'une infraction ; il suffit qu'il ait l'intention de poser un acte constituant une infraction » : J. FORTIN et L. VIAU, *op. cit.*, note 30, p. 318.

166. Il en est d'ailleurs de même de l'acte préparatoire : « Further, whether or not such an act is an act preparatory to the commission of an offence must, it seems to us, depend on intent. The purchase of a box of matches might or might not be an act preparatory to the commission of an offence of arson according to the circumstances and the intent » : *Gardner c. Akeroyd*, précité, note 161, 747.

167. En ce sens que le préjudice prévu par le texte d'incrimination n'est pas survenu.

168. Cf. notamment l'affaire *R. c. Creighton*, [1993] 3 R.C.S. 3.

169. *R. c. DeSousa*, [1992] 2 R.C.S. 944.

causer des lésions corporelles¹⁷⁰. L'infraction complète s'accommode d'une faute objective alors que la tentative de commettre la même infraction commande une faute subjective. Cette distinction risque de s'avérer cruciale en matière d'agression sexuelle. Le défaut de diligence du prévenu quant à l'existence du consentement de la victime peut lui être reproché dans le cadre d'une poursuite pour agression sexuelle¹⁷¹. Il y a tout lieu de croire qu'une accusation de tentative d'agression sexuelle nécessitera bien davantage : la connaissance de l'absence de consentement de la victime sera vraisemblablement indispensable. Il paraît inconcevable d'imputer une tentative à un individu en l'absence de toute faute subjective de sa part¹⁷².

3.2.2 L'intoxication volontaire

L'intention décrite à l'article 24 (1) C.cr. ne correspond pas toujours à la *mens rea* de l'infraction complète. Partant, la recevabilité des moyens de défense s'en trouve modifiée : elle est susceptible de varier selon que l'accusation porte sur une tentative par opposition à un crime consommé. Le cas de l'intoxication volontaire est patent. Ce moyen de défense est recevable en matière de tentative même si le crime projeté était d'intention générale ou encore de faute objective¹⁷³. Autrement dit, certains moyens de défense sont admissibles lors d'une inculpation de tentative alors qu'ils cesseraient de l'être si l'infraction avait été consommée. Le degré de culpabilité morale exigé du prévenu est alors supérieur à celui correspondant à l'infraction consommée.

La recevabilité de la défense d'intoxication volontaire se comprend vu le caractère primordial que revêt la *mens rea* dans la définition du crime de tentative. Faire obstacle à ce moyen de défense irait à l'encontre de la nécessité de prouver l'élément intentionnel requis en toutes lettres par l'article 24 (1) C.cr. La Cour d'appel du Québec rend bien cette idée :

170. À rapprocher de *R. c. Colburne*, précité, note 161 et de E. COLVIN, *op. cit.*, note 53, p. 339 : « First, to secure a conviction for an attempt there must be *mens rea* with respect to each element in the *actus reus*. Attempts are always offences of full *mens rea*, even though the completed offence might be one of partial *mens rea* or strict or absolute liability. »

171. C.cr., art. 273.2 b).

172. Quant à savoir si l'insouciance ou l'aveuglement volontaire peuvent suffire dans le cadre d'une accusation de tentative, cf. *infra*, section 3.2.5.2.

173. *R. c. Colburne*, précité, note 161, 1204 (motifs du juge LeBel) et 1210 (motifs du juge Proulx); E. COLVIN, *op. cit.*, note 53, pp. 308 et 327. Se trouve ainsi implicitement désavoué l'*obiter* en sens contraire formulé dans la cause *R. c. Bartlett*, (1983) 33 C.R. (3d) 247, 263 (C.S. Ont.).

Puisque la tentative dépend beaucoup plus de l'intention que du geste posé¹⁷⁴, que l'infraction de tentative peut être consommée sans la perpétration d'aucune autre infraction et même sans l'accomplissement d'un acte illégal en soi, rien ne s'oppose à ce que la tentative de commettre une infraction d'intention générale puisse constituer une infraction qui requiert une intention spécifique¹⁷⁵.

3.2.3 La plaisanterie

Il en va de la plaisanterie comme de l'intoxication volontaire. Ce moyen de défense est recevable peu importe son admissibilité en ce qui concerne le crime complet.

La défense de plaisanterie sera reconnue dès lors que la blague suscite un doute raisonnable quant à l'intention du prévenu de mener à terme l'infraction en cause. Par exemple, une accusation de tentative de vol qualifié ne saurait tenir si l'inculpé n'entendait rien dérober. Doit donc être acquitté le mauvais plaisantin qui se présente au comptoir d'une banque, se prétend faussement armé, exige la remise d'une somme d'argent pour pouffer peu après de rire en disant qu'il s'agit d'une farce. Le doute raisonnable quant à son intention réelle lui vaudra d'être acquitté¹⁷⁶.

3.2.4 L'homicide involontaire coupable

En raison de l'élément mental énoncé à l'article 24 (1) C.cr., certains crimes ne comportent aucune infraction incluse de tentative. Le cas le plus patent est celui de l'homicide involontaire coupable. Il est impossible d'avoir voulu tenter un homicide *involontaire*. Le crime de tentative d'homicide involontaire coupable n'existe donc pas en droit canadien : il serait incompatible avec la *mens rea* décrite à l'article 24 (1) C.cr.¹⁷⁷.

C'est là l'illustration la plus vive du particularisme de l'élément mental de la tentative. Le caractère intentionnel de la tentative est un préalable à toute condamnation. Cette élévation du degré de culpabilité morale a pour conséquence que certains crimes sont incapables de faire l'objet d'une tentative au sens juridique du terme.

174. Cette proposition mérite d'être nuancée : *supra*, section 3.1.

175. R. c. *Colburne*, précité, note 161, 1210.

176. R. c. *Mathe*, précité, note 131.

177. L'inexistence de ce crime paraît faire l'unanimité autant en droit canadien qu'en droit anglais : R. c. *Ruocco*, (1983) 9 W.C.B. 228 (C.A. Ont.); R. c. *Bartlett*, précité, note 173; R. c. *McCarthy*, (1917) 29 C.C.C. 448 (C.S. Ont.); I. GRANT, D. CHUNN et C. BOYLE, *The Law of Homicide*, Scarborough, Carswell, 1995, pp. 5-33; A.W. MEWETT et M. MANNING, *op. cit.*, note 21, p. 315; J.C. SMITH et B. HOGAN, *op. cit.*, note 73, p. 325.

3.2.5 L'insouciance

L'insouciance peut se manifester par rapport à l'un ou l'autre des deux éléments suivants d'un crime :

- 1) les circonstances faisant partie de la définition de l'infraction (ex. : l'accusé ne s'inquiète pas de l'absence de consentement de la victime) ;
- 2) la conséquence prohibée (ex. : l'accusé ne se soucie pas de la gravité des blessures qu'il inflige à la victime).

La question est de savoir si l'insouciance de l'inculpé par rapport à l'un ou l'autre de ces éléments est synonyme d'intention coupable au sens de l'article 24 (1) C.cr. La personne faisant preuve d'insouciance est-elle animée de « l'intention de commettre une infraction » ? Peut-on dire de l'insouciant qu'il fait ou omet de faire quelque chose « pour arriver à son but » ?

3.2.5.1 L'indifférence par rapport aux conséquences

Un individu se comporte d'une manière susceptible d'endommager le bien d'autrui et il décide de ne pas se soucier de cette éventualité : tente-t-il dès lors de commettre un méfait ? La réponse à cette question suppose tout d'abord l'examen de l'affaire *Ancio* rendue en matière de tentative de meurtre¹⁷⁸.

L'arrêt *Ancio* est sans ambages. La détermination de la Cour suprême à ne pas se satisfaire de l'insouciance du prévenu la pousse à désavouer l'un de ses propres précédents, l'arrêt *Lajoie*¹⁷⁹. Dorénavant, l'insouciance de l'accusé quant au caractère vraisemblable du décès de la victime ne permet plus de le condamner pour tentative de meurtre. La Cour refuse de se contenter de l'indifférence de l'accusé qui inflige des blessures qu'il sait pertinemment de nature à causer la mort de la victime¹⁸⁰. L'insouciance est donc formellement écartée et seule l'intention spécifique de tuer un tiers permet le prononcé d'une condamnation pour tentative de meurtre. Pareille intention meurtrière ne s'infère pas, du reste, facilement : un coup

178. *R. c. Ancio*, précité, note 19.

179. *Lajoie c. La Reine*, [1974] R.C.S. 399. L'état du droit antérieur à l'arrêt *R. c. Ancio*, précité, note 19, est exposé dans l'ouvrage de G. CÔTÉ-HARPER, A. MANGANAS et J. TURGEON, *op. cit.*, note 40, pp. 381-383.

