

Paroles de déraison et paroles de dérision : les excès de langage à l'épreuve du droit criminel canadien¹

Pierre RAINVILLE*

Words turned into crimes: the reprehensible use of speech under the scrutiny of Canadian criminal law

Palabras de desatino y palabras de irrisión: el exceso verbal confrontado en el derecho penal canadiense

Palavras transformadas em crimes: o excesso de linguagem face ao direito penal canadense

疯言讽语：加拿大刑法中的言论滥用

* Professeur titulaire, Faculté de droit, Université Laval.

¹ La présente étude s'inscrit dans la foulée de la participation de l'auteur à titre de chercheur et de conférencier au projet de recherche subventionné intitulé « De la satire à la violence verbale: quand l'humour – l'humeur engendre l'affrontement ». À la faveur d'un financement accordé par le Conseil de recherches en sciences humaines du Canada, ce projet de recherche franco-québécois a donné lieu, les 25 et 26 novembre 2010, à des Journées d'étude à la Maison des Sciences de l'Homme Paris Nord. Le thème abordé dans le présent article découle aussi de la participation de l'auteur comme conférencier à l'*École d'été internationale en linguistique légale* offerte conjointement et annuellement depuis 2013 par l'Université de Savoie à Chambéry et l'Université du Québec à Trois-Rivières. Le présent article aborde de concert la répression des errements linguistiques et le châtement des errements humoristiques. Le lecteur désireux d'approfondir la thématique de la répression de l'humour de manière plus générale – notamment l'humour comportemental – est invité à consulter l'ouvrage de Pierre RAINVILLE, *Les humeurs du droit pénal au sujet de l'humour et du rire*, Cowansville, Éditions Yvon Blais/Presses de l'Université Laval, 2005.

Résumé

La raillerie attire peu l'attention du pénaliste. Le droit et la dérision entretiennent, il est vrai, des rapports distants et malaisés: la sévérité de l'un s'accommode mal de la désinvolture de l'autre... Le procès des dérives langagières n'est pourtant pas inusité. La transgression propre à la dérision s'accompagne d'une contestation et les ambitions démesurées du rire ébrèlent parfois les valeurs incarnées par le droit criminel. D'ailleurs, toute parole, rieuse ou sérieuse, peut se faire frondeuse et devenir le creuset de l'excès.

Aussi la présente étude trace-t-elle les seuils d'intervention du droit criminel canadien à l'égard des paroles vexatoires. La menace, le sarcasme, la diffamation, l'insulte, les paroles d'exaspération, les propos colériques, l'exhortation, l'ironie, la confidence, le mensonge, la formulation d'un fantasme, l'allégorie, l'anathème, la rodomontade sont autant de modes de locution susceptibles de tomber dans les rets du droit criminel. Trois critères de différenciation entre le licite et l'illicite sont dégagés: le seuil de dangerosité des propos incriminés, le seuil de gravité du dessein du locuteur et le seuil d'ambiguïté possible des mots prononcés. À la faveur de l'étude de plusieurs crimes (menaces, complot, leurre sexuel informatique, racolage, parjure, instigation, incitation à la haine, diffamation, canular terroriste, incitation au suicide, tentative...), le présent article cerne les bornes de l'incrimination du verbe et différencie, ce faisant, les paroles futiles, les propos irréflechis et les dires malveillants.

Une ligne de partage fondamentale a ainsi trait à la finalité des paroles incriminées. À cet égard, la quête de vérité du droit pénal lui interdit de s'en tenir aux

Abstract

Derision and laughter are somewhat unfamiliar in criminal law. Irony fancies freedom whereas criminal law sets bars and bans. Yet criminal courts do turn their attention to the outrage that words can instill. Be they serious or ironic, words are capable of being excessive in and of themselves.

This article is aimed at measuring the confines as well as the role of criminal law vis-à-vis the use of despicable or hurtful words or turns of phrase. Threats, sarcasm, words of anger, instigation, words of exasperation, defamation, insults, words of hatred, allegories are amongst the many modes of expression canvassed in this text. A threefold analysis is advocated in order to differentiate criminal phrases from the mere deplorable use of words. Three criteria set the ambits of criminal law: criminalizing words is made dependent upon the degree of dangerousness of the impugned words, the degree of gravity of the accused's frame of mind and the possible degree of ambiguity of the words being used. Several offences are examined (conspiracy, threats, perjury, terrorist hoax, luring a child, communicating for purposes of prostitution, defamatory libel, counselling crime, incitement of hatred, counselling suicide, attempts) so as to differentiate futile words, careless words and ill-intentioned utterances.

A dividing line needs to be made according to the finality of the impugned words. In this regard, the quest for truth inherent to criminal law precludes any judgment being based upon the sheer apparent meaning of the uttered words. Criminal convictions are based upon a high level of certainty whereas words of-

seules apparences: le sens premier des mots n'est donc pas foncièrement déterminant. La parole est parfois le relent de l'incertitude, lors même qu'une condamnation pénale engage *une* certitude. Sauf à vouloir enfreindre la *Charte canadienne des droits et libertés*, aucune présomption de fait ne saurait résulter du seul usage de certains mots donnés. Il ne serait nullement judicieux de présumer qu'une personne pèse forcément le sens de ses paroles. L'ire et le rire logent d'ailleurs à la même enseigne juridique: les propos colériques et les paroles ironiques n'engagent pas leur auteur pénalement, pour peu qu'il n'ait point mesuré leur portée dommageable. L'impunité courante de l'ironie procède, au surplus, d'une cause supplémentaire. L'ironie possède naturellement des ambitions apparentées à celles du droit pénal: à son instar, elle se propose de châtier la bêtise et de pourfendre l'ignorance.

Resumen

Las palabras de mofa poco atraen la atención del penalista. El derecho y la irrisión mantienen, es verdad, una relación distante y difícil: la severidad del uno se acomoda mal con la desventura del otro... Sin embargo, el ultraje verbal no es inusual. La transgresión que es propia a la burla se acompaña de una oposición y las ambiciones desmesuradas de la risa chocan contra los valores encarnados por el derecho penal. De hecho, toda palabra, sea seria o risible, puede volverse impertinente y convertirse en un crisol de excesos.

El presente estudio traza los umbrales de intervención del derecho penal canadiense con respecto a las palabras de

ten carry a level of uncertainty as to their precise meaning. The *Canadian Charter of Rights and Freedoms* bars the adoption of any factual presumption that would be premised solely on the words themselves. As the Supreme Court of Canada once indicated, countless are those who do not weigh their words. As a result, words of mockery and words of anger are on a par; those uttering such words will escape conviction if they did not contemplate the harm they convey. The freedom with which irony operates has a further explanation. Like criminal law, irony's goal is to condemn stupidity and to eradicate ignorance. Despite their distinct features, criminal law and irony often walk hand in hand.

Resumo

A zombaria atrai pouco a atenção dos penalistas. O direito e a zombaria têm, é verdade, uma relação distante e desconfortável: a severidade de um se acomoda mal à desventura do outro.. O processo de zombarias linguísticas não é, no entanto, inusitado. A transgressão própria à zombaria é acompanhada de uma contestação e as ambições desmedidas do riso atingem às vezes valores encarnados pelo direito penal. Aliás, toda palavra, séria ou não, pode mostrar-se afrontadora e tornar-se o cadinho dos excessos.

O presente estudo traça os limiares da intervenção do direito penal canadense com relação às falas vexatórias. A

vejamen. La amenaza, el sarcasmo, la difamación, el insulto, las palabras de exasperación, las exclamaciones de ira, la exhortación, la ironía, la confidencia, la mentira, los productos de la imaginación, la alegoría, el anatema, la fanfarronería son modos de expresión susceptibles de entrar en la esfera del derecho penal. Se exponen tres criterios para diferenciar entre lo lícito y lo ilícito: el potencial de peligrosidad de las palabras incriminadas, el umbral de gravedad de la intención del locutor y el umbral de ambigüedad de las palabras pronunciadas. Para facilitar el estudio de varios delitos (amenazas, conspiración, señuelo sexual, reclutamiento, perjurio, instigación, incitación al odio, difamación, falsa alarma terrorista, la inducción al suicidio, tentativa...), este artículo identifica los límites de incriminación de la palabra y distingue, de este modo, entre las palabras fútiles, las afirmaciones temerarias y las declaraciones maliciosas.

Una línea fundamental de división se refiere así a la finalidad de las palabras incriminadas. En este aspecto, la búsqueda de la verdad inherente al derecho penal prohíbe atenerse únicamente a las apariencias: el primer significado de las palabras no es completamente determinante. Las palabras contienen a veces un dejo de incertidumbre, aún cuando una condena penal exige un alto nivel de certeza. A menos que se quiera infringir la *Carta Canadiense de Derechos y Libertades*, ninguna presunción de hecho puede basarse en el solo uso de determinadas palabras. No sería prudente asumir que una persona sopesa el sentido de sus palabras. La ira y la risa albergan de hecho la misma consigna jurídica: las palabras iracundas o irónicas no comprometen penalmente a su autor, si este

ameaça, o sarcasmo, a difamação, o insulto, as falas de exasperação, as falas coléricas, a exortação, a ironia, a confiança, a mentira, a formulação de uma fantasia, a alegoria, o anátema, a bravata são modos de locução suscetíveis de cair nas redes do direito penal. Três critérios de entre o lícito e o ilícito são apontados: o limiar de periculosidade dos propósitos incriminados, o limiar de gravidade do desígnio do locutor e o limiar de ambigüidade possível das palavras pronunciadas. A favor do estudo de vários crimes (ameaça, complô, terrorismo, isca sexual, solicitação, perjúrio, instigação, incitação ao ódio, difamação, embuste terrorista, incitação ao suicídio, tentativa...), o presente artigo se centra na incriminação do verbo e, ao fazê-lo, diferencia as falas fúteis, os propósitos impensados e os dizeres maliciosos.

Uma linha divisória fundamental tem relação com a na finalidade de falas incriminadas. Sobre isso, a busca da verdade do direito penal proíbe de se ater somente as aparências: o sentido original da palavra não é, portanto, determinante. A fala é às vezes o vestígio da incerteza, mesmo quando uma condenação penal introduz *uma* certeza. A menos que se queira violar a *Carta Canadense de Direitos e Liberdades*, nenhuma presunção de fato pode resultar simplesmente do uso de certas dadas palavras. Não seria nem um pouco judicioso presumir que uma pessoa pese obrigatoriamente o sentido suas palavras. A ira e o riso estão, por sinal, abrigados sob a mesma rubrica jurídica: os ditos coléricos e as falas irônicas não responsabilizam seu autor penalmente, desde que ele não tenha a intenção de causar o dano. A impunidade corrente da ironia se trata, ademais, de uma causa suplementar. A ironia possui

no ha medido su alcance perjudicial. La impunidad actual de la ironía procede, además, de una causa adicional. La ironía posee naturalmente ambiciones afines a los del derecho penal: se propone condenar la estupidez y erradicar la ignorancia.

naturalmente ambições aparentadas aquelas do direito penal: seguindo seu modelo, ela se propõem castigar a besteira e matar a ignorância.

摘要

讥讽言论几乎受到刑法学家们的忽略。权利与嘲讽保持着一种别扭的关系：权利所要求的严肃与讽刺要求的恣意格格不入。然而，因言治罪也并非罕见。因讥讽而犯罪通常会遭到质疑，过度讥讽有时也会损害刑法所体现的价值。另一方面，任何言论，不论轻浮或严肃，可能会招致责难并成为权力滥用的温床。

本文考察了加拿大刑法对于过激言论边界的规定。威胁、讽刺、诽谤、侮辱、怒言、愤言、教唆、讥言、隐言、谎言、呓语、讽喻、诅咒、夸口均为可能掉入刑法陷阱的言语形式。在合法与非法之间有三条区分标准：治罪言论的危险性边界、言论人主观意图的严重性边界、言论本身可能的模糊性边界。根据对多个案例的研究，本文界定了因言获罪的边界，并因此区分出三种言论类型：无意义的言论、轻率的言论、恶意的言论。

基本的划分标准与入罪言论的目的有关。因此，刑法对真相的追求要求其不能只看事物的表面：言语的字面含义不具有完全的决定意义。言论有时可能出自没有把握，而入刑则要求确定性。除非想要违反《加拿大权利与自由宪章》，不得仅凭几句言论就做出任何推定。法律为愤怒与玩笑设置了相同的界限标准：愤言与讥言的说话者无罪，只要他没有掂量言论的轻重。讥言不犯罪还有另外一个原因。讥言本身就蕴含了刑法的目的：与刑法一样，讥言致力于惩罚愚蠢，攻击无知。

Plan de l'article

Introduction	43
I. Les paradoxes de la répression	44
II. Les fondements de la répression	46
A. Les ambitions mesurées du droit criminel.....	46
B. Les ambitions démesurées du rire.....	51
1. La dérision ou le sens de la transgression.....	51
2. Les catégories d'humour suspect.....	53
III. Les bornes de la répression	55
A. L'affront corporel	56
B. L'affront intellectuel.....	61
1. L'humour attentatoire à la réputation d'un individu.....	62
2. L'humour attentatoire à l'honneur d'une collectivité d'individus.....	65
C. L'affront sécuritaire	68
1. Les paroles étourdies	69
2. Les dire de facétie	71
3. Les paroles menaçantes	72
a. La catégorisation des dire.....	73
<i>i. Les propos futiles</i>	74
a- Sens apparent et sens réel des paroles prononcées	74
b- Éléments de contextualisation des paroles prononcées.....	75
c- Sens apparent et sens littéraire.....	82

ii. Les paroles irréfléchies	86
a- La teneur de l'analyse subjective	86
b- La teneur de la faute morale.....	90
c- La teneur de l'administration de la preuve	97
iii. Les propos colériques et les propos badins : dissemblances et similitudes	99
iv. Les paroles de confiance.....	101
a- La formulation d'un dessein criminel à un éventuel acolyte	101
• Une interprétation prétorienne en porte-à-faux avec la vocation de l'article 264.1 C.cr	102
• Une interprétation jurisprudentielle en porte-à-faux avec l'ordonnancement prescrit par le Code criminel	104
b- L'évocation d'un dessein criminel auprès d'un psychologue.....	106
b. Les considérations méthodologiques relatives à la définition de la menace et à son identification	110
i. L'office du juge d'instance et le droit de regard du tribunal supérieur	110
ii. L'office du juge d'instance et l'apport du linguiste	115
4. Les énoncés ironiques.....	116
a. L'ironie et la haine.....	117
b. L'ironie et l'intolérance	120
c. L'ironie et l'incompréhension	121
Conclusion	123

La raillerie bafoue. Frondeuse, elle se moque d'autrui tout comme elle se joue des interdits. Éprise de liberté au point de s'ériger souvent au-dessus des conventions, la dérision se croit seule investie du droit de juger du bien-fondé du sort réservé à la personne moquée.