180. Dans le même sens, cf. *Protection de la jeunesse* — 813, précité, note 160 et *R. c. Wigman*, [1987] 1 R.C.S. 246. Rien ne s'oppose toutefois à ce que le législateur intervienne et punisse de tentative de meurtre les personnes ayant eu l'intention d'infliger des lésions corporelles en sachant pertinemment qu'elles étaient de nature à entraîner la mort de la victime. L'insouciance de l'accusé par rapport au décès probable de la victime constitue un seuil de *mens rea* acceptable sur le plan constitutionnel : *R. c. Logan*, [1990] 2 R.C.S. 731, 744 (*obiter* du juge en chef Lamer).

susceptible d'être mortel peut fort bien être porté sans que l'intention de l'accusé ait été d'abattre la victime¹⁸¹.

Une première conclusion s'impose de l'affaire *Ancio* : le degré de prévision subjective requis en matière de tentative de meurtre n'est pas celui de la probabilité. L'anticipation de la vraisemblance de la mort de la victime ne suffit point. Quel est donc le degré de prévision satisfaisant ? Un jugement de première instance, l'affaire *Ferreira*, propose un assouplissement judiciaire de la *mens rea* requise sans nullement se contenter de l'insouciance du prévenu¹⁸². Le juge Blacklock prend acte de la décision de la Cour suprême comme quoi la prévision du décès *probable* de la victime est insuffisante. Par contre, le magistrat estime suffisant le fait d'envisager la mort du tiers comme un événement certain ou *quasi certain*.

Cette position intermédiaire présente de nombreux avantages. Elle cadre parfaitement avec la distinction traditionnelle entre l'insouciance et l'intention spécifique. L'insouciance présuppose la connaissance de la vraisemblance de la conséquence prohibée¹⁸³. L'intention spécifique fait appel à un critère plus rigoureux. Elle nécessite de savoir que la conséquence interdite surviendra certainement ou quasi certainement¹⁸⁴.

Les faits de l'arrêt *Ferreira* font d'ailleurs ressortir le bien-fondé de cette décision. L'inculpé se livre au vol à main armée d'une banque et fait feu sur un client. Il décharge son arme à moins de quatre mètres et demi de la victime et l'atteint au cou. Elle survivra à ses blessures et Ferreira sera accusé de tentative de meurtre. La Cour n'est pas persuadée qu'il souhaitait abattre la victime. Cela dit, l'accusé savait pertinemment que le coup de feu entraînerait quasi certainement le décès du client en question. Voilà qui suffit, selon le tribunal, à établir la *mens rea* de la tentative de meurtre.

181. *Lara-Martinez c. La Reine*, J.E. 95-1823 (C.A.). À propos de l'appréciation de la preuve de l'élément mental de la tentative de meurtre, cf. également *Protection de la jeunesse* — 813, précité, note 160 ; R. c. *Fuentes*, J.E. 96-2111 (C.Q.) (porté en appel) ; R. c. *Fauchon (P.)*, (1993) 55 Q.A.C. 193 ; *Callejas c. La Reine*, J.E. 92-1282 (C.A.) ; R. c. *Larouche*, J.E. 90-1322 (C.Q.) ; *Allard c. La Reine*, J.E. 90-1212 (C.A.) ; *Bernier c. La Reine*, J.E. 87-254 (C.A.) ; *McNicoll c. La Reine*, J.E. 87-1024 (C.A.) ; R. c. *Bains and Grewal*, (1985) 7 O.A.C. 67. Quant à savoir si la tentative de meurtre comporte des infractions incluses, cf. R. c. *Colburne*, précité, note 161 ; R. c. *Marrone*, (1980) 40 N.S.R. (2d) 348 (C.A. N.-É.) ainsi que I. GRANT, D. CHUNN et C. BOYLE, *op. cit.*, note 177, pp. 5-32.1 et 5-32.2. Au sujet de l'évaluation de la *mens rea* de la tentative de faire le trafic de stupéfiants, cf. *Oliver c. La Reine*, J.E. 95-2088 (C.A.).

182. R. c. *Ferreira*, (1994) 25 W.C.B. (2d) 60 (C. Ont., div. prov.). À rapprocher de l'état du droit anglais relaté par J.C. Smith dans son commentaire de l'arrêt R. c. *Fallon*, [1994] Crim. L.R. 519 (C.A.).

183. R. c. *Théroux*, [1993] 2 R.C.S. 5, 20.

184. R. c. *Chartrand*, [1994] 2 R.C.S. 864 ; J. GAGNÉ et P. RAINVILLE, *op. cit.*, note 122, p. 376.

La création délibérée d'un préjudice quasi certain constitue un degré de culpabilité morale suffisamment élevé pour la perpétration d'une tentative. Songeons à la pose d'une puissante bombe censée explosée en plein jour dans un centre commercial. Le poseur de bombe peut ne pas souhaiter la mort des passants et espérer même l'éviter. Mais il sait que des clients périront quasi certainement lors de la déflagration. Partant, une condamnation pour tentative de meurtre paraît indiquée si l'explosion n'entraîne miraculeusement aucun décès. Glanville Williams abonde dans le même sens : « A consequence should normally be taken as intended although it was not desired, if it was foreseen by the actor as the *virtually certain* accompaniment of what he intended. This is not the same as saying that any consequence foreseen as *probable* is intended¹⁸⁵. »

La solution retenue en matière de tentative de meurtre a-t-elle vocation à régir d'autres crimes de résultat ? L'insouciance du prévenu face à la conséquence interdite fait-elle échec à une inculpation de tentative peu importe le crime ?

Un élément de réponse se trouve dans l'arrêt *Ancio* qui insiste pour définir la *mens rea* de la tentative en fonction du crime « complet » :

Pour qu'il y ait infraction complète de meurtre, il doit y avoir homicide. L'intention de commettre l'infraction complète de meurtre doit par conséquent comprendre l'intention de tuer [...] J'estime donc que la *mens rea* de la tentative de meurtre ne peut être rien de moins que l'intention spécifique de tuer [...].

On a prétendu, et on a laissé entendre dans certains arrêts et ouvrages sur la question, qu'il est illogique d'exiger une *mens rea* d'un degré plus élevé dans le cas d'une tentative de meurtre alors qu'on accepte une *mens rea* d'un degré moindre équivalant à l'insouciance dans le cas d'un meurtre. À mon avis, cet argument n'est pas fondé. L'intention de tuer est l'intention la plus grave en matière de meurtre et il n'y a aucune raison logique pour laquelle une tentative de meurtre, qui vise la réalisation du crime complet de meurtre, devrait comporter une intention moindre¹⁸⁶.

Rien n'interdit de raisonner par analogie. Le crime complet de méfait nécessite la dégradation d'un bien¹⁸⁷. Partant, la tentative de méfait doit comporter l'intention de dégrader le bien visé. L'insouciance quant à la probabilité d'abîmer l'objet d'autrui ne saurait suffire.

185. G. WILLIAMS, *op. cit.*, note 98, p. 85.

186. R. c. *Ancio*, précité, note 19, 248-249 et 250-251.

187. C.cr., art. 430 (1) a).

De fait, la tendance majoritaire de la doctrine tant canadienne¹⁸⁸ qu'anglaise¹⁸⁹ consiste à exclure l'insouciance en pareil cas. La jurisprudence canadienne récente paraît aussi épouser cette thèse¹⁹⁰. Il faut y voir une nouvelle manifestation du particularisme de l'élément mental de la tentative. La *mens rea* requise par l'article 24 (1) C.cr. s'avère à l'occasion plus exigeante que celle du crime complet. Par exemple, le crime d'incendie énoncé à l'article 434 C.cr. se satisfait du caractère intentionnel ou insouciant du geste de l'accusé. Par contre, une inculpation de tentative nécessitera la preuve du caractère intentionnel du comportement du prévenu¹⁹¹.

La position majoritaire refuse donc de sanctionner l'insouciance de l'accusé lors d'une accusation de tentative. Peut-être le droit se laisse-t-il influencer par les deux facteurs suivants. La dangerosité du comportement de l'accusé n'est pas *forcément* très élevée ; la dangerosité de l'accusé non plus :

- 1) après tout, le mal appréhendé ne s'est jamais produit ;
- 2) il se peut que le mal appréhendé ait été, objectivement parlant, peu vraisemblable¹⁹² ;
- 3) du reste, l'accusé ne cherchait pas à provoquer ce préjudice (ce qui minimise d'autant le risque de sa survenance), encore qu'il le croyait probable.

Autrement dit, le risque de préjudice peut s'être avéré, sur le plan objectif, encore moins élevé que ce qu'en pensait l'accusé. Et, sur le plan moral, l'inculpé n'a eu ni la turpitude ni la dangerosité de celui qui entend créer un mal certain ou quasi certain.

-
188. D. STUART, *op. cit.*, note 40, pp. 208-209 et 596-598 ; E. COLVIN, *op. cit.*, note 53, pp. 118-119 et 339 ; A.W. MEWETT et M. MANNING, *op. cit.*, note 21, p. 313 ; P. MAC-KINNON, « Making Sense of Attempts », (1982) 7 *Queen's L.J.* 253, 267-268 ; P. MAC-KINNON, « Attempting Murder Recklessly : The Significance of *R. v. Ancio* », (1986) 20 *U.B.C.L.R.* 121. Les auteurs Grant, Chunn et Boyle expriment un point de vue divergent et se prononcent en faveur de la tentative de meurtre par insouciance : I. GRANT, D. CHUNN et C. BOYLE, *op. cit.*, note 177, pp. 5-26.
189. J.C. SMITH et B. HOGAN, *op. cit.*, note 73, p. 314 ; R. CARD, R. CROSS et P.A. JONES, *op. cit.*, note 31, p. 514.
190. *R. c. Noel*, (1996) 30 W.C.B. (2d) 347 (C. Ont., div. prov.). Cet arrêt s'accorde avec le droit anglais : *R. c. O'Toole*, [1987] Crim. L.R. 759 (C.A.) ; *R. c. Millard and Vernon*, [1987] Crim. L.R. 393 (C.A.).
191. À titre d'illustration, *cf. R. c. Noel*, précité, note 190 : « [...] s. 434 must be read in conjunction with s. 24 of the Criminal Code [...] an attempt cannot relate to the mode of commission of the offence contemplated in s. 434 by way of recklessness. The mens rea of recklessness does not require intention which is required pursuant to s. 24. » Comparer : *R. c. Ward*, (1979) 31 N.S.R. (2d) 79 (C.A. N.-É.).
192. Cette hypothèse se limite aux cas où l'accusé estimait le danger vraisemblable, alors que le risque en question était, objectivement parlant, moins élevé.

Exclure l'insouciance en matière de tentative présente aussi l'avantage d'unifier le droit relatif aux infractions dites inchoatives. La solution en matière de complot est déjà bien assise : l'insouciance ne peut pas fonder de condamnation. La personne concluant une entente sans se préoccuper de ce qu'elle pourrait conduire à un acte illicite ne devient pas pour autant partie à un complot. Comme le déclare la Cour d'appel du Québec : « [...] si, d'une part on exige l'*intention* de devenir partie à la conspiration, on exclut par le fait même, d'autre part, qu'il puisse y avoir acte criminel de complot par simple insouciance quant à l'objet de l'entente, lorsque les discussions portent sur une variété de gestes possibles dont certains peuvent n'avoir rien de criminel ou d'illégal¹⁹³ ».

3.2.5.2 L'indifférence par rapport aux circonstances

La solution paraît passablement moins tranchée lorsque l'insouciance de l'accusé porte sur une circonstance de l'*actus reus* (par opposition à une conséquence)¹⁹⁴. Le cas de figure par excellence est celui de l'individu s'appêtant à avoir des relations sexuelles sans se soucier de l'existence du consentement de la personne en cause. A-t-il tenté de commettre une agression sexuelle¹⁹⁵ ? Une deuxième hypothèse importante vise la fraude et l'escroquerie. L'inculpé tente d'obtenir le bien d'autrui à l'aide d'affirmations dont il n'a pas l'assurance qu'elles soient exactes. Se rend-il coupable de tentative d'escroquerie ou de fraude ?

La doctrine canadienne paraît singulièrement divisée¹⁹⁶. Le droit anglais reconnaît généralement la culpabilité du prévenu en pareil cas¹⁹⁷.

193. *Lessard c. La Reine*, précité, note 26. Cf. aussi *R. c. Sauvageau*, précité, note 26.

194. À noter toutefois les réticences de Glanville Williams au sujet de la distinction du droit anglais entre une conséquence et une circonstance : G. WILLIAMS, « Intents in the Alternative », [1991] *C. L.J.* 120.

195. L'inculpé doit, à tout le moins, *décider* de ne pas se soucier de la question du consentement de l'autre. Un simple manque de diligence de sa part traduirait une faute objective laquelle est incompatible avec le crime de tentative : *supra*, section 3.2.1.

196. Stuart considère comme insuffisante l'insouciance portant sur une circonstance : D. STUART, *op. cit.*, note 40, pp. 597-598 ; MacKinnon est d'avis contraire : P. MACKINNON, *loc. cit.*, note 188, 268. Colvin préconise plutôt de départager les deux formes d'insouciance suivantes : « (i) simple awareness of a risk and willingness to run it in the hope that it will not materialize; and (ii) indifference to a risk, not caring whether or not it materializes » : E. COLVIN, *op. cit.*, note 53, p. 340.

197. *R. c. Khan*, [1990] 2 All. E.R. 783 (C.A.) ; A. ASHWORTH, *op. cit.*, note 44, pp. 446-447. La doctrine anglaise au sujet de l'insouciance est abondante et contrastée dans ses approches. Cf. notamment J. HORDER, « Varieties of Intention, Criminal Attempts and Endangerment », (1994) 14 *L.S.* 335 ; G. WILLIAMS, *loc. cit.*, note 194 ; R. DUFF, « The Circumstances of an Attempt », [1991] *C. L.J.* 100 ; J. STANNARD, « Making Up for the Missing Element—A Sideways Look at Attempts », (1987) 7 *L.S.* 194 ; R. BUXTON,

Cela n'est pas sans rappeler une décision canadienne statuant que l'aveuglement volontaire d'un accusé peut lui être opposé lors d'une accusation de tentative d'escroquerie¹⁹⁸.

L'élargissement de la *mens rea* de manière à englober l'insouciance présente toutefois un inconvénient de taille dans au moins une hypothèse, soit l'infraction impossible à perpétrer. L'article 24 (1) C.cr. permet de sévir « qu'il fût possible ou non, dans les circonstances, » de perpétrer l'infraction en cause. Se contenter, de surcroît, de l'insouciance du prévenu dans un cas semblable risque fort d'accroître indûment la répression criminelle¹⁹⁹. Une adulte a des relations sexuelles avec un adolescent malgré son incertitude au sujet de l'âge véritable de ce jeune²⁰⁰. Or le mineur en question a l'âge minimal requis par le Code, soit 14 ans. Convient-il de condamner l'adulte pour tentative d'avoir des relations sexuelles avec un mineur de moins de 14 ans²⁰¹ ?

4. La tentative de commettre l'impossible

Le dessein illicite du prévenu est parfois tout à fait irréalisable. Telle personne se rend dans un musée afin d'y dérober un tableau qui a été expédié à l'étranger pour restauration. Telle autre croit se procurer de la drogue alors que la substance en question est parfaitement légale. L'impossibilité *absolue* de commettre l'infraction projetée pose la question de savoir si l'accusé devrait être malgré tout déclaré coupable de tentative. La notion de risque de préjudice perd-elle toute raison d'être en présence d'une impossibilité absolue ? La culpabilité morale élevée du prévenu permet-elle de compenser, le cas échéant, l'inexistence de risque de préjudice ?

Il importe selon nous de subdiviser l'hypothèse de l'infraction impossible à perpétrer en deux catégories : l'infraction irréalisable et l'infraction inexistante.

L'infraction irréalisable signifie que le crime projeté par l'accusé existe bel et bien en droit, mais que l'accusé s'avère impuissant à le commettre. Il est par exemple trop maladroit pour le perpétrer avec succès. Il se sert d'une arme sans cartouche pour abattre sa victime ou se voit incapable de défon-

«Circumstances, Consequences and Attempted Rape», [1984] *Crim. L.R.* 25; G. WILLIAMS, «The Problem of Reckless Attempts», [1983] *Crim. L.R.* 365.

198. *R. c. Parsons*, (1976-1977) B.C.D. Crim. Conv. «False Pretences» (C.A.).

199. À rapprocher des préoccupations de Smith et Hogan à propos du droit anglais : J.C. SMITH et B. HOGAN, *op. cit.*, note 73, pp. 333-334.

200. C.cr., art. 150.

201. L'insouciance portant sur une circonstance permet de condamner pour tentative selon le professeur MacKinnon qui se voit pourtant obligé de prévoir une exception dans l'exemple précité : P. MACKINNON, *loc. cit.*, note 188, 268.

cer le coffre-fort convoité. Ou il ignore un fait important : il pense s'être procuré des biens volés alors que leur origine est parfaitement licite.

L'infraction inexistante vise une tout autre hypothèse. Le comportement qu'envisage l'accusé n'équivaut à aucune infraction connue du droit. Il pense à tort, par exemple, que la tentative d'adultère est une conduite sanctionnée par le droit pénal canadien.

La nature du préjudice diffère foncièrement selon qu'il s'agit d'une infraction irréalisable ou d'une infraction inexistante. Dans le cas de l'infraction irréalisable, le prévenu tente de créer un préjudice défendu en droit. Dans le cas de l'infraction inexistante, le préjudice qu'entend créer l'accusé n'est aucunement défendu. Les prochains développements feront voir que la nature du préjudice projeté détermine en partie la culpabilité du prévenu.

4.1 L'infraction irréalisable

La question de l'impossibilité ne se pose que si le stade du commencement d'exécution a été bel et bien franchi. Cette proposition fait l'unanimité. Comme le souligne à bon escient Glanville Williams : « A person should be liable for an attempt whether the impossibility of the venture means that his act is not completed, or that the consequence does not result, or that an essential circumstance is absent, subject of course to the requirement of proximity²⁰². » L'inculpé qui n'en serait qu'aux actes préparatoires a indéniablement droit à l'acquiescement²⁰³.