La dérision tient donc régulièrement de l'affront. Pareille bravade emprunte, du reste, les genres les plus divers. Elle s'allie tantôt la parole, tantôt le geste. Que l'on songe, pêle-mêle, à l'accusé qui tourne en dérision le juge qui instruit le procès; à l'effleurement ou à la caresse qui traduit un humour sexuel déplacé; au canular terroriste; à l'adolescent qui se sert de Facebook pour insulter son vis-à-vis et lui conseiller sarcastiquement de s'ôter la vie sans soupçonner le passage à l'acte; au loustic qui s'amuse à berner un policier en lui faisant mener une enquête portant sur un crime imaginaire; à l'individu qui braque une arme à feu pour faire faussement croire à un ami qu'il s'appête à faire feu; à l'ironie diffamante; aux menaces proférées à la blague. Cette énumération laisse poindre une réalité: les plaisanteries et les actes de dérision abondent et leur gravité ne peut guère laisser le droit indifférent.

La répression de la parole railleuse, comme celle des propos vexatoires dans leur ensemble, ne va pourtant pas sans aléas. Certes, le droit a l'habitude des mots. Le droit, fait-on remarquer avec justesse, est la discipline qui convoque «le plus fondamentalement et stratégiquement la parole»². Le juridique est imprégné de discours: l'œuvre écrite du législateur, le corpus jurisprudentiel et son interprétation sans cesse discutée et revue, les plaidoiries, l'analyse des dépositions au prétoire: la parole est constamment sollicitée, scrutée, défendue, exaltée.

Les paroles de dérision font, en revanche, l'objet d'attentions bien moins soutenues de la part du juriste. Le droit et le rire entretiennent des rapports distants et malaisés. La sévérité de l'un s'accommode mal de la désinvolture de l'autre. Le droit s'éprend de discipline, tandis que l'humour pratique l'indiscipline. Le droit vit en mésintelligence avec l'univers du farceur.

Pour s'en tenir au seul droit pénal – par opposition au droit civil et, notamment, au droit de la réparation civile –, le Code criminel canadien

² Diane VINCENT, «Mésinterprétation, plagiat, insulte et diffamation: objets de litiges et matériaux de linguistes», (2010) 132 *Langage et société* 35, 35.

semble délaissier le phénomène ironique. Rares sont les textes d'incrimination destinés à sanctionner en propre les dérives humoristiques. Tout au plus compte-t-on quelques dispositions vouées à bannir, sous le couvert du crime de diffamation, les paroles ironiques les plus cruelles. Cette discrétion du législateur n'est pas sans évoquer celle de la doctrine : les auteurs s'adonnent rarement à l'étude de la répression de l'humour désordonné³.

Ce désintérêt apparent trahit possiblement un paradoxe. Le bannissement des errements humoristiques – et, plus largement encore, celui des errements langagiers – semble s'écarter, à première vue du moins, des visées du droit criminel. Aussi ces deux catégories de dérives – tantôt langagières, tantôt humoristiques – seront-elles étudiées de concert de manière à mieux faire ressortir les ressorts tout comme les confins de la répression criminelle.

I. Les paradoxes de la répression

La quête du plaisir et du rire semble à des lieues des préoccupations du droit criminel. Il est du fondement même du droit répressif de s'intéresser aux choses graves et *sérieuses*. L'humour, la jovialité, le rire paraissent, au premier abord, bien trop inoffensifs pour s'attirer l'intérêt du droit criminel.

L'humour n'a-t-il pas d'ailleurs pour but de s'extraire des *contraintes* ... Le jeu, le rire, l'humour veulent se soustraire au sérieux de notre monde. Aussi serait-on porté à croire que le plaisir ludique constitue une zone de « non-droit », au sens où l'entend le grand juriste Carbonnier⁴.

Sévir contre l'humour présente un second paradoxe. Le rire est souvent lui-même un châtimeur, une sanction sociale. Le rire est une forme de « justice immanente » pour reprendre le mot de Blondel⁵. En fait, railler autrui, le tourner en dérision, c'est ni plus ni moins le punir. Comme le

³ À ce jour, seuls deux ouvrages approfondissent, au Canada, le thème de l'interdiction pénale de l'humour : Julie VINCENT, « Autres moyens de défense », dans JurisClasseur Québec, coll. « Droit pénal », *Droit pénal général*, fasc. 19, Montréal, LexisNexis Canada, 2013, par. 1-10 ; P. RAINVILLE, préc., note 1.

⁴ Jean CARBONNIER, *Flexible droit*, 10^e éd., Paris, L.G.D.J., 2001.

⁵ Éric BLONDEL, *Le risible et le dérisoire*, Paris, P.U.F., 1988, p. 54. Cf. pareillement Lucien GUIRLINGER, *De l'ironie à l'humour, un parcours philosophique*, Nantes, Éditions Pleins feux, 1999, p. 20 et 21.

souligne Bergson : « Le rire est, avant tout, une correction. Fait pour humilier, il doit donner à la personne qui en est l'objet une impression pénible »⁶. Se moquer d'autrui en le dupant, en lui conseillant le suicide, en l'entartant publiquement ou en usant d'ironie diffamatoire revient à punir cette personne.

Le rire et le droit criminel possèdent donc une finalité apparentée: la dérision punit, elle venge, elle dissuade. L'auteur d'un canular terroriste berne autant qu'il châtie celui dont il se moque ; le rire de l'entarteur sanctionne sa victime humiliée. Or, vouloir réprimer ce rire revient, en quelque sorte, à traduire un châtement en justice...

L'hypothèse de la répression du rire génère un troisième paradoxe. L'humour est l'antidote par excellence à la colère, à l'emportement, aux gestes irréversibles. Le rire est un palliatif. Celui qui raille autrui s'abstient de prendre une autre action bien plus défavorable pour la victime. L'humour empêche de s'abîmer dans la colère ou la violence⁷. Comme le mentionne si bien Freud, l'humour peut parer les sentiments de colère ou de peur en s'y substituant :

« [...] l'essence de l'humour réside en ce fait qu'on s'épargne les affects auxquels la situation devrait donner lieu et qu'on se met au-dessus de telles manifestations affectives grâce à une plaisanterie »⁸.

En somme, l'humour s'érige en rempart et rend *inutile* une riposte violente. Le droit criminel a donc intérêt à ne pas sévir indûment contre certaines formes d'humour vexatoire, car l'humour se veut fréquemment une attitude de substitution au recours à *la violence ou à la menace*.

⁶ Henri BERGSON, *Le rire*, 9^e éd., Paris, coll. « Quadrige », P.U.F., 1997, p. 150. Cf. encore George ELGOZY, *De l'humour*, Paris, Éditions Denoël, 1979, p. 21 : « [...] l'ironie implique la condamnation d'un comportement, d'une personne ou d'une collectivité. »

⁷ L. GUIRLINGER, préc., note 5, p. 46.

⁸ Sigmund FREUD, *Le mot d'esprit et ses rapports avec l'inconscient*, 15^e éd., Abbeville, Éditions Gallimard, 1953, p. 278. L'humour devient une attitude psychique qui « rend superflue la décharge affective » (*id.*, p. 278). René Poirier paraît abonder dans le même sens : « [...] le rire modéré constitue [...] un apaisement, un refuge pour l'homme. Il libère et décontracte et, par là même, il désarme la malveillance ou la suffisance qui en sont souvent le fondement secret » (René POIRIER, « Recherches et réflexions sur le rire, le risible, le comique et l'humour », (1984) 78 *Bulletin de la Société française de Philosophie* 1, 125). Voir aussi : Marcel GUTWIRTH, *Laughing Matter. An Essay on the Comic*, Ithaca, Cornell University Press, 1993, p. 65 à 67 ; Sylvia BLISS, « The Origin of Laughter », (1915) 26 *American Journal of Psychology* 236.

Au-delà de la juste prudence présidant à la répression du rire viennent s'ajouter les visées fort modestes du droit criminel. Cette branche du droit s'en tient, par hypothèse, aux seuls écarts de conduite les plus graves. Aussi la sanction des excès langagiers comme tout comme le châtement de la dérision suppose-t-elle une réflexion préalable sur les objectifs mesurés du droit criminel.

II. Les fondements de la répression

A. Les ambitions mesurées du droit criminel

Le thème de la répression du rire situe la réflexion aux confins du droit pénal. La transgression des normes survient par pure moquerie. Pareille désinvolture interroge la vocation même du droit criminel. La réflexion ainsi suscitée intéresse, au demeurant, toute forme de dérive langagière, fût-elle motivée par la rancœur, la colère ou le rire.

Il est un premier écueil à vouloir sévir contre n'importe quelle parole déplacée ou n'importe quelle mauvaise plaisanterie. Faire tomber systématiquement les propos outranciers ou encore la dérision vexatoire dans le giron du droit criminel présente un double risque, savoir la banalisation de l'action du droit pénal et la dénaturation de la notion même de crime. À l'instar du droit civil⁹, le droit criminel n'a pas l'ambition de se faire l'arbitre du bon goût. La répression de l'impertinence ou de l'imposture verbale n'est guère de son ressort. Aussi ne suffit-il pas que l'humour soit malavisé ou les paroles odieuses ou vexantes pour commander l'intervention du droit criminel. La thèse contraire reviendrait à sanctionner, ni plus ni moins, *le non-conformisme* qu'affiche – par hypothèse – le plaisantin ou encore l'auteur de propos désavouables.

La finalité du droit criminel lui intime, au contraire, de se cantonner aux errements les plus avérés et dangereux. Le droit criminel affiche donc des prétentions mesurées¹⁰ qui obéissent, au surplus, à des impératifs

⁹ *Trudeau c. AD4 Distribution Canada Inc.*, J.E. 2014-1712, par. 28 (C.A.): « [...] il n'appartient pas aux tribunaux de distinguer les bonnes caricatures de celles qui sont de mauvais goût. »

¹⁰ Aussi l'interprétation d'un texte d'incrimination ne saurait-elle faire abstraction des objectifs somme toute modestes du droit criminel: « [...] the general underlying purpose of the criminal law must inform the interpretation of any provision which

constitutionnels. Le fédéralisme canadien impose le tracé d'une ligne de démarcation entre un comportement discutable, d'une part, et une attitude foncièrement criminelle, d'autre part. Le domaine de la répression est chose partagée au Canada : le Parlement canadien, les provinces et parfois mêmes les municipalités sont habilités à user du pouvoir répressif. Or, l'autorité fédérale est tenue, en matière criminelle, de veiller à la seule répression des comportements les plus répréhensibles. Une infraction située en deçà de ce seuil de gravité s'expose à une déclaration d'inconstitutionnalité. Dans un arrêt de principe abordant entre autres la répression de l'ironie, la Cour suprême du Canada rappelle opportunément que seule « l'inconduite grave » mérite une sanction d'ordre criminel¹¹.

Un double contrôle constitutionnel s'exerce : il porte autant sur *la gravité de la norme enfreinte* que sur *la gravité du préjudice appréhendé*. Le droit s'emploie ainsi à départager les sanctions de nature civile, administrative, disciplinaire, pénale et celles de facture proprement criminelle. Aussi la jurisprudence retient-elle souvent le critère de l'écart « grave et marqué » de conduite afin d'assurer la démarcation entre une conduite déplacée et un comportement foncièrement criminel¹². Ce faisant, elle laisse impunies les simples « erreurs de jugement »¹³.

Le critère de la gravité du mal redouté importe tout autant. Le critère du seuil de gravité préside très souvent à la caractérisation des infractions et à leur classification constitutionnelle. Les infractions destinées à endiguer un mal bénin n'ont guère vocation à figurer au sein du droit criminel. Cette branche du droit répressif se détourne des préjudices purement

creates a crime. [...] The criminal law is [...] a weapon of last resort intended for use only in cases where the conduct is so inconsistent with the shared morality of society as to warrant public condemnation and punishment.» (*R. c. Greenwood*, (1991) 67 C.C.C. (3d) 435, 445 (C.A. Ont.)). Voir pareillement le passage tiré de *R. c. Murdock*, (2003) 176 C.C.C. (3d) 232 (C.A. Ont.), voir : *infra* note 361.

¹¹ *R. c. Zundel*, [1992] 2 R.C.S. 731, 774. Voir pareillement l'affaire *R. c. Gill*, (1996) 29 O.R. (3d) 250 (C. div.gén.) au sujet de l'invalidation de l'infraction énoncée à l'article 301 C.cr.

¹² Entre autres illustrations, voir, en matière d'abus de confiance : *R. c. Brown*, 2014 BCSC 1911 ; *R. c. Boulanger*, 2006 CSC 32, par. 54 et 58 ; au sujet du parjure : *R. c. Morissette*, 2011 QCCQ 1692, par. 63, 90 et 107 et, en matière de conduite dangereuse : *R. c. Roy*, 2012 CSC 26, par. 30 à 32, 37, 54 et 55 ; *R. c. Beatty*, 2008 CSC 5, par. 7 et 48.

¹³ *R. c. Roy*, préc., note 12, par. 37, 54 et 55 ; *R. c. Morissette*, préc., note 12, par. 63, 90 et 107 ; *R. c. Boulanger*, préc., note 12, par. 52, 56 et 67 ; *R. c. Vermette (P.-Y.)*, (1994) 63 Q.A.C. 231, 236.

« minimales », « insignifiants » ou « négligeables »¹⁴. Encore faut-il différencier le préjudice redouté et le préjudice subi. Le critère du seuil de gravité intéresse le préjudice appréhendé. Aussi le droit criminel peut-il sanctionner une conduite dès lors que le préjudice redouté se voulait suffisamment sérieux.

L'appréhension du péril ne saurait non plus être gratuite : une crainte « raisonnée » de préjudice est indispensable¹⁵. La constitutionnalité d'une infraction criminelle est tributaire de l'établissement d'un lien entre le préjudice appréhendé et le mal visé :

« [...] à moins de vouloir changer le droit et conférer une portée illimitée et incontrôlable à la compétence fédérale en droit criminel, l'exigence que le mal soit réel et que l'appréhension du préjudice soit raisonnable constitue une composante essentielle du volet matériel de la définition du droit criminel. »¹⁶

Aussi est-il impératif de différencier le comportement dérogatoire et le comportement véritablement criminel. Cette ligne de partage intéresse, au premier chef, le sort réservé à la dérision et à l'humour vexatoire ; elle est pareillement valable pour tout débordement langagier.

Cette ligne de démarcation ne semble pas avoir échappé à l'attention de la Cour suprême. D'instinct, le plus haut tribunal du pays affiche sa volonté de laisser impunies les plaisanteries « innocentes »¹⁷ et les paroles déplacées¹⁸, sans pour autant élaborer de théorie ou de critères universels en la matière. Il est pourtant avéré que les crimes de menaces, d'instigation ou encore d'incitation au suicide ne sauraient se contenter de paroles

¹⁴ *R. c. Malmo-Lévine*; *R. c. Caine*, [2003] 3 R.C.S. 571, par. 133.

¹⁵ *Renvoi relatif à la Loi sur la procréation assistée*, 2010 CSC 61, par. 236 et 237. Pour une illustration dans un domaine relativement connexe (la législation provinciale bannissant la discrimination et les comportements propices à l'éclosion de la haine), voir : *Saskatchewan (Human Rights Commission) c. Whatcott*, 2013 CSC 11, par. 90, 92, 99 et 129 à 135.

¹⁶ Telle est l'opinion défendue par les juges LeBel et Deschamps dans le *Renvoi relatif à la Loi sur la procréation assistée*, préc., note 15, par. 240.

¹⁷ Telle est la nuance circonspecte faite par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *R. c. Théroux*, [1993] 2 R.C.S. 5, 26.

¹⁸ Voir notre analyse de l'arrêt *R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697 (*infra*, p. 66 et 117) et, de manière comparable en matière provinciale, *Saskatchewan (Human Rights Commission) c. Whatcott*, préc., note 15, par. 41, 46, 47, 50, 51, 57, 58, 90, 109, 196 et 200.

prononcées sans conviction¹⁹. L'infraction de complot obéit à une règle analogue. La formation d'une conspiration suppose la double volonté de s'entendre et de voir l'infraction projetée se réaliser²⁰. Le complot est donc l'antithèse du piège²¹, du fantasme²² ou de la badinerie²³. Les infractions de nature sexuelle axées sur l'usage de la parole supposent pareillement une volonté véritablement répréhensible. Des propos empreints de badinerie ne sauraient, par conséquent, correspondre aux crimes de racolage²⁴, d'incitation de mineur à un contact sexuel²⁵ ou de leurre sexuel commis sur

¹⁹ Des paroles apparemment menaçantes prononcées à la blague ou de manière irréflechie ne sauraient valoir de condamnation à leur auteur (voir : *infra*, p. 86 à 100). La notion d'instigation obéit aux mêmes considérations : n'est point instigatrice la personne qui conseille à autrui de commettre une infraction ou encore de se tuer sans penser être prise au sérieux (voir nos précisions : *infra*, notes 101, 228, 367 et 390).

²⁰ R. c. *Taylor*, [1998] B.C.J. n° 2988 (C. prov.) (« entente » conclue sous le coup de la colère sans que l'accusé croie en sa mise en œuvre); *États-Unis d'Amérique c. Dynar*, [1997] 2 R.C.S. 462; R. c. *O'Brien*, [1954] R.C.S. 666, 670.

²¹ R. c. *Giguère*, [2002] J.Q. n° 587 (C.A.); *États-Unis d'Amérique c. Dynar*, préc., note 20, par. 88; R. c. *O'Brien*, préc., note 20; P. RAINVILLE, préc., note 1, p. 66-70.

²² À preuve l'acquiescement accordé à l'auteur d'une relation épistolaire assidue avec un détenu dans laquelle elle confiait son désir de voir sa cousine et ses deux enfants être sauvagement agressés sexuellement. Le profil psychologique de l'inculpée sème un doute sur sa volonté pourtant réitérée de voir l'agression se réaliser : R. c. *Chalfoun*, J.E. 2003-2261 (C.Q.). Le crime de menace ne se contente pas non plus de la simple formulation d'un fantasme : *infra*, p. 93 et 107.

²³ R. c. *J.F.*, 2011 ONCA 220, 269 C.C.C. (3d) 258, par. 74 (pourvoi rejeté pour d'autres motifs à 2013 CSC 12); R. c. *O'Brien*, préc., note 20; P. RAINVILLE, préc., note 1, p. 66-70.

²⁴ R. c. *Pake*, (1995) 103 C.C.C. (3d) 524 (C.A. Alb.); R. c. *P. (N.M.)*, (2000) 146 C.C.C. (3d) 167 (C.A. N.-É.) (demande pour autorisation d'appeler rejetée), au sujet de l'article 213(1) C.cr. Le courant minoritaire incarné dans l'affaire R. c. *Archer*, (1997) 34 W.C.B. (2d) 339, [1997] O.J. n° 1472 (C. just. Ont.), est insoutenable : P. RAINVILLE, préc., note 1, p. 109 à 115. La récente déclaration d'invalidité de l'article 213(1)c) C.cr. (*Canada (Procureur général) c. Bedford*, 2013 CSC 72) n'y change rien, puisque la répression du racolage renaît sous la forme de trois infractions connexes (*cf.* art. 213(1), 213(1.1) et 286.1 C.cr.). Abstraction faite de la question de savoir si ces nouvelles dispositions, prises individuellement ou de concert, violent l'article 7 de la Charte canadienne, il y a tout lieu de préconiser une interprétation législative aussi mesurée que celle retenue dans l'arrêt *Pake*. L'atteinte à la liberté d'expression ne saurait se justifier lorsque la communication n'est pas révélatrice d'un réel dessein immoral.

²⁵ Comme le souligne, à bon escient, une décision au sujet de l'article 152 C.cr. : « While it may be vulgar, crude and ill advised to make sexual jokes to young persons less than 16 years of age, it is not a crime to do so. [...] while it is the meaning conveyed by the words that is important [...] it cannot be that words spoken in jest were meant to be

internet²⁶. De la même manière, l'infraction de fraude n'est point consommée si l'aigrefin supposé s'emploie à fournir, par pure badinerie, des renseignements faux sans croire que son interlocuteur les prendra au sérieux et s'en remettra à son conseil²⁷.

Cette mansuétude envers les propos irréflichés affleure parfois aussi lorsque la plaisanterie ou l'amusement revêt un aspect corporel. Le crime de voies de fait n'est aucunement commis, si une bousculade consensuelle se traduit par des blessures involontaires. La Cour suprême resserre sa jurisprudence antérieure – laquelle estimait que le consentement à se battre devient inopérant lorsque le combat occasionne des blessures sérieuses – afin d'accorder l'impunité aux adolescents qui se collettent par plaisanterie et se blessent par mégarde²⁸.

Cette clémence trace la sphère de liberté ludique de l'homme. Le thème de la répression de l'humour et de la dérision recèle des enjeux fondamentaux pour la liberté intrinsèque de l'homme et le relativisme avec lequel il peut s'exprimer et se jouer de la réalité.

Le rire n'est pourtant pas sans écueils. Autant l'humour et la dérision aspirent à une forme de liberté et d'évasion à l'égard du réel, autant ils suscitent souvent le malaise voire une franche indignation. L'humour alimente les perceptions divergentes voire opposées. La victime d'une moquerie peut s'estimer meurtrie ou outragée, tandis que le moqueur jugera cette réaction excessive ou infondée. Le droit se voit alors obligé d'arbitrer les

caught by the section [...]» (*R. c. E.P.*, 2011 ONCJ 179, par. 28 (C. just. Ont.)). Voir pareillement: *R. c. Danylak*, 2012 ABCA 179. Tombera cependant sous le coup de l'article 152 C.cr., la plaisanterie destinée à procurer à son auteur un plaisir pervers: *R. c. Colley*, 2009 BCCA 289. Encore faut-il être convaincu hors de tout doute raisonnable de l'existence de la finalité perverse de la plaisanterie: l'article 152 C.cr. limite l'interdit à la seule invitation ou incitation «à des fins d'ordre sexuel».

²⁶ *R. c. Danylak*, préc., note 25. L'inculpé doit être véritablement animé de l'intention de perpétrer une infraction à l'aide du leurre en question. Cette intention répréhensible s'impose d'autant plus que le crime reproché à l'art. 172.1 C.cr. est atypique en ce qu'il devance singulièrement le moment de la répression. La culpabilité se trouve acquise avant même toute «tentative» d'infraction d'ordre sexuel, au sens juridique du terme. Voir les remarques fort opportunes formulées dans l'arrêt *R. c. Legare*, 2009 CSC 56, par. 31 à 35 et 41.

²⁷ *R. c. Thérooux*, préc., note 17, 26.

²⁸ Voir la circonspection affichée en la matière dans l'affaire *R. c. Paice*, [2005] 1 R.C.S. 339, par. 12.

opinions foncièrement contraires qu'ont la victime de l'humour (la personne raillée, la personne entartée, etc.) et l'auteur de la plaisanterie ou de la moquerie. Le droit se voit pareillement tenu de déterminer si l'écart de conduite du moqueur se situe au-delà du seuil de tolérance du droit pénal. Ce sont là autant d'arbitrages incontournables : les ambitions débridées du rire heurtent parfois les valeurs incarnées par le droit criminel.

B. Les ambitions démesurées du rire

1. La dérision ou le sens de la transgression

L'humour malavisé inquiète le pénaliste. À cela, une raison fort simple. L'humour adopte souvent pour cible les valeurs que le droit criminel entend protéger. L'humour se moque de la sécurité²⁹ ; il tance la morale³⁰, tout comme il prend des libertés avec le patrimoine d'autrui³¹. Il lui arrive de bafouer la dignité de la personne – ironie diffamatoire, entartage, toucher sexuel déplacé, bizutages universitaires ou militaires – ou de brocarder l'autorité du tribunal.

La transgression propre à la dérision s'accompagne d'une contestation. L'humour emporte une remise en cause des valeurs agréées³² et leur remplacement à la faveur de celles meublant l'univers du rieur. Comme le souligne avec à-propos Blondel, l'humour passe par la « transgression des normes et la substitution de règles nouvelles »³³. Telle est d'ailleurs la

²⁹ Les cas sont légion : braquage d'une arme à feu « pour rire », fausse alerte à la bombe, menaces gratuites, simulation d'une infraction... Voilà autant de libertés prises à l'égard de la sécurité d'autrui et de sa quiétude. Le sort réservé à ces formes d'humour en droit pénal canadien fait l'objet d'un ouvrage mentionné préalablement (P. RAINVILLE, préc., note 1).

³⁰ Qu'il suffise de songer à l'exhibitionnisme ou à certains spectacles indécents. Voir la jurisprudence analysée par P. RAINVILLE, préc., note 1, p. 45 à 52, 107 à 109, 117 et 146.

³¹ La subtilisation du bien d'autrui par plaisanterie donne lieu à une jurisprudence abondante et contrastée. Sur la notion d'intention frauduleuse et sa négation possible en présence d'une farce, voir : Rachel GRONDIN, *Les infractions contre la personne et contre les biens*, 7^e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2012, p. 131 et 132 ; P. RAINVILLE, préc., note 1, p. 12 et 117 à 139.

³² L'humour conteste les normes en vigueur. Se dévêtir en pleine rue revient ni plus ni moins à fronder la moralité. Entarter une personnalité publique en guise de dérision atteste du peu d'attention accordée à la dignité corporelle de la victime. De fait, l'humour emprunte souvent à la bravade.

³³ E. BLONDEL, préc., note 5, p. 81.

source vive de l'amusement du moqueur : son plaisir jaillit de sa dénonciation des conventions en vigueur.

La dérision évoque une dissonance : le railleur est mû par une échelle de valeurs discordantes. Le jugement du moqueur s'inscrit régulièrement à l'encontre de celui de la société³⁴. Son attitude participe de la désinvolture à l'égard des normes dominantes. Le rire et le sérieux s'opposent par leur rapport divergent à l'égard des valeurs en présence :

« En réalité, sous le problème du sérieux, se cache le problème des valeurs. Être sérieux devant un problème ou un être, c'est accorder de la valeur à ce problème ou à cet être. La valeur peut se définir par l'attitude sérieuse que nous prenons devant elle. A une valeur, ce qui nous engage. Ne pas être sérieux, c'est repousser certaines valeurs. [...] L'homme dont je ris n'a plus pour moi aucune valeur aussi longtemps que je ris. »³⁵

L'irrespect, la désinvolture, l'irrévérence, voilà pourtant autant d'attitudes trop peu caractérisées pour susciter généralement l'intérêt du droit criminel. La répression préfère s'articuler autour d'un double axe : elle scrute la dangerosité de l'humour reproché, tout comme elle s'intéresse à l'état d'esprit du farceur.

Cette double articulation intéresse aussi la répression des débordements langagiers par le truchement du droit criminel. En somme, à l'évaluation du préjudice redouté s'ajoute normalement l'évaluation de degré de dangerosité du dessein du locuteur ou du moqueur³⁶. Entre alors en scène le profil psychologique de l'auteur des paroles reprochées³⁷.

L'évaluation de la dangerosité de l'humour fournit les critères en vertu desquels le rire et la dérision franchissent le seuil de gravité voulu pour constituer un crime. Trois catégories d'humour se font suspectes sur le plan pénal.

³⁴ « Le rire est un jugement de valeur. Et l'échelle de valeur, qui donc me la fournirait sinon moi-même [...] » : Anh NGUYEN, « Le rire et la dérision », dans *L'évolution psychiatrique*, Paris, Éditions Privat, 1955, p. 67, à la p. 111.

³⁵ Jean CHÂTEAU, « Le sérieux et ses contraires », (1950) 140 *Revue philosophique* 441, 464.

³⁶ Cette double évaluation renvoie à des développements qui dépassent l'ampleur de la présente étude. Ce thème est approfondi dans l'ouvrage précité (P. RAINVILLE, préc., note 1). Pour une illustration toute récente, voir l'acquiescement judiciaire prononcé par la Cour d'appel dans l'affaire *LSJPA-1432*, 2014 QCCA 1312.

³⁷ Voir nos développements : *infra*, p. 86 à 100 et 106 à 109.

2. Les catégories d'humour suspect

La répression se limite à l'appréhension d'un préjudice suffisamment sérieux. Autrement dit, l'univers du farceur demeure une zone de non-droit tant que son humour n'atteint pas un degré de gravité suffisamment élevé. Trois catégories d'humour et de dérision sont susceptibles de franchir ce seuil. Il convient d'en faire sommairement la nomenclature avant de s'attarder aux formes mettant le plus souvent en cause des paroles répréhensibles.

L'humour acquiert régulièrement une connotation criminelle lorsque le jeu et le rire sont le prélude involontaire à une situation qui dégénère. Le malheur succède parfois à l'humour. Une plaisanterie peut dégénérer et emporter des conséquences imprévues pour le farceur. **L'humour qui dégénère** interpelle le pénaliste.