Il en va tout autrement une fois franchie l'étape du commencement d'exécution. La question est alors de savoir si l'impossibilité de réaliser l'infraction visée dispense le prévenu. Le *Code criminel* répond catégoriquement par la négative. Selon les termes mêmes de l'article 24 (1) C.cr., la culpabilité de l'accusé est avérée « qu'il fût possible ou non, dans les circonstances », de commettre l'infraction. Cinq conséquences d'importance en découlent.

4.1.1 L'impossibilité et la notion de fardeau de preuve

La conséquence première du libellé de l'article 24 (1) C.cr. est l'allègement de la tâche de la poursuite : elle n'est jamais tenue de prouver la faisabilité du dessein criminel du prévenu.

202. G. WILLIAMS, « Attempting the Impossible — A Reply », (1979-80) 22 *Crim. L.Q.* 49, 51.

203. À noter que l'impossibilité de perpétrer l'infraction projetée ne permet pas à l'accusé de prétexter qu'il lui était *forcément* impossible de franchir le stade du commencement d'exécution. Cf. notre analyse de l'arrêt *Detering c. La Reine*, *infra*, p. 957.

Dans le cadre d'une accusation de tentative de vol, point besoin de prouver le contenu du sac à main de la victime. Il serait vide que la culpabilité de l'accusé n'en serait pas moins acquise²⁰⁴. En matière de tentative d'avortement²⁰⁵, la couronne n'est aucunement requise de prouver que la tige laminaire était de nature à réaliser l'avortement projeté²⁰⁶.

4.1.2 L'impossibilité et la notion de moyen de défense

L'accusé n'a pas le loisir de transformer ses déboires en moyen de défense. Son insuccès n'engendrera pas son acquittement. Et ce, quelle qu'en soit la cause : ni la malchance, ni la maladresse, ni une erreur de perception²⁰⁷ ne donnent ouverture à un moyen disculpatoire. L'impossibilité factuelle attribuable à l'un quelconque de ces trois facteurs ne remet pas en cause la culpabilité de l'inculpé.

La malchance de l'accusé ne lui profite jamais quant au verdict. Est coupable de tentative de vol le malheureux qui glisse sa main dans un portefeuille vide²⁰⁸. Commet une tentative de crime d'incendie le prévenu venu faire exploser la fournaise d'un hôtel et qui se bute à un dispositif de sécurité²⁰⁹.

La maladresse du prévenu ne lui est pas d'un plus grand secours. Commet une tentative de vol la personne qui s'évertue en vain à ouvrir un coffre-fort blindé à l'aide des mauvais outils pour ce faire. L'inhabileté de l'accusé peut aussi se traduire par son incapacité à bernier la victime. Il y a tentative de fraude lorsque la victime visée n'est aucunement dupée par le stratagème²¹⁰. Le même raisonnement vaut pour la tentative de méfait

204. *R. c. Rose*, (1987) 3 W.C.B. (2d) 191 (C. dist. Ont.); *R. c. Gagnon*, [1975] C.A. 544; *R. c. Scott*, [1964] 2 C.C.C. 257 (C.A. Alb.).

205. La disposition du Code relative à l'avortement a été jugée ultérieurement contraire à la *Charte canadienne des droits et libertés*, précitée, note 15 : *R. c. Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30.

206. *R. c. Smith*, (1960) 128 C.C.C. 140 (C.A. C.-B.). Est aussi coupable l'individu remettant à une femme une drogue qu'il croit être de nature à provoquer un avortement. L'absence de preuve de la nocivité de cette substance ne l'empêchera pas d'être reconnu coupable d'avoir tenté d'administrer une drogue nocive en vue d'un avortement : *R. c. Petitbone*, (1918) 30 C.C.C. 164 (C.A. Alb.).

207. L'arrêt *United States of America c. Dynar*, (1995) 101 C.C.C. (3d) 271 (requête en autorisation de pourvoi à la Cour suprême accordée), semble aller implicitement à contre-courant de cette proposition et de la jurisprudence dominante. Il est analysé et critiqué *infra*, pp. 961-963.

208. *Supra*, note 204.

209. *R. c. Price*, (1981) 6 W.C.B. 133 (C. cté Ont.).

210. J. GAGNÉ et P. RAINVILLE, *op. cit.*, note 122, pp. 209-213 et 250-252. *Cf.*, en droit anglais, *R. c. Miller and Page*, (1965) 49 Cr. App. R. 241 (C.A.) (tentative de vol).

public. Dans *R. c. Whalen*²¹¹, une personne ment à un policier en lui disant que son véhicule a été volé. Le policier ne se laisse pas leurrer et il n'entame aucune enquête. L'accusation d'avoir fait entreprendre une enquête à un agent de la paix avec l'intention de l'induire en erreur est rejetée. Vu l'insuccès de la démarche de l'accusé et son intention coupable, le juge le condamne plutôt pour tentative de méfait public.

L'erreur de perception de l'accusé au sujet de la présence d'un élément de l'infraction ne le disculpe pas davantage²¹² : est coupable l'accusé qui croit à tort en la présence d'un fait qui ferait de sa conduite un crime²¹³. En conséquence, il y a tentative de bigamie si le conjoint se remarquant croit à tort son époux toujours vivant²¹⁴. Une tentative de meurtre a lieu si l'accusé essaie de tuer une personne ayant déjà succombé. Celui qui se procure à son insu de faux billets de banque alors qu'il croit obtenir de l'argent volé commet le crime de tentative de possession d'argent volé²¹⁵. Il en va de même de l'individu pensant erronément avoir fraudé sa victime ; il se rend coupable de tentative de fraude, comme l'illustre l'arrêt *Detering* de la Cour suprême²¹⁶. Une fonctionnaire effectuant une inspection auprès de garagistes conduit une voiture passablement usagée à l'atelier de réparation de l'accusé en sachant que la transmission a été légèrement trafiquée et qu'il suffira de quelques minutes pour la réparer. Elle confie à l'accusé ses ennuis de transmission et celui-ci, après un essai de la voiture, lui dit qu'il faudra la refaire à un coût de 189\$. La fonctionnaire récupère ultérieurement sa voiture et règle alors la facture qui stipule que la transmission a été refaite alors qu'il n'en est rien. *Detering* est déclaré coupable de tentative de fraude vu qu'il a cru à tort avoir berné la victime.

4.1.3 L'impossibilité et la notion de risque de préjudice

Une autre conséquence découle inexorablement du libellé de l'article 24 (1) C.cr. : le droit criminel se résout parfois à sévir même en l'absence de tout risque de préjudice. La plupart des conduites proscrites au sein du *Code criminel* le sont en raison du préjudice ou du risque de préjudice

211. *R. c. Whalen*, (1977) 34 C.C.C. (2d) 557 (C.P. C.-B.). Cf. également *R. c. Mitchell*, (1994) 24 W.C.B. (2d) 488 (C.P. N.-B.).

212. Exception faite des crimes imaginaires : *infra*, section 4.2.

213. L'arrêt *United States of America c. Dynar*, précité, note 207, semble aller implicitement à contre-courant de cette proposition et de la jurisprudence dominante. Il est analysé et critiqué *infra*, pp. 961-963.

214. G. WILLIAMS, *op. cit.*, note 98, p. 159.

215. *R. c. Dalaney and Budge*, (1982) 69 C.C.C. (2d) 276 (B.R. Alb.).

216. *Detering c. La Reine*, [1982] 2 R.C.S. 583. Cf. pareillement *R. c. Royer*, C.A. Montréal, n° 500-10-000383-859, 8 février 1988 (jj. Vallerand, Tyndale et Meyer); J. GAGNÉ et P. RAINVILLE, *op. cit.*, note 122, pp. 210-213 et 250-252.

qu'elles comportent. La répression de la tentative s'éloigne à l'occasion de l'objectif traditionnel du droit criminel qu'est la protection à l'endroit des risques de préjudice. Parfois, seul le degré de culpabilité morale élevé de l'auteur permet d'expliquer l'intervention du droit criminel.

L'affaire *Hearn* en est l'illustration même²¹⁷. L'accusé fut condamné en Cour suprême pour tentative alors que les chances de réussite de son projet illicite étaient bel et bien nulles. L'avocat Hearn était aussi malavisé que malhonnête. Dans l'espoir de voir l'un de ses clients acquitté, Hearn demanda à un tiers de prendre la barre et de se parjurer. Le tiers en question refusa et Hearn se vit par la suite poursuivre pour tentative d'entrave à la justice²¹⁸. Le procès de Hearn mit en lumière le fait suivant. La démarche de Hearn était inéluctablement vouée à l'échec : s'il avait eu lieu, le parjure du tiers n'aurait pas suffi à faire acquitter le client de Hearn. Hearn tenta donc de profiter de ce fait afin de se faire lui-même acquitter : son comportement n'avait en aucun temps été *susceptible* d'entraver le cours de la justice. La Cour suprême n'accéda pas à cet argument. La culpabilité de Hearn n'était aucunement tributaire des chances de succès de sa tentative :

The gravamen of the offence under s. 127 [désormais 139] is the wilful attempt to obstruct justice. It does not matter that the attempt is unsuccessful or, even, *that it does not have the potential for success*. When there is a wilful attempt, however misguided, to influence the outcome of a trial improperly the offence is complete²¹⁹.