Ce cas de figure évoque la temporalité de l'humour. Il est de la nature de l'humour d'être éphémère. Kant fait remarquer qu'une plaisanterie ne leurre qu'un instant³⁸. Or, la durée de vie de l'humour peut être davantage écourtée par un événement imprévu. Il arrive que l'humour échappe à son initiateur et soit contré par un événement soudain. La plaisanterie et le jeu sont parfois le prélude et même le ressort inconscient d'une situation dangereuse. Un adolescent s'amuse à pointer une arme à feu sur un ami et prétend à la blague vouloir l'abattre. Il pense à tort que l'arme n'est point chargée. L'irréversible se produit. Il appuie sur la gâchette, le coup part, l'ami s'écroule et décède.

Le jeu, qui se voulait une forme d'évasion, une fuite vis-à-vis du réel, est rattrapé par ce dernier. L'humour qui se pensait passager vient, de surcroît, de créer une situation aux conséquences durables. De là l'intérêt du droit : la farce crée un préjudice permanent. Interpellé par l'ampleur des conséquences, le droit criminel ne peut plus s'en désintéresser.

³⁸ Freud résume habilement la pensée du philosophe allemand : « Kant dit du comique en général qu'une de ses particularités essentielles consiste à ne nous leurrer qu'un moment » (S. FREUD, préc., note 8, p. 14). Cf. encore Anton ZIJDERVELD, « The Sociology of Humour and Laughter », (1983) 31-3 *La sociologie contemporaine (Current Sociology)* 1, 9 : « [...] humour [...] is mostly located [...] between order and chaos. [...] However, it should be borne in mind that this mini-reign of chaos is but a mirage of true anarchy and usually lasts not much longer than the laughter it elicits. »

Étant moins à même d'être constituée par de simples paroles, cette forme d'humour ne fera pas l'objet de commentaires plus élaborés. Qu'il suffise néanmoins d'indiquer que ce mode de dérision représente la catégorie de rire interpellant le plus le droit pénal, puisqu'elle est celle dont la dangerosité est la plus accentuée et la plus immédiate³⁹.

L'humour-simulacre représente la deuxième catégorie d'humour suspecte en droit canadien. L'humour s'éprend souvent de la duperie. Il s'amuse à créer illusions et semer fausses impressions. Manifestation classique de la plaisanterie, la mystification représente la forme d'humour la plus souvent visée en toutes lettres par le Code criminel canadien qui réprouve certaines mises en scène nommément. Songeons à la supposition d'un agent de la paix, à l'imitation de billets de banque, aux fausses alarmes ou au déplacement de bornes. Ce sont autant de formes d'humour stigmatisées par le Code.

De ces infractions éparses et disparates se dégage pourtant un principe implicite⁴⁰. L'humour *facilement repérable* échappe à toute sanction. Un exemple suffira. Le crime de canular terroriste se définit comme suit :

« Art. 83.231 (1) Commet une infraction quiconque, sans excuse légitime et avec l'intention de faire craindre à quelqu'un soit la mort ou des blessures corporelles, soit des dommages matériels considérables à des biens ou une entrave sérieuse à l'emploi ou l'exploitation légitime de ceux-ci : a) transmet ou fait en sorte que soient transmis des renseignements qui, *compte tenu du contexte*, sont susceptibles de faire *raisonnablement* craindre que des activités terroristes sont ou seront menées, sans être convaincu de leur véracité [...] »

Les canulars terroristes ne sont point tous bannis. Deux tempéraments d'importance se dressent contre une répression outrancière. Primo, la plaisanterie décelable à sa face même demeure impunie. Sont réprouvées uniquement les paroles de nature à être prises au sérieux par une personne raisonnable. La qualité du leurre accroît les chances de sa répression... La menace doit par ailleurs mettre l'accent sur l'inévitabilité de l'appréhension

³⁹ En revanche, il arrive au droit de traiter différemment cette catégorie de criminels, le moment de la sanction venu. Le critère de l'exemplarité et celui de la protection de la société perdent beaucoup de leur importance en présence d'une farce qui a dégénéré : R. c. *Cantin*, [1982] CA 151 ; P. RAINVILLE, préc., note 1, p. 18-20.

⁴⁰ Au surplus, l'incrimination de la mystification demeure normalement subordonnée à un double critère : i) l'existence d'un risque de préjudice immédiat *ou* futur ; ii) la force de persuasion de la plaisanterie (P. RAINVILLE, préc., note 1, p. 20-26).

d'une activité terroriste; des paroles floues semblent dès lors exclues du champ de l'incrimination⁴¹. À ces exigences s'en greffe une troisième: le dessein de l'accusé d'intimider autrui. Cette intention ultérieure (une notion équipollente au dol spécial que connaît le droit pénal continental) est obligatoire de telle sorte que des paroles en l'air ou des propos irréfléchis ne sauraient suffire. L'accusé doit être animé de l'intention de faire craindre la mort ou des dommages importants.

L'humour – affront constitue la troisième catégorie de dérision suffisamment condamnable pour encourir une sanction proprement criminelle. L'humour qui offense est protéiforme. Il peut s'en prendre à la dignité d'autrui autant qu'il peut railler la moralité, la discipline ou la réputation. Le présent article approfondira principalement l'humour destiné à outrager la dignité ou la réputation d'autrui ainsi que l'humour portant atteinte à la sécurité de la personne (menaces, complot, incitation à la haine, incitation au suicide). De manière plus générale encore, les abus de langage causés par le mépris, l'irréflexion ou la colère feront l'objet d'une attention particulière. Cette analyse fournira l'occasion de tracer les bornes de la répression et d'élaborer certains critères destinés à donner une portée mesurée à l'action du droit criminel.

III. Les bornes de la répression

Deux catégories d'affront retiendront premièrement l'attention: l'affront corporel et l'affront intellectuel. Le premier suppose l'intervention d'un geste, tandis que le second est tout entier contenu dans la formulation de la parole. La vexation se fait physique dans le premier cas, tandis qu'elle se veut spirituelle dans le second. L'un et l'autre affront mettent pourtant en cause la dignité de la victime. Au surplus, ces deux formes de dérision soulèvent des enjeux juridiques apparentés. Aussi convient-il de les aborder de pair de manière à mieux tracer les fondements de la répression de la raillerie et ses contours.

⁴¹ L'emploi du temps futur («faire raisonnablement craindre que des activités terroristes sont ou *seront* menées») emporte des conséquences juridiques. Cette formulation au futur «*clearly portends of a certain inevitability of a future terrorist activity taking place.*» (R. c. *Lapoleon*, [2007] B.C.J. n° 2166, par. 42 (C. prov. C.-B.)).

A. L'affront corporel

Peut-on et doit-on sanctionner le rire lorsque l'inculpé taquine ou encore raille autrui en le touchant contre son gré? Cette question suppose l'évaluation du préjudice ressenti. Le ridicule vécu physiquement suffit-il à entraîner une condamnation? Est-ce là, au demeurant, un véritable préjudice digne, du reste, d'un châtement criminel? Le toucher sexuel à la blague, l'entartage et le bizutage suscitent d'emblée ces interrogations.

La difficulté première est la suivante: l'humour déplacé et l'humour criminel ne se départagent pas aisément. Cette difficulté se double d'une complication: le juriste est obligé d'arbitrer deux conceptions totalement opposées du rire. Le farceur affirmera au juge qu'il ne faisait que badiner, tandis que la victime de l'humour se dira meurtrie dans son amour-propre, voire sa dignité physique.

L'affaire *Bernier* tranchée par la Cour d'appel du Québec illustre à souhait cet arbitrage délicat. Un infirmier est inculpé d'agression sexuelle pour avoir commis, en public, des attouchements sur les organes sexuels de trois patients atteints de déficience mentale. Il lui est reproché d'avoir posé ses mains sur les seins et les testicules de patients afin de les « taquiner ». Et la Cour d'appel et le juge de première instance notent que l'inculpé est reconnu pour sa jovialité et son tempérament blagueur.

Le juge du procès acquitte d'ailleurs le prévenu. Il estime que l'inculpé a posé des gestes « irrespectueux » qui dénotent une « absence totale de maturité et de savoir-vivre ». Cette attitude ne caractérise pas pour autant une agression sexuelle: « Les attouchements reprochés [ont] été posés dans un contexte qui s'apparente beaucoup plus à une mauvaise plaisanterie qu'à la violence »⁴². En somme, une agression supposerait de l'hostilité envers la victime.

La Cour d'appel du Québec infirme l'acquittement à la faveur d'un arrêt de principe. Une fois les éléments de l'infraction réunis, le juge « ne dispose pas d'un pouvoir discrétionnaire qui lui permet d'acquitter l'appelant au motif que les gestes sont anodins ou ne sont posés que pour

⁴² Tels sont les termes employés par la Cour d'appel du Québec afin de résumer le jugement de première instance: *R. c. Bernier*, [1997] R.J.Q. 2404, 2408 (C.A.).

jouer. La plus ou moins grande gravité des gestes ne peut être prise en considération qu'à l'étape de la peine.»⁴³

Un premier enseignement se dégage de cette affaire: la défense de plaisanterie ou d'humour n'a pas de portée *autonome* en droit criminel canadien. Autrement dit, il n'existe aucun moyen de défense de plaisanterie en marge des éléments de l'infraction⁴⁴. Si le comportement reproché à l'accusé correspond *en tous points* à la définition de l'infraction, il lui est impossible de se disculper au motif qu'il ne faisait que railler la victime ou encore lui jouer un tour. Le sort de l'inculpé est ainsi tout entier tributaire des éléments constitutifs de l'infraction reprochée.

Un second enseignement émane de cette décision. Le droit criminel ne peut s'en remettre tout bonnement à l'opinion du plaisantin sur la bénignité de son geste. La solution prônée par la Cour d'appel du Québec pourrait, du reste, se réclamer des écrits de Freud. Ce dernier a parfaitement noté l'affaissement du sens critique qui afflige le blagueur – au point de comparer le plaisantin et l'ivrogne – :

« La modification de l'humeur est ce que l'alcool peut offrir de plus précieux à l'homme et ce qui fait que tous les hommes ne renoncent pas avec la même facilité à ce « poison ». L'humeur enjouée, d'origine endogène ou toxique, abaisse les forces d'inhibition, la critique en particulier, et rend par là de nouveau abordables des sources de plaisir dont la répression fermait l'accès. Il est fort instructif de noter combien l'exaltation de l'humeur nous rend peu exigeants sur la qualité de l'esprit.»⁴⁵

Soit que le farceur ignore le tort créé à sa « victime »⁴⁶, soit qu'il l'estime de peu d'importance. Le relativisme avec lequel le rieur aborde son geste ne rend pas moins fondée la condamnation prononcée à l'encontre de Bernier: sa conduite correspondait en tous points à la fin visée par l'infraction, savoir la protection de la dignité sexuelle de la victime. Le rieur se

⁴³ Formulée dans *R. c. Bernier*, 2410, cette proposition est de jurisprudence constante. Voir pareillement: *Morasse c. La Reine*, 2015 QCCA 74, *LSJPA-102*, 2010 QCCA 138.

⁴⁴ Au même effet: J. VINCENT, préc., note 3, par. 1 et 7.

⁴⁵ S. FREUD, préc., note 8, p. 146.

⁴⁶ L'humour de Bernier n'est pas sans rappeler ce passage: « L'homme non sérieux [...] n'est pas encore un homme achevé, c'est encore un enfant qui garde l'incapacité enfantine de systématiser l'univers, et, en le systématisant, de le rendre objectif; il n'a pas l'aptitude à voir plus loin, à envisager le tout de la situation et toutes les conséquences d'un acte » (J. CHÂTEAU, préc., note 35, 459).

moque de la dignité sexuelle d'autrui: son geste témoigne de ce que la dignité sexuelle de la victime n'importe guère⁴⁷. Du reste, la décision de toucher aux parties génitales de la victime n'a rien de fortuit. Le choix de cette partie de l'anatomie de la victime *accentue* précisément le ridicule ou même l'humiliation recherchée⁴⁸. Au demeurant, le préjudice ressenti présente une ampleur suffisante pour donner lieu à une action en dommages et intérêts⁴⁹.

La solution privilégiée dans l'affaire *Bernier* ne saurait se limiter au crime d'agression sexuelle. Elle vaut tout autant pour l'infraction de voies

⁴⁷ Les condamnations suivantes l'illustrent. Dans l'affaire *R. c. Dickinson*, [1995] N.S.J. n° 386 (C. prov. N.-É.), le prévenu est reconnu coupable pour avoir touché aux seins de la victime et glissé sa main dans sa jupe; l'agression est jugée de nature sexuelle malgré sa prétention comme quoi il ne faisait que plaisanter. Cf. pareillement *R. c. Delia*, (1992) 15 W.C.B. (2d) 671, [1992] A.J. n° 288 (C. prov. Alb.). Le tribunal condamne un sexagénaire pour avoir touché l'intérieur de la cuisse et le genou d'une employée qui lui faisait passer un examen oculaire. Les gestes reprochés à l'appelant avaient été précédés de farces grossières de sa part. Le tribunal conclut au caractère sexuel de cette agression en se fondant notamment sur les plaisanteries grivoises de l'accusé. La cour recuse par ailleurs l'argument de la défense selon lequel les origines latines et le tempérament rieur du prévenu sont de nature à minimiser l'importance de cet incident. Cf. encore *LSJPA-102*, préc., note 43: condamnation de cadets mineurs en raison d'une séance d'initiation à connotation sexuelle survenue lors d'un camp d'été. De déclarer la Cour d'appel: «Que la motivation de l'agresseur se retrouve dans la recherche [du plaisir] de ridiculiser la victime, ne change rien au caractère criminel de sa conduite». Adde Julie DESROSIERS, *L'agression sexuelle en droit canadien*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2009, p. 61-63 et 98; *Morasse c. La Reine*, préc., note 43, *R. c. Wayne*, (2004) 181 Man. R. (2d) 274, [2004] M.J. n° 85 (B.R. Man.)(demande pour autorisation d'appeler refusée); *R. c. Nguyen*, (2000) 50 W.C.B. (2d) 362 (B. R. Alb.). *Contra*: *R. c. Nadeau*, [1997] A. N.-B. n° 535 (C. prov. N.-B.). Rappelons finalement que la portée de l'arrêt *Bernier* variera selon les faits de l'espèce et l'accusation portée. Nous en voulons pour preuve l'acquiescement prononcé dans l'affaire *Rawlinson* (voir les précisions dans P. RAINVILLE, préc., note 1, p. 50) ainsi que la clémence et le sens de la nuance affichés dans les affaires *R. c. Raïke*, [2009] O.J. n° 2608, par. 82 (C. just. Ont.); *R. c. Rowe*, [2005] O.J. n° 2022, par. 47 (C. just. Ont.); *R. c. Harris*, (2003) 57 W.C.B. (2d) 483 (C. just. Ont.); *R. c. J. (C.)*, (1990) 58 C.C.C. (3d) 167 (C.A. T.-N.). Comme le formule finement Julie Vincent: «[...] la volonté de plaisanter peut être prise en compte lors de l'évaluation de la croyance de l'accusé en le consentement de la victime et pour déterminer si le geste commis était dans un contexte sexuel.» (J. VINCENT, préc., note 3, par. 6).