L'impossibilité *absolue* de commettre l'infraction visée n'est donc pas un critère d'acquittement. Autrement dit, une condamnation pour tentative peut subsister malgré l'inexistence d'un risque de préjudice²²⁰. Cette conclusion explique notamment les condamnations pour tentative prononcées contre les accusés faisant affaire à leur insu avec une taupe. Le risque de préjudice est généralement nul en de telles circonstances et la culpabilité de l'accusé n'en est pas moins avérée. Par exemple, le médecin décidé à

217. *R. c. Hearn*, [1989] 2 R.C.S. 1180.

218. C.cr., art. 139 (2).

219. Motifs du juge en chef Goodridge repris par la Cour suprême : *R. c. Hearn*, (1989) 48 C.C.C. (3d) 376, 381 (C.A. T.-N.) (l'italique est de nous).

220. À titre d'illustration supplémentaire, cf. *R. c. Dalaney and Budge*, précité, note 215. *Contra* : *R. c. Smith*, (1982) 7 W.C.B. 361 (C.P. Ont.) : un accusé ivre se méprend et tente d'ouvrir à l'aide de sa clé un véhicule à moteur identique au sien. Le tribunal refuse de le condamner pour tentative de garde d'une voiture avec facultés affaiblies au motif qu'il lui était impossible de mettre en œuvre son intention et de devenir ainsi une menace au volant pour le public. Cette décision ne paraît guère conforme à la jurisprudence postérieure de la Cour suprême en matière de tentative : cf. les arrêts *Detering c. La Reine*, précité, note 216 et *R. c. Hearn*, précité, note 217. Il est donc permis de douter de sa pertinence.

procéder à un avortement illégal à la demande d'une policière se rend coupable de tentative au sens de l'article 24 C.cr.²²¹.

Le droit est parfois fondé à ne pas s'arrêter à l'absence de risque de préjudice²²². Le juriste Peter MacKinnon s'en explique fort bien :

The rules of the criminal law are those rules which we feel are necessary for the preservation of social order [...] [dangerous acts] are not our sole concern. We are also concerned that the rules of the criminal law should be taken seriously and so we punish not only those who break them, but also those who try to break them²²³.

Aussi ne doit-on pas s'étonner de la décision du législateur anglais d'aller à l'encontre de la jurisprudence de la Chambre des lords et d'éliminer la défense d'impossibilité²²⁴.

4.1.4 L'impossibilité et la notion de commencement d'exécution

Ce serait faire bon marché du texte de l'article 24 (1) C.cr. que de dire : le commencement d'exécution ne peut jamais être franchi, puisque l'infraction visée était impossible à perpétrer. La Cour suprême a eu tôt fait de le comprendre comme en fait foi l'arrêt *Detering*. Detering pensait avoir berné sa victime qui savait pourtant tout de son dessein malhonnête²²⁵. Une fois accusé, Detering prétextait qu'il n'avait pu franchir le stade du commencement d'exécution vu l'impossibilité de duper la victime. La Cour réfuta cette thèse :

[...] l'appelant ne me convainc pas lorsqu'il plaide que, s'il y a impossibilité, l'accusé ne peut par ses actes se rapprocher de la réalisation du projet de manière qu'il y ait imminence. Suivant mon interprétation, le par. 24(1) fait une toute [sic] autre distinction qui exige simplement la preuve d'une intention et de ce que l'accusé a dépassé la simple préparation en faisant, comme en l'espèce, une fausse déclaration, même si cela n'a pas entraîné la réalisation intégrale de son projet²²⁶.

221. *R. c. Young*, (1949) 94 C.C.C. 117 (C.S.P. Qué.). Pour des exemples analogues en matière de tentative de fraude et de tentative d'escroquerie, cf. J. GAGNÉ et P. RAINVILLE, *op. cit.*, note 122, pp. 212-213 et 250-252.

222. *Cela dit, la nature du risque de préjudice envisagé par l'accusé est, quant à elle, déterminante* : *supra*, pp. 954-955 et *infra*, p. 965.

223. P. MACKINNON, *loc. cit.*, note 188, 272.

224. *Criminal Attempts Act 1981*, précité, note 14, art. 1 (2) et (3). Le législateur anglais a pris le contre-pied de l'arrêt *Haughton c. Smith*, [1975] A.C. 476. La jurisprudence anglaise finira par vaincre difficilement ses propres réticences (*Anderson c. Ryan*, [1985] A.C. 560) et donner plein effet au vœu du législateur (*R. c. Shivpuri*, [1987] A.C. 1).

225. Les faits de cette affaire sont exposés *supra*, p. 957.

226. *Detering c. La Reine*, précité, note 216, 586. La Cour suprême mettait fin du même coup à une controverse doctrinale. Sa décision revient à donner raison à Glanville Williams (précité, note 202) et tort à Alan Gold (« Reply to Glanville Williams », (1979-80) 22 *Crim. L.Q.* 249 et « "To Dream the Impossible Dream" : A Problem in Criminal Attempts (and Conspiracy) Revisited », (1979) 21 *Crim. L.Q.* 218).

Autrement dit, le fait que l'infraction soit irréalisable ne signifie pas que le commencement d'exécution ne puisse être atteint. La question du commencement d'exécution doit s'apprécier en fonction de la propre perception qu'a l'accusé des faits. Comme l'indique Glanville Williams : « For if one can in law attempt the impossible, notwithstanding the proximity rule, it follows that the proximity rule must be applied in relation to supposed and not actual facts²²⁷. »

4.1.5 L'impossibilité et la notion de *mens rea*

L'accusé doit avoir le ferme propos de perpétrer un crime. Sa connaissance de l'impossibilité de le commettre sera donc susceptible de l'innocenter. Comment dire que l'inculpé entendait commettre une infraction s'il la sait irréalisable²²⁸ ?

L'impossibilité objective de perpétrer un crime suffira d'ailleurs parfois à douter de la volonté du prévenu de le commettre. Un policier aperçoit un intrus ouvrir la porte d'une camionnette et se pencher à l'intérieur du véhicule. Le constable l'interpelle à ce moment et une accusation de tentative de vol de la camionnette est portée contre lui. D'après la preuve, l'accusé n'était muni d'aucune clé ni aucun outil lui permettant de mettre le véhicule en marche. Autrement dit, le vol de la camionnette s'avérait carrément impossible. La Cour d'appel conclut de ce fait à l'absence d'intention malhonnête en ce qui concerne le véhicule : « I am not satisfied that the intent can be inferred merely by what the accused did [...] The fact that the accused has had no means of putting the vehicle in motion weighs heavily against the Crown²²⁹. » Comme le fait remarquer la Cour, il s'agissait plus vraisemblablement d'une tentative de voler des objets à l'intérieur du véhicule plutôt que le véhicule lui-même.

227. G. WILLIAMS, *loc. cit.*, note 226, 52 ; J.C. SMITH et B. HOGAN, *op. cit.*, note 73, p. 330 : « [...] the court must ask, "would the act have been more than merely preparatory to the commission of the offence if the facts had been as D believed them to be ?" » Robert Mansell formule pourtant des réserves sur ce sujet : R. MANSELL, « Attempting the Impossible in the Supreme Court of Canada », (1983) 31 C.R. (3d) 357. Par ailleurs, cf. la nuance de prime abord astucieuse de M. THORNTON, « Attempting the Impossible (Again) », (1983) 25 *Crim. L.Q.* 294, 301, de manière à ne pas qualifier les incantations d'un vaudou de tentative de meurtre ; on doit néanmoins se demander si le critère de M. Thornton concorde parfaitement avec le raisonnement de la Cour suprême dans l'arrêt *R. c. Hearn*, précité, note 217 : voir *supra*, p. 958.

228. « Of course, if he knows that completion is impossible, he cannot intend the purpose and would not be liable because he lacks the *mens rea* » : A.W. MEWETT et M. MANNING, *op. cit.*, note 21, p. 323.

229. *R. c. T. (S.)*, (1994) 23 W.C.B. (2d) 59 (C.A. C.-B.). Opposer l'acquiescement prononcé dans l'arrêt *T. (S.)* et l'*obiter* des juges majoritaires dans l'affaire *Coleville*, (1988) 26 Q.A.C. 186.

En somme, l'impossibilité de commettre le crime était manifeste. Il était dès lors permis de penser que l'accusé le savait aussi et n'avait pas l'intention de le commettre.

Le juge doit être d'avis que l'inculpé entendait perpétrer l'infraction. Voilà qui suppose que l'accusé ait cru en l'existence des éléments constitutifs de l'infraction. D'où le bien-fondé de l'acquittement prononcé dans l'arrêt *Cline*²³⁰. Une policière se fait passer pour une prostituée. Elle rencontre l'accusé et exprime le désir de poursuivre ses activités dans une autre ville. L'accusé s'offre alors comme proxénète. Ses propos lui valent d'être inculpé de « tentative d'induire une personne de sexe féminin à devenir fille publique²³¹. » La Cour d'appel l'acquitte. Certes, il aurait été impossible de convaincre la plaignante de devenir une prostituée. Mais telle n'était pas non plus l'intention du prévenu qui ignorait tout de l'identité véritable de la policière : il était persuadé d'avoir affaire à une prostituée d'expérience. Il n'avait donc jamais eu l'intention de l'induire à *devenir* une fille publique.

En matière d'infraction impossible, force est de différencier celui qui sait et celui qui se trompe. Le premier est innocent, le second, coupable. L'accusé au courant de l'impossibilité de perpétrer le crime projeté devrait généralement être acquitté : sa volonté de commettre une infraction irréalisable est invraisemblable²³². Celui qui ignore le caractère irréalisable de son crime devrait, au contraire, être condamné. De nombreux arrêts sont en ce sens²³³. Aussi y a-t-il lieu d'émettre de très sérieuses réserves au sujet de la décision rendue en 1995 par la Cour d'appel de l'Ontario dans l'affaire *Dynar*²³⁴. L'une des questions alors en litige est de savoir si le prévenu s'est rendu coupable de tentative de blanchiment d'argent. Le crime complet de blanchiment constitue lui-même une infraction de *mens rea*. Selon l'article 462.31 du Code, l'accusé doit avoir l'intention de cacher ou convertir les biens en question « sachant qu'ils ont été obtenus ou proviennent » de la perpétration d'une infraction de criminalité organisée ou reliée à la drogue.

L'accusé *Dynar* a participé à son insu à une opération menée par des policiers américains. *Dynar* leur a fait part de sa volonté de blanchir de l'argent de la drogue. De nombreuses démarches ont eu lieu à cet effet et

230. *R. c. Cline*, (1982) 65 C.C.C. (2d) 214 (C.A. Alb.).

231. L'accusation était portée en vertu de l'ancien article 195 (1) d) C.cr. Cette disposition a été modifiée et est devenue l'article 212 (1) d) actuel.

232. *Supra*, pp. 960-961.

233. Cf. notamment les arrêts *R. c. Hearn*, précité, note 217 et *Detering c. La Reine*, précité, note 216, de la Cour suprême (*supra*, pp. 957-958), les affaires *R. c. Gagnon* et *R. c. Scott*, précitées, note 204, *R. c. Royer*, précité, note 216 de même que *R. c. Dalaney and Budge*, précité, note 215.

234. L'arrêt *Loewen*, précité, note 40, écarte d'ailleurs l'affaire *Dynar*.

l'intention illicite de Dynar ne s'est jamais démentie. Il était persuadé — à tort — d'obtenir sous peu de l'argent recyclé. Les États-Unis décident à ce moment de réclamer son extradition et la question se pose de savoir si son comportement équivaut à une tentative au sens de l'article 24 C.cr. La Cour d'appel ontarienne juge que non.

La Cour d'appel préfère se fonder sur le libellé de l'article 462.31 C.cr. plutôt que sur celui de l'article 24 C.cr. Ainsi refuse-t-elle d'entrée de jeu de se pencher sur la question de l'infraction impossible²³⁵. L'eût-elle fait que la culpabilité de Dynar n'aurait fait aucun doute. La Cour préfère s'attarder sur le texte de l'article 462.31 C.cr. Aux termes de cette disposition, l'accusé doit *connaître* la provenance illicite de l'argent : se croire — à tort — en possession d'argent recyclé n'est pas suffisant au sens de l'article 462.31 C.cr. Cette disposition exige la connaissance par opposition à une croyance erronée. Partant, le même état d'esprit sera requis pour le crime de tentative²³⁶ :

[...] knowledge and belief are legally different [...] where the substantive offence requires a specific mental element on the part of the accused, the accused cannot be convicted of an attempt to commit the offence absent the specific mental element required for the substantive offence. Thus, when actual knowledge is an essential element of a substantive offence, actual knowledge must form part of the mental element which constitutes the intent required by s. 24 (1) [...] the respondents' argument seeks to substitute belief for knowledge when the offences created by statute require the latter. *There is nothing in s. 24 (1) which authorizes such substitution*²³⁷.

Ce raisonnement suscite quatre reproches :

1) Contrairement à l'affirmation de la Cour d'appel, le libellé de l'article 24 (1) impose de tenir compte de la croyance erronée de l'accusé. C'est précisément l'effet des mots « est coupable d'une tentative de commettre l'infraction, *qu'il fût possible ou non*, dans les circonstances, de la commettre ». *Ces mots intéressent au premier chef la définition de la mens rea de la tentative* : la conviction de l'accusé de commettre une infraction suffit à le condamner même s'il se méprend totalement quant à ses chances de réussite.

2) L'article 24 (1) C.cr. exige la preuve de « l'intention de commettre une infraction ». L'intention de Dynar d'enfreindre l'article 462.31 C.cr. était criante. Il n'en fallait pas davantage pour conclure à sa culpabilité. La

235. *United States of America c. Dynar*, précité, note 207, 280.

236. La Cour reprend ce raisonnement en ce qui concerne l'allégation de « complot » de blanchiment d'argent. C'est pourtant oublier la jurisprudence antérieure : *R. c. Lore*, (1991) 12 W.C.B. (2d) 616 (C.S. Qué.).

237. *United States of America c. Dynar*, précité, note 207, 281 et 282 (l'italique est de nous).

Cour se trouve à poser une condition supplémentaire qui n'est conforme ni à la lettre de l'article 24 (1) ni à sa philosophie. La véracité de la croyance de l'accusé ne fait pas partie de la *mens rea* de l'article 24 (1) C.cr. Primo, l'article 24 (1) C.cr. se satisfait de la présence d'une intention illicite²³⁸ ; secundo, la croyance *erronée* de l'accusé quant à la réalisation de son crime permet de le condamner²³⁹.

3) À la lumière de l'arrêt *Zundel*²⁴⁰, il se peut que l'insouciance ne suffise pas à condamner en vertu de l'article 462.31 C.cr. Il se peut, dès lors, que l'insouciance ne suffise pas davantage lors d'une accusation de tentative d'enfreindre l'article 462.31 C.cr. Mais il n'était aucunement reproché à Dynar d'avoir été insouciant quant à la provenance des fonds : il avait, au contraire, l'intime conviction de se procurer de l'argent recyclé. Il était poursuivi précisément pour avoir eu l'*intention* de procéder à un blanchiment d'argent. L'intention de Dynar de violer l'article 462.31 était avérée ; elle était par contre irréalisable. Le texte de l'article 24 (1) commande dans un tel cas la condamnation du prévenu.

4) Le formalisme de la Cour d'appel quant à la distinction entre la connaissance et la croyance est celui-là même que rejette Glanville Williams en matière de tentative²⁴¹.

4.2 L'infraction inexistante

Il n'est de tentative que si le crime projeté par l'accusé existe bel et bien en droit. L'article 24 (1) C.cr. réprime les crimes impossibles à commettre et non les crimes imaginaires²⁴².

238. *Bien évidemment, l'existence de l'intention de l'accusé ne dépend aucunement de la véracité de ses connaissances.* Une personne incendie en pleine nuit la maison de son ennemi afin de le tuer. Or la victime visée couchait ailleurs ce soir-là. L'accusé avait beau être mal informé, il n'en a pas moins eu l'intention de tuer son ennemi. Comme le souligne Williams dans un contexte apparenté : « If a person knows or believes he knows the existence of a particular circumstance attending his conduct, then his conduct is intentional as regards that circumstance, and his intent or state of mind is certainly not innocent in law [...] If it be granted that a person who acts with belief as to a circumstance acts intentionally with regard to that circumstance, then the man has acted intentionally » : G. WILLIAMS, *loc. cit.*, note 226, 54. Cf. aussi J.C. SMITH et B. HOGAN, *op. cit.*, note 73, p. 330.

239. En guise d'exemple, cf. les arrêts *R. c. Loewen*, précité, note 40, *R. c. Dalaney and Budge*, précité, note 215, *Detering c. La Reine*, précité, note 216, *R. c. Royer*, précité, note 216 et *R. c. Timar*, [1969] 3 C.C.C. 185 (C. cté Ont.).

240. *R. c. Zundel*, (1987) 31 C.C.C. (3d) 97 (C.A. Ont.), repris dans l'affaire *United States of America c. Dynar*, précitée, note 207. À noter que l'arrêt *Zundel* ne porte aucunement sur la définition de l'élément mental de la tentative.

241. G. WILLIAMS, *op. cit.*, note 98, p. 407.

242. Le droit anglais est au même effet : G. WILLIAMS, *op. cit.*, note 98, pp. 407-408.

Une condamnation pour tentative s'avère impensable sitôt que la conduite — telle qu'envisagée subjectivement par l'accusé — ne correspond pas à un crime. L'intention illicite du prévenu doit correspondre à une véritable infraction. Il n'y a donc pas lieu de sévir dans les deux hypothèses suivantes :

1) *Aucun crime ne correspond au comportement envisagé par l'accusé.*

Par exemple, un nouvel immigrant commet un adultère en pensant violer de la sorte le *Code criminel* canadien. Il n'a pas enfreint l'article 24 C.cr., puisqu'il n'a pas tenté de commettre une infraction connue du droit canadien²⁴³.