⁴⁸ Voir les observations de la juge de première instance relatées dans l'affaire *LSJPA-102*, préc., note 43.

⁴⁹ *Larocque c. Côté*, [1996] R.J.Q. 1930 (C.S.); *Vachon c. Perreault*, J.E. 84-39 (C. prov.).

de fait. Par exemple, l'entartage destiné à humilier autrui est punissable du crime de voies de fait⁵⁰. Cette infraction existe pour préserver autant la dignité⁵¹ que la sécurité physique de la victime. L'entartage voué à ridiculiser la victime bafoue cette valeur. Plaisanterie et moquerie ne vont-elles pas régulièrement de pair? Pagnol épouse d'emblée cette thèse: «Le rire est un chant de triomphe; c'est l'expression d'une supériorité momentanée [...] du rieur sur le moqué.»⁵² Tel est le ressort du geste de l'entarteur: la raillerie escomptée consiste à attirer sur la victime les rires et les quolibets du public qui assiste à la scène ou en sera informé par les médias. La dérision tient lieu de finalité. L'entartage ne se déroule jamais à l'abri des regards: le ridicule a besoin d'un auditoire.

Encore revient-il de poser les bornes de la répression criminelle. Le droit répressif canadien n'interdit pas la raillerie. La moquerie ne tombe pas, à elle seule, sous l'emprise du Code. Aussi la première balise se rapporte-t-elle à la conduite reprochée: le rire ne rend coupable en l'occurrence que s'il s'accompagne d'une transgression de la sphère corporelle de la victime⁵³.

La seconde balise a trait à la turpitude de l'inculpé. L'entartage ne saurait, à tout coup, rendre coupable. Les circonstances peuvent exclure toute volonté malicieuse ou répréhensible de la part du blagueur. En matière de voies de faits simples, il y a lieu, selon nous, de différencier la volonté de *taquiner* et la volonté de *ridiculiser*⁵⁴. Telle est la ligne de partage entre le licite et l'illicite.

Un exemple suffira à s'en convaincre. Le jour de son anniversaire, la personne fêtée est projetée dans une piscine par ses amis. Elle s'en irrite au point de porter plainte pour voies de fait. Or, la conduite reprochée ne

⁵⁰ R. c. *Robert*, C.S. Montréal, n° 500-36-002212-002, 19 octobre 2000, j. Barrette-Joncas.

⁵¹ Des crachats au visage répondent à la définition des voies de fait: R. c. *Stewart*, [1988] R.J.Q. 1123 (C.S.P.).

⁵² Marcel Pagnol, *Notes sur le rire*, Éditions de Fallois, Paris, 1990, p. 25. À rapprocher de la position du théoricien Hobbes que relate Éric Smadja, *Le rire*, 2^e éd., Paris, P.U.F., 1996, p. 20 et 21.

⁵³ Cette observation se limite à la portée du crime de voies de fait énoncé à l'article 265(1) a) C.cr.

⁵⁴ Cette remarque concerne les voies de fait simples visées à l'article 265(1) C.cr. et exclut donc le crime d'agression sexuelle. Nous nous en expliquons (*infra*, note 56).

présente pas les traits de la criminalité⁵⁵. Aussi le farceur est-il innocent s'il croit que la victime de la plaisanterie acceptera elle-même d'en plaisanter. Une règle mérite sa consécration juridique: *le rire qui appelle le rire ne saurait être banni* – en droit canadien du moins –. Si l'accusé estime sincèrement que la victime rira elle-même de la plaisanterie dont elle est l'objet, le droit criminel n'a plus droit de cité⁵⁶. Ce moyen de défense est celui de la croyance en «la tolérance» de la victime⁵⁷: il permet de sanctionner la volonté de ridiculiser et de laisser impunie la simple volonté de taquiner. Le droit se doit de mettre l'inculpé à l'abri des réactions intempestives et imprévisibles de la «victime» de l'humour⁵⁸.

En vérité, l'humour pose un double défi au pénaliste. D'une part, le droit criminel ne peut pas laisser la victime à la merci de l'absence de sens critique du rieur. D'autre part, le droit criminel ne saurait exposer le plaisantin à une condamnation fondée sur les réactions susceptibles ou injustifiées de la victime de l'humour. Le principe tend à un équilibre: la victime ne doit pas être à la merci du plaisantin et vice versa.

⁵⁵ Comme le souligne, de façon quelque peu apparentée, Favre: «Les ennemis du rire manquent de souplesse [...]» (Robert FAVRE, *Le rire dans tous ses éclats*, Lyon, Presses universitaires de Lyon, 1995, p. 122).

⁵⁶ La question de la taquinerie sexuelle au moyen d'un geste déplacé doit probablement s'aborder différemment. L'inculpé a le devoir de s'assurer *préalablement* du consentement de la victime (art. 273.2(b) C.cr.).

⁵⁷ Il s'agit là de l'adaptation d'un moyen de défense consacré en droit criminel canadien, soit la «croyance en le *consentement* de la victime». La tolérance se situe en retrait du consentement. Élaborée dans un ouvrage antérieur (P. RAINVILLE, *préc.*, note 1, p. 35-37), la thèse de la reconnaissance de ce moyen de défense est avalisée dans l'affaire *R. c. Lacerte*, 2013 QCCQ 5793, par. 92.

⁵⁸ Du reste, la victime qui décide de porter plainte ne se présente pas forcément sous le meilleur jour: «[...] it is difficult to combat ridicule with serious complaint. [...] The optimal strategy for the butt would seem to be to acquiesce to the ridicule and feign amusement» (Christopher WILSON, *Jokes. Form, Content, Use and Function*, Londres, Academy Press, 1979, p. 204). Penjon décrit habilement les répercussions fâcheuses et paradoxales de l'excès de susceptibilité: «Celui qui en est [...] la victime [...] ne sait d'abord s'il doit rire ou se fâcher, et cette expression fait bien voir que le risible a toujours quelque chose d'agressif, dont le jeu émousse la pointe. S'il rit, tout le monde, pourrait-on dire, est content, et la farce est jouée; s'il se fâche, il y a bien des chances pour que notre rire d'abord en soit redoublé: nous rions alors de l'erreur où il tombe de prendre au sérieux ce qui n'est que pour rire, et nous trouvons que l'attrape a réussi mieux encore que nous ne pensions.» (Auguste PENJON «Le rire et la liberté», (1893) 36 *Revue philosophique* 113,135).

B. L'affront intellectuel

L'excès de sensibilité de la victime du rire commande une prudence redoublée lorsque l'affront est de nature exclusivement intellectuelle. L'instauration de garde-fous s'impose d'emblée.

L'incrimination de la dérision se fait en effet délicate en l'absence d'une quelconque atteinte à l'intégrité corporelle de la victime. La question se pose de savoir si la simple vexation suffit à fonder une condamnation au criminel. Ridiculiser autrui participe-t-il d'un crime au sens propre?

L'avènement de la *Charte canadienne des droits et libertés*⁵⁹ aura procuré des éléments de réponse. Ce document constitutionnel a eu pour effet d'apaiser les tourments réservés à l'humour et d'atténuer l'incrimination de la dérision. Il en est résulté l'invalidation de certaines dispositions du Code criminel⁶⁰ ou de lois provinciales⁶¹ contraires à la liberté d'expression, tandis que d'autres textes d'incrimination ont été refaçonnés sous l'impulsion prétorienne de manière à ne plus porter atteinte aux garanties constitutionnelles⁶².

La satire ne se laisse guère emprisonner par le droit criminel. En témoigne la décision de la Cour suprême du Canada de prononcer l'invalidation de l'article 181 C.cr. qui bannit la publication d'une histoire ou d'une nouvelle que l'accusé sait fausse et qui cause, ou qui est de nature à causer, du tort à un intérêt public. Dans l'arrêt *Zundel*, la Cour suprême se permet de reprocher au législateur de sanctionner de la sorte des fumisteries qui empruntent à la satire et à la parodie. Les juges majoritaires puisent volontiers dans la littérature anglaise, question de souligner que les fausses nouvelles écrites par des écrivains célèbres tels Swift et Addison ne méritent pas l'opprobre d'une sanction criminelle⁶³. L'article 181 C.cr. dispose d'une

⁵⁹ Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982* [annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, c. 11 (R.-U.)] (ci-après « *Charte* »).

⁶⁰ *R. c. Prior*, (2008) 57 C.R. (6th) 387, [2008] N.J. n° 134 (C. sup. T.-N & Lab.); *R. c. Lucas*, [1998] 1 R.C.S. 439; *R. c. Zundel*, préc., note 11.

⁶¹ *Saskatchewan (Human Rights Commission) c. Whatcott*, préc., note 15.

⁶² *R. c. Lucas*, préc., note 60.

⁶³ Voir les commentaires formulés dans l'arrêt *R. c. Zundel*, préc., note 11, 755, 756 et 775. Pour un raisonnement comparable à l'égard de la législation provinciale bannissant certains écrits au nom de la lutte contre la discrimination, voir: *Saskatchewan (Human Rights Commission) c. Whatcott*, préc., note 15, par. 53, 90 à 92, 99, 108 et 109.

portée démesurée attentatoire à la liberté d'expression⁶⁴. L'arrêt *Zundel* renferme des enseignements primordiaux au sujet des crimes de parole, puisque le préjudice redouté se doit d'être « évident et urgent » et le crime « suffisamment circonscrit »⁶⁵. La Cour suprême s'emploie également à rappeler les finalités distinctes du droit criminel et du droit civil, le droit criminel n'étant concerné que par les manquements les plus graves.

Cette jurisprudence emporte des conséquences supplémentaires. Une fausse déclaration faite par plaisanterie est protégée implicitement par l'article 2 b) de la *Charte canadienne des droits et libertés* voué à assurer la liberté d'expression. La badinerie mensongère jouit donc d'une protection constitutionnelle. Les propos ridiculisant un groupe vulnérable profitent de la même garantie⁶⁶. Une incrimination contraire à la liberté d'expression souffrira d'inconstitutionnalité si elle ne sévit pas contre des comportements suffisamment graves⁶⁷.

La détermination du seuil de gravité sera abordée à l'aune de deux cas de figure aux particularités juridiques distinctes : la raillerie attentatoire à la réputation d'un individu et la dérision attentatoire à l'honneur d'une collectivité d'individus.

1. L'humour attentatoire à la réputation d'un individu

L'incrimination de la dérision se doit d'obéir à des conditions propres. Deux critères président à l'incrimination de la raillerie : la *gravité* et la *méchanceté* de l'humour en cause.

Aussi ne doit-on pas se laisser berner par la généralité des dispositions du Code criminel consacrées au libelle diffamatoire. D'après la définition

⁶⁴ La Cour fera remarquer, au surplus, que l'article 181 C.cr. est une disposition isolée en l'état actuel du droit pénal comparé (*R. c. Zundel*, préc., note 11, 766). Issue du droit anglais en vertu du *Statut de Westminster* de 1275, cette interdiction aurait eu pour vocation initiale, la protection des dirigeants du royaume contre la diffamation de manière à éviter les débordements et préserver l'harmonie politique. La Cour suprême s'avoue toutefois incapable d'arrêter l'objectif poursuivi par le législateur canadien lors de l'insertion de cette disposition au sein du Code criminel canadien de 1892.

⁶⁵ *R. c. Zundel*, préc., note 11, 774 et 776. Cet enseignement est d'ailleurs repris de manière à conclure à l'invalidité de l'article 301 C.cr. (*R. c. Gill*, préc., note 11).

⁶⁶ *Saskatchewan (Human Rights Commission) c. Whatcott*, préc., note 15, par. 89-92.

⁶⁷ *R. c. Zundel*, préc., note 11, 774 et 776 et, par analogie, *Saskatchewan (Human Rights Commission) c. Whatcott*, préc., note 15, par. 49, 50, 53, 57, 58, 89-92, 99, 108-111 et 196-200.

offerte par le législateur, le libelle diffamatoire consiste à exposer autrui « au ridicule » en ayant recours notamment à « l'ironie »⁶⁸. La large portée de cette infraction fait illusion.

En réalité, le régime mis en place par le Code criminel souffre d'invalidité partielle. Autant la jurisprudence a déclaré inopérantes certaines dispositions législatives relatives à la diffamation, autant elle s'est également employée à s'affranchir de la lettre du Code afin de baliser encore davantage l'incrimination de la dérision. Le remodelage des infractions en présence est tout entier voué à préserver une part de liberté à l'humour ironique.

Les dispositions consacrées à l'ironie calomnieuse ont donc été sensiblement retouchées. L'une des infractions du dispositif prévu au Code a été invalidée au motif qu'elle se satisfaisait de la condamnation de l'auteur d'un texte en l'absence de preuve de sa connaissance de la fausseté de ses assertions⁶⁹. Un second article a été déclaré contraire à la Charte canadienne, car il n'exigeait aucunement la preuve de la diffusion du texte incriminé⁷⁰. Ces vices constitutionnels ne donnent pas, à eux seuls, une juste idée de l'ampleur des tempéraments apportés à la volonté législative. La Cour suprême du Canada s'est souciée d'ajouter de nouveaux éléments infractionnels en sus de ceux prévus au Code, de manière à limiter la répression aux seules personnes mues par une volonté proprement diffamante.

La gravité de la dérision est tout d'abord fonction de la teneur de la raillerie. Une banale insulte ne saurait suffire; un outrage est indispensable⁷¹. Il convient d'ailleurs de s'inspirer du droit civil: une parodie peut

⁶⁸ L'article 298(1) C.cr. traite du ridicule et l'article 298(2) C.cr., de l'ironie. La Cour suprême du Canada convient que cette disposition est rarement utilisée mais elle n'y voit pas un argument en faveur de l'inconstitutionnalité de l'infraction (*R. c. Lucas*, préc., note 60, par. 55).

⁶⁹ L'article 301 C.cr. sanctionne le libelle diffamatoire sans se soucier de la connaissance ou non qu'a l'accusé de la fausseté des faits rapportés. L'invalidité de cette disposition semble acquise: *R. c. Prior*, préc., note 60; *R. c. Gill*, préc., note 11; Peter DOWNARD, *Halsbury's Laws of Canada. Defamation in Canadian Law*, Markham, LexisNexis Canada, 2013, HDE-5; Morris MANNING et Peter SANKOFF, *Mewett, Manning & Sankoff. Criminal Law*, 4^e éd., Markham, LexisNexis Canada, 2009, p. 859.

⁷⁰ L'article 299(c) C.cr. souffre donc d'invalidité partielle: *R. c. Lucas*, préc., note 60, par. 84-87.

⁷¹ La Cour suprême est ainsi amenée à départager la simple insulte et l'insulte *grave* assimilée à un outrage: *R. c. Lucas*, préc., note 60, par. 79 et 82.

être parfois tellement invraisemblable qu'elle s'avérera incapable de porter atteinte à la dignité ou à la réputation de la personne en cause⁷².

La gravité de l'ironie se mesure ensuite à l'aune de sa diffusion. La dérision se doit d'être publique. L'auteur d'un texte ironique ne commet aucune infraction, s'il se contente de montrer à la personne visée le texte destiné à la railler⁷³. La simple vexation de la victime n'est donc pas motif à condamnation et la cruauté de l'auteur du texte ne saurait davantage suffire⁷⁴. Seul l'affront public autorise la répression : l'existence des témoins du ridicule de la victime conditionne la répression. La réputation de la victime doit pouvoir être entachée⁷⁵.

La volonté de diffamer est ensuite indispensable. La connaissance de la fausseté des allégations ne constitue donc pas un état d'esprit suffisamment coupable. La Cour suprême s'écarte du libellé de l'article 300 C.cr. et crée de toutes pièces le concept d'intention diffamatoire : l'inculpé doit *entendre* outrager la victime et non seulement l'insulter⁷⁶. L'ajout de cet élément mental fait obstacle à une condamnation fondée sur la susceptibilité excessive de la victime de l'humour. Un texte ironique dénué de méchanceté n'emporte aucune sanction criminelle. Les paroles vexantes⁷⁷ tout comme l'humour déplacé ne sont donc pas interdits en soi⁷⁸.

⁷² *Trudeau c. AD4 Distribution Canada Inc.*, préc., note 9, par. 22.

⁷³ La Cour suprême reconnaît l'inconstitutionnalité d'une partie de l'article 299(c) C.cr. : *R. c. Lucas*, préc., note 60, 476 à 478.

⁷⁴ À défaut de se rendre coupable de diffamation, l'auteur du texte répréhensible s'exposera parfois à une condamnation pour menace ou harcèlement : voir l'arrêt *R. c. Lucas*, préc., note 60, par. 87. Cette hypothèse n'est toutefois aucunement acquise : tout est fonction des mots employés par l'accusé et de la présence ou non des éléments particuliers des crimes de menace (art. 264.1 C.cr.) et de harcèlement criminel (art. 264 C.cr.).

⁷⁵ *R. c. Kumar*, 2014 ONSC 2516, par. 15. Le texte incriminé doit être *susceptible* d'entacher la réputation de la victime (art. 298 C.cr. : « de nature à nuire à la réputation »). Le législateur se contente, ce faisant, d'un simple risque de préjudice. *Comp. R. c. Lucas*, préc., note 60, 476.

⁷⁶ *R. c. Lucas*, préc., note 60, par. 81.

⁷⁷ *R. c. Kumar*, préc., note 75, par. 15.

⁷⁸ D'où le caractère discuté de la condamnation prononcée dans l'affaire *R. c. Georgia Straight Publishing Limited et al.*, (1969) 6 C.R.n.s. 150 (C. cté C.-B.). Les inculpés sont poursuivis au criminel pour diffamation à l'endroit d'un juge. Dans un journal au ton satirique, ils lui accordent le « Prix Ponce Pilate pour la justice » à la suite d'une décision impopulaire de sa part : « To Lawrence Eckhardt, who, by closing his mind to justice, his eyes to fairness, and his ears to equality, has encouraged the belief that the

La détermination de la culpabilité du prévenu fait dès lors appel à une appréciation dite « subjective »⁷⁹. La vérification des connaissances de l'accusé s'avère indispensable⁸⁰. Force est de s'assurer de l'appréhension, par l'accusé, des répercussions de ses propos. Sa propre interprétation ou compréhension du message n'est pourtant pas déterminante. Il lui suffit de savoir comment une tierce personne interprétera le message en question⁸¹. Cette règle formulée dans l'arrêt *Lucas* est empreinte de circonspection. Un accusé n'est point admis à se disculper parce qu'il prête à ses paroles un sens différent de celui généralement reconnu, dès lors qu'il est conscient de ce que ses propos auront l'effet de diffamer le tiers en cause. Ce mode d'analyse des mots employés est destiné à interdire à l'accusé de se réfugier commodément derrière sa propre interprétation des mots prononcés lors même qu'il constate l'effet potentiellement dévastateur de ses paroles.

2. L'humour attentatoire à l'honneur d'une collectivité d'individus

La dérision peut étriller la réputation d'un individu tout comme il lui arrive de souiller l'honneur ou la dignité d'une collectivité. Le seuil de gravité qui préside à l'intervention du droit n'est pas le même selon que l'humour cible un individu en propre ou bien une communauté de personnes.

L'examen de la constitutionnalité de la législation provinciale consacrée à l'éradication des propos favorisant la discrimination fait poindre des comparaisons utiles. Certes, la législation en cause n'opère pas à l'identique du code criminel. D'une part, aucune mise en accusation n'intervient⁸². D'autre part, les dispositions en question n'ont pas pour nature de

law is not only blind, but also deaf, dumb and stupid. Let history judge your actions – then appeal » (« Eckhardt, Magistrate Lawrence. The Pontius Pilate Certificate of Justice », (1968) 2 *Georgia Straight* 6). La défense s'articulait autour d'un double argument : le texte constituait une pure plaisanterie à l'égard du juge ; au demeurant, la volonté du journal consistait à attirer l'attention des lecteurs sur le caractère injuste de la loi (par opposition à une quelconque volonté d'entacher la réputation du juge). La cour rejette d'emblée ces arguments et souligne que l'infraction reprochée n'exige aucunement la volonté de nuire. Or, cet énoncé de principe semble dépassé. Que le juge ait été diffamé n'est pas concluant : l'intention de l'inculpé de diffamer la victime est obligatoire en vertu de l'arrêt *Lucas*.

⁷⁹ R. c. *Lucas*, préc., note 60, par. 99.

⁸⁰ R. c. *Kumar*, préc., note 75, par. 13 et 14.

⁸¹ Ces nuances sont formulées dans l'arrêt R. c. *Lucas*, préc., note 60, par. 102.

⁸² Voir la dépénalisation et le processus de médiation abordés dans l'affaire *Saskatchewan (Human Rights Commission) c. Whatcott*, préc., note 15, par. 150.

veiller à la protection d'un individu: elles s'attardent plutôt à la protection d'un groupe de personnes vulnérables⁸³ (homosexuels, juifs, arabes et ainsi de suite). La suppression des propos ironiques n'en est pas moins conditionnée par le critère de la gravité des paroles reprochées.

La gravité de l'humour se mesure en l'occurrence à l'aune des répercussions probables de l'ironie sur la collectivité d'individus vulnérables. Seules des paroles de nature à induire probablement une attitude discriminatoire à leur égard peuvent valider l'interdit⁸⁴. Partant, les émotions et réactions individuelles des membres du groupe visé par l'humour acéré demeurent sans incidence sur la détermination des paroles proscrites⁸⁵. À elle seule, la vexation éprouvée par la cible des paroles ne suffit pas à fonder leur interdit: la question est plutôt de savoir quel effet auront ces paroles sur les personnes qui ne font *pas partie* du groupe visé⁸⁶. Il convient donc de vérifier si les propos reprochés favorisent la ségrégation, l'ostracisme, la violence et la discrimination⁸⁷. Pareilles balises axées sur la vraisemblance de l'effet nuisible des paroles prononcées sur le statut social des victimes emportent un double effet:

- 1) la réaction émotive de la victime ne sert plus de vecteur pour la détermination des paroles interdites;
- 2) la nature offensante des paroles prononcées ne suffit pas davantage à fonder l'interdit⁸⁸.

La nature du préjudice qu'il convient d'enrayer possède alors une acception « collective ». Le mal redouté doit porter sur la discrimination qui sera probablement exercée à l'encontre du groupe lui-même par suite des paroles prononcées. Le préjudice nécessaire devient, ce faisant, objectivisé et collectivisé.

⁸³ *Id.*, par. 80 et 84.

⁸⁴ *Id.*, par. 48, 52, 54, 58, 116 et 129-135.

⁸⁵ *Id.*, par. 82 et 109. Au demeurant, l'analogie avec l'interprétation du code criminel est toute indiquée. L'indignation ressentie par nombre de musulmans à l'égard de la parution des *Versets sataniques* ne peut fonder, au criminel, une condamnation pour incitation à la haine à l'encontre de l'auteur de l'œuvre: *R. c. Keegstra*, préc., note 18.

⁸⁶ *Saskatchewan (Human Rights Commission) c. Whatcott*, préc., note 15, par. 82 et 109.

⁸⁷ *Id.*, par. 74 et 109.

⁸⁸ *Id.*, par. 41, 46, 47, 50, 51, 57, 58, 90, 109, 196 et 200. Il en va forcément de même en droit criminel: *Mugesera c. Canada*, 2005 CSC 40, par. 103; *R. c. Keegstra*, préc., note 18, 778.

Or, l'ironie n'est normalement pas à même de susciter un mal de l'ampleur requise. Autant elle peut écorcher, autant elle est, le plus souvent du moins⁸⁹, dépourvue de l'effet mobilisateur requis pour susciter chez des tiers une attitude de haine et de discrimination.

Le critère du seuil de gravité des paroles reprochées aura ainsi présidé, dans l'arrêt *Whatcott*, à l'invalidation de la disposition d'une loi provinciale interdisant la diffusion publique de propos qui ridiculisent, abaissent ou portent par ailleurs atteinte à la dignité d'un groupe minoritaire. Ainsi s'en explique la Cour suprême du Canada :

« Les représentations qui rabaissent un groupe minoritaire ou qui portent atteinte à sa dignité par des blagues, des railleries ou des injures peuvent être blessantes. Toutefois [...] les idées offensantes ne suffisent pas pour justifier une atteinte à la liberté d'expression. Ces formes d'expression peuvent inspirer des sentiments de dédain et de supériorité, mais elles n'exposent pas le groupe ciblé à la haine. »⁹⁰

L'analyse constitutionnelle semble donc se présenter différemment selon que l'ironie s'en prend à un individu nommément ou bien à une collectivité de personnes. Dans un cas comme dans l'autre, l'étude de la gravité de l'ironie demeure incontournable d'un point de vue constitutionnel. Par exemple, les dispositions relatives à la diffamation ne peuvent se satisfaire d'une simple insulte : elles se doivent de sévir uniquement contre l'outrage⁹¹. Le seuil de gravité requis opère cependant différemment en présence d'une raillerie à connotation collective. L'outrage ressenti ne suffit plus : seul compte l'effet probable des paroles prononcées sur le comportement futur des tiers à l'égard du groupe visé.

La réputation d'un individu et celle d'un groupe s'abordent de toute évidence différemment sur le plan constitutionnel et le traitement juridique de l'ironie diffère d'autant. Une seconde différence accentue cet écart de traitement. Autant l'incrimination de la diffamation au moyen du code criminel nécessite l'étude de l'état d'esprit de l'accusé – l'intention diffamatoire étant érigée en exigence constitutionnelle⁹² –, autant pareille précaution est abandonnée en matière provinciale : l'intention de l'auteur

⁸⁹ *Comp. Saskatchewan (Human Rights Commission) c. Whatcott*, préc., note 15, par. 91.

⁹⁰ *Id.*, par. 90.

⁹¹ Voir nos explications au sujet de l'arrêt *Lucas*, *supra*, note 71.

⁹² Voir notre analyse de l'arrêt *Lucas* dans la section précédente du présent texte.

du texte n'importe plus. Aussi le législateur provincial peut-il veiller à la suppression des textes publics propices à la discrimination indépendamment de l'intention de leur auteur⁹³. La Cour suprême s'en justifie au motif que la discrimination systémique est davantage répandue que la discrimination intentionnelle⁹⁴. Les lois sur les droits de la personne accentuent, ce faisant, leur particularisme juridique. Autant il leur est donné de faire fi de l'intention de l'auteur des propos reprochés, autant les dispositions du code criminel réprochant la diffamation et l'incitation à la haine nécessitent, bien au contraire, la preuve de l'anticipation par l'accusé du préjudice redouté⁹⁵.

* * *

À l'ironie malveillante s'oppose l'humour désinvolte ou badin. Autant la diffamation suppose la volonté d'attenter à la réputation d'autrui, autant le moqueur peut afficher une insolente insouciance. Le rire est souvent le témoignage oral de l'imprévoyance. Aussi le sort réservé aux paroles irréfléchies commande-t-il une réflexion juridique d'un autre ordre. L'affront à la sécurité est le thème tout indiqué pour se livrer à l'analyse de la répression des déclarations insensées.

C. L'affront sécuritaire

Le droit criminel ne saurait faire abstraction du profil psychologique du locuteur ou du rieur. L'étourderie, l'immaturation, l'exaspération, l'ébriété sont autant de dispositions susceptibles de se traduire par des propos ou des attitudes déplorable. Les éventuelles considérations psychologiques à l'origine des paroles reprochées sont des facteurs que le droit pénal ne saurait taire. La détermination de la culpabilité du prévenu procède, pour partie, de l'analyse de son état d'esprit au regard des éléments infractionnels mentaux propres au crime reproché. La présente étude n'ambitionne pas de poser des règles invariables, tant la définition de la « mens rea » (élément moral du crime) varie singulièrement d'une infraction à

⁹³ *Saskatchewan (Human Rights Commission) c. Whatcott*, préc., note 15, par. 58, 126, 127, 143 et 190.

⁹⁴ *Id.*, par. 126 et 127.

⁹⁵ Voir notre analyse de l'arrêt *R. c. Lucas*, préc., note 60 (diffamation) (voir *supra*, p. 63 à 65) et des affaires *Buzzanga and Durocher* et *Keegstra* (incitation à la haine), *infra*, p. 118 à 120.

l'autre⁹⁶. Elle souhaite plutôt faire ressortir certains traits psychologiques susceptibles de démentir la *mens rea* requise pour une infraction donnée.

La question se pose notamment de savoir si la volonté de jouer ou de badiner est de nature à démentir l'attitude intellectuelle exigée pour une infraction criminelle. Cette interrogation revient à se demander si la légèreté de l'esprit est à même d'innocenter le farceur ou l'auteur des paroles reprochées.

Une réponse affirmative s'impose à l'occasion encore que tout soit fonction de l'élément mental commandé par l'infraction reprochée⁹⁷.