L'erreur de droit pénal du prévenu ne se retourne pas contre lui²⁴⁴. Elle pourra attester de son peu de scrupule : l'individu en question ne s'est pas empêché de commettre ce qu'il croyait être un crime. Le droit ne sévira pas pour autant. Comme le fait ressortir la très belle synthèse d'Andrew Ashworth, c'est là tout l'intérêt de la distinction entre une erreur de droit et une erreur de fait :

If D is mistaken about the law, believing that certain conduct is an offence when it is not, there is no liability for an attempt. Thus, where D believed that he was smuggling currency into the country but there is no offence of importing currency, there could be no conviction. This is easily explained: there is no crime to be attempted, only an imaginary crime. But it can also be seen as a corollary of the maxim that ignorance of the law is no excuse: a mistake about the criminal law neither exculpates nor inculpates. By contrast, a mistake as to the facts may exculpate (subject to other policies relevant to mistakes) or inculpate (as an impossible attempt), since the general principle is that D is judged on the facts as he or she believed them to be²⁴⁵.

Le principe de la légalité fait obstacle à une condamnation en pareilles circonstances : aucun crime ne correspond à l'infraction envisagée par le prévenu²⁴⁶. Cette conclusion s'avère inéluctable en droit canadien : l'article 463 C.cr. calcule la peine de la tentative en fonction du châtement

243. « Not only is there no *actus reus* of a crime but there is no *mens rea* either » : annotation de J.C. Smith à l'arrêt *D.P.P. c. Huskinson*, [1988] Crim. L.R. 620, 623. Cf. aussi D. STUART, *op. cit.*, note 40, p. 614 ; A.W. MEWETT et M. MANNING, *op. cit.*, note 21, p. 326.

244. Quant à une méprise de droit privé, cf. J.C. SMITH, *loc. cit.*, note 243.

245. A. ASHWORTH, *op. cit.*, note 44, p. 452.

246. « Thus, D should be judged on the facts as he believed them to be, but on the law as it is [...] At this point, then, the intentions and beliefs of the defendant — so fundamental to liability for criminal attempts — yield to the policy of accepting the law as it stands » : A. ASHWORTH, « Criminal Attempts and the Role of Resulting Harm Under the Code, and in the Common Law », (1988) 19 *Rutgers L.J.* 725, 762.

rattaché à l'infraction visée. L'existence de l'infraction visée est donc obligatoire.

Cette solution prend aussi acte du caractère souverain des choix du législateur en ce qui concerne la nature des maux qu'il convient de prévenir. Si un mal est jugé si bénin qu'il n'existe aucun crime pour l'enrayer, la tentative de commettre ce mal ne saurait évidemment être elle-même illicite. Voilà qui consacre à nouveau le rôle cardinal de la notion de risque de préjudice en matière de tentative.

Autrement dit, la culpabilité morale de l'inculpé n'appelle pas, à elle seule, l'intervention du droit criminel. Le préjudice projeté par l'accusé doit être de ceux que le droit interdit déjà.

Il importe, d'autre part, de ne pas confondre la nature du risque de préjudice et le degré d'appréhension de ce risque. Le risque de préjudice est parfois nul en présence d'une infraction impossible à perpétrer²⁴⁷. On ne saurait alors parler d'un quelconque degré d'appréhension. Cela dit, la nature du risque de préjudice envisagé par l'accusé n'en demeure pas moins déterminante. Il ne sera coupable que si le préjudice qu'il entendait créer est de ceux que défend le droit pénal.

2) *Le crime existe bel et bien, mais il n'englobe pas le comportement que croit adopter l'accusé.*

L'erreur de perception de l'accusé permet de le condamner lorsque les circonstances auxquelles il croit correspondre à une infraction. Par exemple, un individu a la certitude d'obtenir auprès de bandits des billets de banque volés alors qu'on lui remet plutôt de la fausse monnaie. Ce qu'il a l'impression d'accomplir correspond à un crime, la possession de biens volés. Il se rend ainsi coupable de tentative de possession de biens volés²⁴⁸.

C'est tout le contraire dans l'exemple suivant. L'accusé rentre de vacances à l'étranger. Il rapporte des marchandises d'une valeur de 300 \$. L'exemption personnelle fédérale se chiffre à 300 \$, mais il croit à tort qu'elle est de 200 \$. Aussi déclare-t-il aux douaniers que la valeur de ses achats s'établit à 200 \$. Sa fausse déclaration ne constitue pas une tentative de fraude au sens de l'article 24 C.cr.²⁴⁹ : ce qu'il a l'impression d'accomplir n'équivaut tout simplement pas à une infraction.

Il faut donc satisfaire à deux conditions : le crime doit exister *et* l'infraction que croit commettre l'accusé doit correspondre à la définition

247. Cf., par exemple, l'affaire *Hearn* analysée *supra*, section 4.1.3.

248. À rapprocher de *R. c. Dalaney and Budge*, précité, note 215.

249. Cette illustration s'inspire de celle de J. FORTIN et L. VIAU, *op. cit.*, note 30, p. 326.

juridique de ce crime²⁵⁰. Par exemple, l'appropriation malhonnête de renseignements confidentiels n'est pas considérée comme un vol en droit canadien²⁵¹. Partant, la personne tentant de se procurer des données confidentielles ne commet pas de tentative de vol²⁵².

L'arrêt *Burgess* corrobore cette thèse. Aidé d'un tournevis, l'inculpé essaie d'ouvrir un casier postal dans un bureau de poste. Il est accusé de « tentative de vol de courrier ». Le vol de courrier se définit ainsi : quiconque vole « une chose envoyée par la poste, après son dépôt à un bureau de poste et *avant* sa livraison²⁵³. » Selon la loi fédérale, la livraison est chose faite dès le dépôt du courrier dans le casier postal. La Cour d'appel se voit donc obligée d'acquitter l'accusé : « [...] it is an offence that can be committed only before delivery, and here the contents of this box had been delivered²⁵⁴. » Le tribunal était, selon nous, fondé de rejeter l'accusation de tentative : le crime projeté ne correspondait aucunement à l'acte interdit par la loi. Ni le comportement de l'accusé *ni* le crime qu'il avait en tête ne répondaient à la définition du vol de courrier de l'article 356 (1) a) (i) C.cr.²⁵⁵.

Le crime élaboré mentalement par l'accusé se doit de correspondre à la définition juridique de l'infraction pour laquelle il est inculpé de tentative. Il eût mieux valu inculper Burgess de tentative de vol. Comme le soulignent Fortin et Viau : « Le même comportement peut être une tentative de commettre une infraction et ne pas constituer une tentative pour commettre une autre infraction²⁵⁶. »

Comme le sous-entend l'arrêt *Burgess*, ce que compte faire l'accusé doit correspondre au crime pour lequel il est inculpé de tentative. Voilà le principe qu'omet malencontreusement l'arrêt *Severight*. L'accusé poignarde à dessein sa compagne à l'abdomen alors qu'elle est enceinte de huit mois et demi. Le fœtus est mort-né. La Cour reconnaît ne pas pouvoir le condamner pour meurtre ; un fœtus ne représente pas un être humain au sens du Code²⁵⁷. Elle estime par contre pouvoir le citer à comparaître pour

250. À titre d'analogie avec le complot, cf. *R. c. Chow Sik Wah and Quon Hong*, [1964] 1 O.R. 401 (C.A.); A.W. MEWETT et M. MANNING, *op. cit.*, note 21, p. 341.

251. *R. c. Stewart*, [1988] 1 R.C.S. 963. Il en va autrement si le support matériel renfermant les renseignements est lui-même subtilisé : J. GAGNÉ et P. RAINVILLE, *op. cit.*, note 122, pp. 47-53.

252. J. GAGNÉ et P. RAINVILLE, *op. cit.*, note 122, pp. 25-26. Il en irait différemment si l'accusé essayait également de s'approprier le document renfermant l'information confidentielle.

253. C.cr., art. 356 (1) a) (i).

254. *R. c. Burgess*, (1976) 33 C.C.C. (2d) 126, 128 (C.A. C.-B.).

255. Burgess n'était pas victime d'une erreur de perception. C'est ce qui distingue cet arrêt d'avec l'affaire *R. c. Dalaney and Budge*, précitée, note 215.

256. J. FORTIN et L. VIAU, *op. cit.*, note 30, p. 326.

257. C.cr., art. 223.

tentative de meurtre. L'impossibilité juridique de commettre un meurtre n'est pas, selon elle, un obstacle à une poursuite pour tentative de meurtre :

[...] it would appear to be specious and circular reasoning to argue that since you cannot murder a nothing at law, you cannot attempt to murder a nothing at law. Just because the target is a corpse (or legally a non-person) when the accused stabs does not mean that the elements of criminal attempt have not been satisfied. In my judgment the primary function of the law of criminal attempt is to deter persons who have displayed by clear conduct a sincere intention of completing acts dangerous to individuals in society²⁵⁸.