La faculté d'anticipation du rieur ou du locuteur sera souvent en cause. Nietzsche affirme, non sans raison, que « [r]ire signifie: se réjouir d'un préjudice, mais avec une bonne conscience. »⁹⁸. Il n'empêche: les paroles prononcées sont parfois le fait de l'étourderie ou de l'immaturation. L'auteur de propos irréflectés ne mesure pas *ex hypothesi* les conséquences de ses dires. La perspective d'occasionner un émoi ou l'idée de causer un préjudice peut très bien échapper au rieur. L'expression « Ce n'était que pour rire » rend bien compte de la courante imprévoyance du farceur. Obsédé par sa quête de plaisir, le rieur ne prend pas forcément conscience du danger qui se profile⁹⁹.

Cette hypothèse sera passée en revue au regard de plusieurs infractions destinées à combattre les affronts à la sécurité.

1. Les paroles étourdies

Le sort réservé à une plaisanterie verbale déplacée est illustré à point nommé dans l'affaire *Clavelle* relative au crime de méfait. Il est fait grief à

⁹⁶ Le lecteur intéressé par ce thème pourra consulter notre étude plus fouillée parue en 2005 (P. RAINVILLE, préc., note 1).

⁹⁷ Aussi une réponse négative s'imposera-t-elle parfois. Voir, entre autres exemples, notre étude de l'arrêt *Bernier* relatif à l'agression sexuelle (*Supra*, partie III.A).

⁹⁸ Friedrich NIETZSCHE, *Le gai savoir* («*la gaya scienza*»), coll. «Folio/Essais», Paris, Éditions Gallimard, 1997, p. 173.

⁹⁹ L'affaire *LSJPA-1432*, préc., note 36 en offre une illustration saisissante. Estimant avoir affaire à une blague, un adolescent tend des pancartes à un compagnon qui déclare vouloir les allumer et incendier un pont en bois d'une valeur d'un million de dollars. L'adolescent cède à la proposition puisqu'il croit à une fanfaronnade. La Cour d'appel l'acquitte à bon droit puisque son état d'esprit se situe en deçà de celui exigé par la complicité.

l'accusé d'avoir contrevenu à l'article 430 (1) c) C.cr. qui interdit d'interrompre « volontairement » la jouissance ou l'exploitation du bien d'autrui. Un passager passablement ivre monte à bord d'un avion et déclare sottement aux agents de bord qu'il a dissimulé une bombe en vue de se rendre à Cuba. Il s'assoit dans son siège et a tôt fait de s'endormir. Pendant une demi-heure, le personnel s'affaira à procéder à la fouille de l'avion et le décollage sera retardé d'autant. Le tribunal se voit pourtant contraint d'acquitter l'accusé. Vu son comportement, le prévenu n'avait peut-être pas constaté qu'il serait pris au sérieux. Rien n'indique du moins, hors de toute raisonnable, qu'il ait « volontairement » cherché à entraver l'usage de l'aéronef¹⁰⁰.

Un principe majeur se dégage de cette affaire de prime abord anodine : s'il n'appréhende pas les répercussions de ses propos, le blagueur ne saurait normalement écoper d'une sanction criminelle. Cette proposition juridique se vérifie pour de nombreuses infractions tels la fraude, l'instigation illicite, l'incitation d'un mineur à des contacts sexuels, les menaces, l'incitation au suicide ou encore le trafic de stupéfiants sous la forme d'une sollicitation. Les propos lancés à la blague ou par sarcasme ne traduisent normalement pas la prise en compte des conséquences exigées par de telles infractions¹⁰¹. Moins il se prend au sérieux, moins le farceur sera à même de soupçonner la force de persuasion de ses paroles. Ce trait d'esprit du blagueur n'a fort heureusement point échappé à la jurisprudence pénale.

¹⁰⁰ Aussi l'acquittement est-il prononcé dans l'affaire *R. c. Clavelle*, (1972) 10 C.C.C. (2d) 127 (C. cté C.-B.). Cf. encore *R. c. Chapman*, [1969] 3 C.C.C. 358 (C. cté C.-B.). À noter que certaines infractions fédérales réglementaires ont pour vocation d'interdire toute plaisanterie de nature à faire craindre un événement terroriste. Ces infractions sont dépourvues de connotation criminelle et ne commandent donc pas la preuve comme quoi l'inculpé anticipait des répercussions négatives par suite de ses propos : voir l'ancien article 13 du *Règlement canadien sur la sûreté aérienne*, DORS/2000-111, adopté en vertu de la *Loi sur l'aéronautique*, S.R.C., ch. A-3, auquel a succédé l'article 81 du *Règlement canadien de 2012 sur la sûreté aérienne*, DORS/2011-318; *R. c. Ciamala-Cibangu*, 2013 QCCQ 15088; *R. c. Königsberg*, 2010 QCCQ 956 et la jurisprudence supplémentaire analysée par P. RAINVILLE, préc., note 1, p. 23.

¹⁰¹ *R. c. Morin*, J.E. 2014-607 (C.Q.); *St-Jacques c. La Reine*, 2012 QCCA 1482, par. 65, note 26; *R. c. Danylak*, préc., note 25; *R. c. Murdock*, préc., note 10, 238 et 239; *R. c. Bell*, 2002 ABCA 107; M. MANNING et P. SANKOFF, préc., note 69, p. 325 (au sujet de l'incitation au crime) ainsi que les nombreux exemples jurisprudentiels abordés à travers l'ouvrage précité (P. RAINVILLE, préc., note 1).

2. Les dires de facétie

Une seconde caractéristique psychologique retient l'attention du pénaliste. Le blagueur agit souvent en trompe-l'œil. Il lui arrive régulièrement de cultiver la duperie en s'amusant à induire en erreur. Ce faisant, le comportement du blagueur peut très bien participer d'une simulation et indiquer le contraire de sa finalité réelle.

Or, la simulation entretient des rapports équivoques avec le droit pénal. Autant l'artifice déployé répond parfois à la machination réprouvée nommément au Code (faux document, supposition de personne, etc.), autant la falsification de la réalité peut traduire un dessein autre que celui défendu par le législateur. La simulation d'une infraction soulève d'emblée cette question.

Raisonnons à l'aide du crime de tentative. L'auteur d'une mascarade peut-il se voir reprocher la perpétration d'une tentative criminelle? La réponse négative l'emporte pour peu que l'auteur du simulacre n'ait point entendu mener l'infraction à terme. Une décision de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique rend adéquatement compte de l'incompatibilité du dessein du farceur au regard de la finalité du crime de tentative. Un dénommé *Mathe* se présente au comptoir d'une banque. Il se prétend faussement armé et exige la remise de billets de banque. La caissière obtempère et s'apprête à lui remettre l'argent réclamé lorsque le prévenu pouffe de rire et affirme avoir voulu faire une farce. Il serre la main de l'employée et repart comme si de rien n'était. Sa condamnation pour tentative de vol qualifié est infirmée en appel. Le tribunal supérieur se dit incapable de déterminer s'il s'agissait d'une plaisanterie authentique ou bien d'une excuse fabriquée au dernier moment afin de se tirer d'embarras. Le doute raisonnable au sujet de l'intention réelle de l'inculpé lui vaut un acquittement¹⁰².

Cette décision est foncièrement irréprochable. Le comportement du fumiste a pour seule finalité le rire: le blagueur se contente du plaisir que lui offre la vue de sa victime médusée. Sa volonté de jouer un tour est le ressort psychologique qui l'anime *et lui suffit*. L'affaire *Mathe* n'est pas sans évoquer les remarques sagaces de Jankélévitch dans son livre consacré à l'ironie:

¹⁰² Les motifs de l'acquiescement sont relatés dans *R. c. Mathe*, (1973) 11 C.C.C. (2d) 427 (C.A. C.-B.).

« Mais le « jeu » tout court n'est au service de rien : ayant sa finalité en lui-même, il n'est pas orienté vers quelque chose d'autre ; il n'a pas d'intention, il n'est pas aimanté par une fin transcendante [...] Le jeu est pour rire et pour le plaisir. »¹⁰³

Une condamnation pour tentative est non avenue : le farceur a *déjà* triomphé spirituellement de sa victime en la bernant. Il n'a aucunement l'intention de commettre d'infraction à son égard¹⁰⁴, *puisqu'il en a déjà fait une victime par le rire*¹⁰⁵.

La gravité du dessein du rieur n'est en rien comparable à celle de l'auteur d'une tentative décidé à la mener à terme. Ce critère de distinction fondé sur la turpitude des desseins de l'accusé est aussi à l'œuvre en ce qui concerne le crime de menaces.

3. Les paroles menaçantes

La dangerosité de l'humour reproché et la gravité du dessein de l'accusé façonnent pareillement le sort réservé à l'auteur de paroles supposément menaçantes. D'une part, les paroles ne présentant pas le degré de gravité voulu échappent à toute sanction. D'autre part, l'auteur de propos déplorables a pareillement droit à l'impunité lorsque sa pensée ne recèle pas de dessein foncièrement répréhensible¹⁰⁶.

¹⁰³ Voir : Vladimir JANKÉLÉVITCH, *L'ironie*, Manchecourt, Éditions Flammarion, 1997, p. 56. Les observations de Jankélévitch sont à rapprocher de celles de Lloyd KLINE, « The Psychology of Humor », (1907) XVIII *American Journal of Psychology* 421 ou d'Auguste Penjon : « Qu'est-ce en effet que le jeu, sinon, suivant la profonde remarque de Kant, une activité qui a sa fin en elle-même, qui s'exerce pour le seul plaisir de se voir agir, une surabondance de vie qui se dépense pour se dépenser ? Ainsi compris, *le jeu est incompatible avec toute idée de but à atteindre*, de besoin à satisfaire, de préoccupation. Il suppose au contraire l'absence de toute préoccupation, de tout besoin, ou plutôt il est tout le besoin, toute la préoccupation du moment » (nos italiques) (A. PENJON, préc., note 58, 116).

¹⁰⁴ Une condamnation pour tentative suppose la volonté de mener à terme l'infraction envisagée : Cf art. 24(1) C.cr.

¹⁰⁵ Ces remarques relatives au crime de tentative valent pour de nombreuses autres infractions axées sur la perpétration d'un crime *ultérieur*. Qu'il suffise de citer le complot, l'instigation, le leurre sexuel à l'aide d'internet ou encore l'introduction par effraction (*St-Jacques c. La Reine*, préc., note 101, par. 65, note 26 ; *R. c. Danylak*, préc., note 25 ; *R. c. E.P.*, préc., note 25 ; M. MANNING et P. SANKOFF, préc., note 69, p. 325 et la jurisprudence analysée dans P. RAINVILLE, préc., note 1, p. 62 à 81).

¹⁰⁶ Cette affirmation est assurément vraie pour le crime de menaces répréhensible à l'article 264.1 C.cr. et elle vaut pour de nombreuses autres infractions criminelles. Le critère de

a. La catégorisation des dires

Trois catégories de paroles fondent notre analyse : les propos futiles, les propos irréfléchis et les propos malicieux. Les paroles futiles échappent à la répression en raison de leur absence objective de gravité. Les affirmations irréfléchies demeurent impunies, vu l'absence de dessein criminel. Seules les déclarations malicieuses méritent la répression en raison de la peur qu'elles entendent insuffler auprès du destinataire des paroles¹⁰⁷ ou du risque de préjudice qu'elles font délibérément miroiter¹⁰⁸.

Cette triple distinction sera examinée au regard du crime de menaces énoncé à l'article 264.1 C.cr. Cette disposition prohibe le fait de proférer « sciemment » des menaces de mort, de lésions corporelles ou de vandalisme¹⁰⁹. Au contraire du droit français¹¹⁰, une seule menace verbale peut entraîner la répression au Canada¹¹¹.

distinction fondé sur « la gravité du dessein du farceur » n'en nécessite pas moins des nuances juridiques tributaires de la nature de l'infraction reprochée. Ce thème fait l'objet d'éclaircissements dans un ouvrage paru antérieurement (P. RAINVILLE, préc., note 1). Voir, dans la même veine, l'acquiescement salubre prononcé dans l'affaire *LSJPA-1432*, préc., note 36 décrite dans *supra*, note 99.

¹⁰⁷ La volonté d'intimider l'interlocuteur ou encore la victime visée par les propos faisait office de *mens rea* antérieurement à l'arrêt *R. c. McRae*, 2013 CSC 63.

¹⁰⁸ Il suffit désormais que l'inculpé veuille être pris au sérieux lors du prononcé de paroles menaçantes objectivement parlant. L'intention d'intimider l'interlocuteur n'est plus jugée indispensable depuis l'arrêt *McRae* prononcé en 2013 et critiqué (*infra*, p. 101 à 107).

¹⁰⁹ Esquisser un geste menaçant relèverait pareillement de l'article 264.1 C.cr. : *R. c. Haziri*, 2013 CanLII 84950 (C. prov. T.-N.) ; *R. c. Stacey*, 2009 NLT 126, par. 51. Cette interprétation libérale peut possiblement s'entendre du fait que le texte d'incrimination interdit l'action de « proférer », de « transmettre » ou de « faire recevoir » une menace.

¹¹⁰ Le législateur français affiche sans ambages sa clémence envers l'auteur de propos irréfléchis. La menace verbale non réitérée échappe aux articles 222-17 et 222-18 du Code pénal (à moins qu'elle ne s'accompagne d'un « ordre de remplir une condition »). Partant, les paroles en l'air et celles qui dépassent la pensée de leur auteur restent impunies. Comme l'exprime le professeur Dechenaud, le législateur français « souhaite distinguer les simples mouvements d'humeur spontanés des comportements réfléchis » : (David DECHENAUD, « Menaces », dans *JurisClasseur France*, coll. « Pénal Code », art. 222-17 à 222-18-3, fasc. 20, Paris, LexisNexis France, par. 24). C'est plutôt à la jurisprudence que l'on doit, au Canada, l'impunité des propos irréfléchis.

¹¹¹ *R. c. Noble*, [2009] 7 W.W.R. 113, [2009] M.J. n° 130, par. 31 : « [...] the fact that a threat was made on the spur of the moment does not matter: a threat can be just as spontaneous as a punch. »

i. *Les propos futiles*

La détermination du caractère menaçant des paroles prononcées obéit à une analyse présentée comme « objective »¹¹². L'élément matériel du crime (« *actus reus* ») s'aborde comme suit :

« Pour décider si une personne raisonnable aurait considéré les paroles prononcées comme une menace, le tribunal doit les examiner objectivement, en tenant compte des circonstances dans lesquelles elles s'inscrivent, de la manière dont elles ont été prononcées et de la personne à qui elles étaient destinées. De toute évidence, des paroles prononcées à la blague ou de manière telle qu'elles ne pouvaient être prises au sérieux ne pourraient mener une personne raisonnable à conclure qu'elles constituaient une menace. »¹¹³

Les facteurs énoncés dans cette décision posent d'emblée le rôle confié au sens apparent des paroles de l'accusé.

a- *Sens apparent et sens réel des paroles prononcées*

Le procès pénal est l'enceinte destinée à débusquer le sens véridique des paroles prononcées. Le droit canadien se dote de deux critères afin d'appréhender la portée précise des propos incriminés. Le premier est axé sur l'opinion qu'acquerrait la personne raisonnable quant à la véritable signification des paroles en jeu. Cette étude caractérise l'élément matériel de l'infraction. À cette donnée préliminaire s'ajoute l'examen du dessein de l'inculpé au moment de la formulation des paroles. Cet examen se rapporte à la *mens rea* de l'infraction de menaces.