L'analogie avec l'hypothèse du cadavre est boiteuse. Certes, une tentative de meurtre est commise si l'accusé essaie de tuer une personne ayant déjà succombé. Il en est ainsi parce que l'accusé croit la victime en vie. S'il la sait morte et croit commettre, malgré tout un meurtre, il ne se rend évidemment pas coupable pour autant de tentative de meurtre. Le premier cas consiste en une erreur de fait (la croyance que la victime vit toujours), le second cas, en une erreur de droit (la croyance que s'en prendre à un cadavre — ou à un fœtus — constitue un meurtre).

Conclusion

La répression de la tentative ne saurait s'affranchir de la notion de risque de préjudice. Aussi notre étude se fonde-t-elle sur la distinction suivante : 1) la nature du risque projeté ; 2) le degré réel d'appréhension de ce risque.

La nature du risque projeté conditionne l'intervention du droit pénal. En effet, l'interdiction de la tentative se fonde généralement sur la gravité du risque de préjudice qu'envisageait l'accusé. Les liens existant entre l'incrimination de la tentative et la gravité du risque envisagé sont nombreux :

i) Ces liens se reflètent tout d'abord dans la différence de traitement que réservent à la tentative le droit criminel et le droit pénal québécois. Ainsi, l'interdiction généralisée de la tentative prévue par le *Code criminel* peut se comprendre en raison de la gravité accrue des infractions de nature criminelle. À l'inverse, la gravité généralement moindre des infractions

258. R. c. *Severight*, (1993) 31 C.R. (4th) 45, 52. Grant, Chunn et Boyle sont d'avis que cette décision fait erreur : I. GRANT, D. CHUNN et C. BOYLE, *op. cit.*, note 177, pp. 5-32. Une affaire récente paraît également donner tort à l'arrêt *Severight* : R. c. *Drummond*, [1996] O.J. n° 4597 (C. Ont., div. prov.).

réglementaires provinciales explique l'absence de mécanisme législatif québécois de répression systématique de la tentative²⁵⁹.

Cette solution s'impose d'emblée. L'intervention du droit pénal se justifie en fonction du préjudice appréhendé. Il en va ainsi à plus forte raison de la tentative. En réprimant la tentative, le droit se permet d'intervenir hâtivement afin de faire échec à la menace que comporte la conduite de l'accusé. Le péril devra donc être suffisamment sérieux afin de légitimer l'immixtion précoce du droit pénal. Deuxièmement, le préjudice redouté se doit d'être d'autant plus grave qu'il s'agit de reprocher à un individu un comportement demeuré en marge de la conduite interdite dans le texte d'incrimination. La répression de la tentative se justifie ainsi davantage en matière criminelle qu'en matière réglementaire.

ii) L'importance normative du critère de la gravité de la conduite de l'inculpé se doit d'être reconnue²⁶⁰. Ce critère vient expliquer l'état du droit en matière de tentative de complot et de tentative d'incitation²⁶¹. Il permet aussi de comprendre pourquoi l'élément matériel de la tentative n'a pas à revêtir la forme d'un acte *interdit*. L'absence d'acte ostensiblement répréhensible de la part de l'accusé peut avoir précisément pour but de mieux déjouer la vigilance de la victime visée ; l'accusé qui s'emploie à dissimuler la gravité de son geste encourt à juste titre une sanction. Par contre, l'élément matériel de la tentative ne saurait consister, en principe, en un comportement *permis* expressément ou implicitement par la législation pénale elle-même²⁶². Pareil comportement ne présente pas, par hypothèse, le degré de gravité voulu pour faire encourir une quelconque sanction²⁶³.

iii) La nature du risque de préjudice demeure déterminante même en présence d'une infraction impossible à perpétrer. Il convient, en effet, de différencier l'infraction irréalisable et l'infraction inexistante. Dans le cas de l'infraction irréalisable, le prévenu tente de créer un préjudice défendu en droit. Dans le cas de l'infraction inexistante, le préjudice qu'entend créer l'accusé n'est aucunement défendu.

259. Le droit fédéral réglementaire fait exception à la règle. La répression de la tentative dans le domaine pénal fédéral ne tient pas compte, à première vue, de la nature du risque de préjudice: *supra*, pp. 921-922.

260. *Supra*, sections 1.1.2 à 1.1.2.4.

261. *Supra*, sections 1.1.2.3 et 1.1.2.4.

262. L'élément matériel de la tentative n'a pas à revêtir la forme d'un acte *interdit*. Il ne peut, par contre, consister en un comportement *permis* expressément ou implicitement par la législation pénale elle-même. Cette distinction est exposée *supra*, sections 1.1.2.1 et 1.1.2.2.

263. *Supra*, section 1.1.2.2.

Aucune sanction n'est possible en présence d'une infraction inexistante. Le préjudice projeté par l'accusé doit être de ceux que le droit interdit déjà ; sans quoi l'accusation de tentative sera rejetée²⁶⁴. Autrement dit, la nature du préjudice projeté par l'accusé vient décider de sa culpabilité.

Le droit pénal tient compte, dans une moindre mesure, du degré véritable d'appréhension du risque de préjudice. Plus le risque de préjudice va s'accroissant, plus la culpabilité de l'inculpé devient avérée. L'intensité du risque de préjudice s'avère un facteur de culpabilité.

Certes, l'existence d'un risque de préjudice n'est pas un préalable à la répression. La tentative de commettre une infraction irréalisable est passible de sanction selon l'article 24 (1) C.cr. Le droit pénal s'autorise donc parfois à sévir en l'absence de tout risque de préjudice²⁶⁵.

Hormis les cas d'impossibilité, le degré d'appréhension du risque de préjudice joue néanmoins un rôle appréciable. Il est au cœur même de la distinction entre l'acte préparatoire et le commencement d'exécution. Le droit préfère laisser au prévenu la chance de se raviser tant que le risque paraît suffisamment éloigné. L'impunité des actes préparatoires se justifie du fait que le risque de préjudice paraît encore suffisamment lointain pour permettre au prévenu de se raviser. Le droit se voit par contre contraint de sévir lors du commencement d'exécution car celui-ci atteste de la volonté de l'inculpé de persévérer dans son propos illicite. Sa culpabilité morale est plus grande et le risque de préjudice plus considérable. Ces deux facteurs conjugués justifient l'intervention du droit criminel. La possibilité que l'inculpé se ravise à la dernière minute est, à ce stade, trop hypothétique pour que le droit adopte une attitude attentiste. L'intensité du risque de préjudice devient ainsi un facteur de culpabilité²⁶⁶. L'intensité du risque de préjudice doit se mesurer de façon pragmatique²⁶⁷ en fonction de la spécificité du crime en cause²⁶⁸.

La répression de la tentative ne s'intéresse pas qu'à la notion de risque de préjudice. Elle fait de l'intensité de la culpabilité morale du prévenu un préalable à sa condamnation. Le droit pénal vérifie l'intensité de la culpabilité morale de l'accusé par l'intermédiaire de deux institutions, soit le commencement d'exécution et le particularisme de l'élément mental de la tentative :

264. *Supra*, pp. 964-965.

265. Le fondement de cette solution est abordé *supra*, section 4.1.3.

266. L'intensité du risque de préjudice ne saurait suffire à elle seule. Encore faut-il s'assurer de la détermination de l'accusé à perpétrer l'infraction. L'intensité de la culpabilité morale de l'accusé est un préalable à sa condamnation : *supra*, p. 936.

267. *Supra*, pp. 934-935.

268. *Supra*, pp. 935-936.

i) La distinction entre les « actes préparatoires » et le « commencement d'exécution » sert d'instrument de mesure de la détermination de l'accusé. Les actes préparatoires attestent de la volonté de l'inculpé de commettre une infraction. Le commencement d'exécution témoigne de la détermination de son propos. Sa culpabilité morale s'en trouve davantage accrue, tout comme, du reste, le danger que représente cet individu pour la société. La notion de commencement d'exécution a donc notamment pour objet de s'assurer de l'intensité de la culpabilité morale du prévenu²⁶⁹.

ii) Il est dès lors erroné de prétendre que l'élément mental est d'une plus grande importance que l'élément matériel en matière de tentative²⁷⁰. La notion de commencement d'exécution — qui relève de l'*actus reus* — exerce une influence indubitable sur la définition de l'élément mental nécessaire à une condamnation. Le commencement d'exécution revient à exiger la preuve d'une « volonté de persévérance » de la part de l'accusé²⁷¹.

iii) Le particularisme de l'élément mental de la tentative a pour fonction première de s'assurer de l'intensité de la culpabilité morale de l'accusé. Le degré accru de culpabilité morale exigé du prévenu explique, d'une part, la reconnaissance de certains moyens de défense telles la plaisanterie ou l'intoxication volontaire. La prise en considération de l'intensité de la culpabilité morale du prévenu explique, d'autre part, le rôle tout au plus limité de l'insouciance et l'exclusion de la négligence comme fondement de la tentative.

269. *Supra*, pp. 926, 927, 931-934 et 936.

270. *Supra*, pp. 942-943.

271. *Ibid.*