Cette étude en deux temps pourrait donner à croire que la caractérisation de l'élément matériel se soucie peu du sens véritable des paroles en cause. Pareille impression est fautive. Si la signification des mots voulue par l'inculpé ne sera élucidée qu'au terme de l'examen de son dessein, l'élé-

¹¹² La question se tranche d'après l'opinion qu'acquerrait une personne raisonnable, neutre et avisée à la suite de son examen des mots reprochés et de l'ensemble des circonstances pertinentes. Voir : *R. c. Armstrong*, 2012 BCCA 248, par. 36 (demande pour autorisation d'appeler rejetée) ; *R. c. Batista*, (2008) 238 C.C.C. (3d) 97, par. 23-26 (C.A. Ont.) et, à sa suite, *R. c. McRae*, préc., note 107, par. 14 et 15 ; *R. c. Howser*, 2012 ONCJ 476, par. 85.

¹¹³ *R. c. Clemente*, [1994] 2 R.C.S. 758, 763. Cf. encore *R. c. McRae*, préc., note 107, par. 10 et 14.

ment matériel de l'infraction ne saurait se contenter des seules apparences pour conclure à l'existence d'une vraie menace.

Aussi l'étude de l'élément matériel est-elle déjà portée à fouiller le sens réel des paroles en cause. Cette étude demeure incomplète, car le sens voulu par l'inculpé ne joue pas de rôle décisif à ce stade. Il n'empêche que la parole est d'ores et déjà auscultée afin de reconstituer son sens le plus vraisemblable.

Dès l'étude de l'*actus reus*, le sens premier des mots n'acquiert pas une portée irréfutable. S'il est vrai que le point de départ doit « toujours être le sens ordinaire » des mots prononcés¹¹⁴, il reste à savoir si le contexte est de nature à indiquer un sens contraire¹¹⁵. Cette étude est indispensable afin de contextualiser, comme il se doit, les paroles formulées. *Évacuer ce pan d'analyse reviendrait, du reste, à faire fi du doute raisonnable qui peut jaillir au sujet de la signification véritable des paroles exprimées*¹¹⁶. Aussi le sens premier des mots énoncés ne l'emportera-t-il que s'il « n'y a aucune raison de croire qu'ils avaient un sens secondaire ou moins évident »¹¹⁷.

L'étude de l'élément matériel se veut dès lors suffisamment approfondie pour différencier, au premier abord du moins, le sens apparent des paroles et leur sens avéré. Des éléments de contextualisation participent à cette quête initiale de vérité.

La recherche ultime de la vérité surviendra, quant à elle, lors de l'examen du sens attribué par l'accusé à ses propres dires.

b- Éléments de contextualisation des paroles prononcées

Nombreux sont les facteurs favorisant l'évaluation du caractère objectivement menaçant des propos incriminés. Les rapports entretenus par la

¹¹⁴ R. c. *McRae*, préc., note 107, par. 11.

¹¹⁵ *Id.*

¹¹⁶ Voir la jurisprudence abordée dans *infra*, note 135.

¹¹⁷ R. c. *McRae*, préc., note 107, par. 11 (notre soulignement).

victime et l'accusé¹¹⁸, la perception des témoins des paroles prononcées¹¹⁹, le ton employé¹²⁰, le mode de diffusion privilégié¹²¹, le réalisme ou non du sort envisagé¹²², la mise en contexte des mots reprochés par rapport à l'ensemble du discours de l'accusé¹²³ sont autant de facteurs dignes d'intérêt.

La manière dont les paroles furent prononcées vaut d'abord d'être scrutée. Sera acquitté le prévenu qui riait sans malice au moment des paroles prononcées¹²⁴. Il en sera de même de celui qui s'emporte et prononce des paroles regrettables sans croire à leur diffusion : s'il est vrai que les paroles n'ont pas à être transmises à la cible visée¹²⁵, la volonté de ne

¹¹⁸ R. c. *Arabi*, 2013 ABQB 1, par. 52-54; R. c. *Grimoldby*, 2012 ONCJ 449; R. c. *Armstrong*, préc., note 112, par. 36; R. c. *Smith*, 2011 ONCA 564; R. c. *Gaete*, 2011 ONSC 2957; R. c. *Felteau*, [2010] ONCA 821; R. c. *Batista*, préc., note 112; R. c. *Sather*, 2008 ONCJ 98, 78 W.C.B. (2d) 285 (C. just. Ont.); R. c. *Tucker*, (2006) 69 W.C.B. (2d) 871 (C. prov. T.-N. & Lab.); R. c. *Larkin*, (2005) 251 Nfld. & P.E.I.R. 202 (C. sup. Î.-P.É.); R. c. *Owimar*, 2002 BCPC 266 et la jurisprudence à *infra*, note 223.

¹¹⁹ R. c. *Roussin*, 2014 MBCA 30, par. 19; R. c. *Burke*, (2013) 330 N.S.R. (2d) 66 (C. prov.); R. c. *Grimoldby*, préc., note 118; R. c. *Franklin*, 2009 CanLII 25274 (C. prov. T.-N.); R. c. *Stacey*, préc., note 109, par. 48; R. c. *Batista*, préc., note 112, par. 22; R. c. *Tucker*, préc., note 118; R. c. *Keeping*, (2006) 70 W.C.B. (2d) 817 (C. prov. T.-N. & Lab.); R. c. *Hoyles*, [2004] N.J. n° 354 (C. prov. T.-N.); R. c. *Walker*, (2001) 207 Nfld. & P.E.I.R. 64 (C. prov. T.-N.); R. c. *McCraw*, [1991] 3 R.C.S. 72, 87; R. c. *Underwood*, [1987] B.C.J. n° 2972, (1987) 4 W.C.B. (2d) 266 (C. cté C.-B.). La perception du destinataire des paroles n'a toutefois rien de déterminant : *infra*, p. 85.

¹²⁰ Autant un ton rageur ou comminatoire peut étayer la thèse de la menace (R. c. *Chaban*, (2014) 113 W.C.B. (2d) 301 (C. prov. Alb.); R. c. *Dobbin*, (2013) 334 Nfld. & P.E.I.R. 284, par. 34 (C. prov. T.-N.); R. c. *Narvwal*, 2013 BCSC 340; *Dallaire c. La Reine*, 2013 QCCA 83, par. 63; R. c. *Smith*, 2009 SKPC 63; R. c. *Ruszkowski*, 2005 SKPC 44, par. 19; R. c. *Hawkins*, 2005 BCSC 48; R. c. *Upson*, 2001 NSCA 89), autant l'empotement fait parfois échec à la preuve de l'élément mental : *infra*, note 247.

¹²¹ R. c. *Gaete*, préc., note 118 (propos émotifs relatés uniquement à un confident – un agent de probation – appelé à rasséréner régulièrement l'accusé); R. c. *Sather*, préc., note 118 (paroles de frustration exposées sur Facebook alors que l'inculpé se garde par ailleurs d'intimider la personne visée lorsqu'il la croise; acquittement); R. c. *Lee*, (2010) 89 W.C.B. (2d) 209, 2010 ONCJ 291 (C. just. Ont.) (usage de Facebook); R. c. *Batista*, préc., note 112 (pose d'affiches dans des lieux publics).

¹²² J.P. c. *La Reine*, 2007 QCCA 1803; R. c. *Nidal*, 2004 CanLII 58286 (C. mun. Q.). Ce thème est approfondi dans *infra*, p. 79-81.

¹²³ R. c. *Batista*, préc., note 112; R. c. *Sather*, préc., note 118.

¹²⁴ R. c. *H. (S.W.)*, (2003) 57 W.C.B. (2d) 190, [2003] N.J. n° 81 (C. prov. T.-N.).

¹²⁵ R. c. *Steele*, 2014 CSC 61, par. 47; R. c. *McRae*, préc., note 107, par. 13, 24 et 26; *Dallaire c. La Reine*, préc., note 120; *Rudnicki c. La Reine*, [2004] R.J.Q. 2954 (C.A.); R. c. *Clemente*, préc., note 113, 763; R. c. *Beaulieu*, J.E. 94-381 (C.A.); R. c. *Tibando*, (1994) 88

point les voir répétées peut traduire, selon les circonstances, une parole de frustration et non pas un propos proprement menaçant¹²⁶. Cette distinction ne saurait être mésestimée : la vocation du droit criminel ne consiste pas à châtier de simples paroles en l'air.

L'étude du vocabulaire employé importe tout autant. Une menace renvoie obligatoirement à un événement futur – imminent ou éloigné¹²⁷ ; aussi ne suffit-il point d'exprimer le regret de n'avoir pu exécuter un individu par le passé¹²⁸ et l'aveu d'une intention meurtrière fait à un policier ne saurait davantage s'assimiler à une menace¹²⁹. En somme, la menace suppose l'*appréhension* d'un « risque de dommage »¹³⁰.

Le contexte revêt pareillement un rôle de premier plan. L'étude littérale des termes n'est donc pas forcément suffisante à en extirper le sens. Une expression au premier abord anodine ou ambiguë peut acquérir une connotation proprement menaçante en raison du contexte¹³¹ : l'équivoque

C.C.C. (3d) 229 (C.A. Ont.); R. c. *Kent*, [1989] M.J. n° 667 (C. prov.). La vocation purement préventive du crime de menace se trouve, par le fait même, encore accentuée. Le droit pénal français retient une approche plus nuancée. S'il n'est nul besoin que la menace prononcée parvienne à son destinataire, encore faut-il que l'auteur des paroles prononcées ait cru que le tiers à qui il s'est adressé s'en ferait le messager : D. DECHENAUD, préc., note 110, par. 11, 22 et 39.

¹²⁶ Ainsi se justifient parfaitement les affaires; R. c. *Gaete*, préc., note 118; R. c. *Bozic*, (2005) 386 A.R. 147, 2005 ABPC 262, par. 31 à 35; R. c. *Hoyles*, préc., note 119 et R. c. *Lis*, 2004 ONCJ 188, par. 15 et 16; M. MANNING et P. SANKOFF, préc., note 69, p. 833. La différenciation entre la parole de frustration et la parole menaçante peut également revêtir de l'intérêt à l'égard de l'élément mental. Cf. R. c. *Gaete*, préc., note 118 et R. c. *McRae*, préc., note 107, par. 40 : « It is reasonably possible that he was motivated by anger or frustration or by the desire for revenge, and yet did not intend to be taken seriously. » La détermination de la volonté précise de l'accusé doit alors être tranchée par le juge des faits.

¹²⁷ R. c. *Simms*, 2013 YKTC 110; R. c. *Fillion*, J.E. 2001-497 (C.Q.).

¹²⁸ R. c. *D. (D.)*, 2013 ONCJ 134, par. 12; R. c. *Francis*, 2013 CanLII 68227 (C. prov. T.-N.); *Valcourt c. La Reine*, J.E. 2011-1473 (C.S.) (acquiescement de l'accusé ayant supposément déclaré : « s'il avait été là, je l'aurais tué »); R. c. *James*, (2010) 92 W.C.B. (2d) 211 (C. sup. C.-B.); R. c. *Grenon-Paul*, B.E. 98BE-149 (C.Q.).

¹²⁹ R. c. *Sabeau*, [2006] N.S.J. n° 110 (C. prov.).

¹³⁰ Il en va naturellement ainsi également du droit pénal français à qui nous empruntons volontiers cette formule : D. DECHENAUD, préc., note 110, par. 1.

¹³¹ R. c. *Koyina*, 2014 NWTTC 14; R. c. *Arabi*, préc., note 118, par. 52-54; R. c. *McRae*, préc., note 107, par. 11; R. c. *Omilgoituk*, 2011 NWTSC 63; R. c. *Brown*, (2010) 86 W.C.B. (2d) 292, 2010 SKQB 19, par. 14; R. c. *Horyn*, [2004] A.J. n° 721, par. 86 (C. prov.);

initiale n'entraîne pas nécessairement le doute...¹³² Encore faut-il que le propos incriminé porte sur une menace de mort, de lésions corporelles ou de vandalisme¹³³. Un désir de représailles ne revient pas, à tout coup, à formuler une menace dont l'objet corresponde à ceux énoncés à l'article 264.1 C.cr.¹³⁴. Au demeurant, tout doute raisonnable quant à la signification réelle des paroles prononcées doit forcément se résoudre en faveur de l'inculpé¹³⁵. Il ne saurait en être autrement. La culpabilité doit être l'unique conclusion logique possible afin d'asseoir un verdict de culpabilité¹³⁶. Il doit donc en être de même de la portée attribuée aux paroles de l'accusé¹³⁷. Le tribunal est tenu de s'assurer de ce que leur signification corresponde obligatoirement à l'une ou l'autre des fins mentionnées à l'article 264.1 C.cr.

R. c. *Brouillette*, [1994] M.J. n° 420 (B.R.) analysé dans R. c. *Bunbury*, 2008 YKTC 15, par. 23.

¹³² Cet énoncé reprend pour l'essentiel la très belle formulation de Gilda NICOLAU, « L'équivoque entre vice et vertu », RTDciv.1996.57, 59.

¹³³ R. c. *Saunders*, (2014) Nfld. & P.E.I.R. 336, par. 37 et 39 (C. prov. T.-N.); R. c. *Akulukjuk*, 2014 NUCJ 15; R. c. *Howser*, préc., note 112, par. 81 (des insultes raciales ne sauraient suffire); R. c. *Yanire*, 2012 QCCM 141, par. 114-119; R. c. *Lewis*, 2012 ONCJ 493, par. 25; R. c. *Stacey*, préc., note 109 (la déclaration de l'accusé comme quoi il ira chercher une arme à feu peut s'entendre, en l'occurrence, du simple désir de protéger sa demeure et non pas de celui de blesser son interlocuteur); R. c. *Bunbury*, préc., note 131; J.P.c. *La Reine*, préc., note 122, par. 48; R. c. *O.F.B.*, (2006) 384 A.R. 102 (C.A. Alb.); R. c. *Uttley*, (2002) 54 W.C.B. (2d) 486 (C. just. Ont.). Une attitude intimidante ne traduit donc pas forcément la perpétration du crime de menaces: *Patry c. La Reine*, 2012 QCCA 72; R. c. *O.F.B.*, préc., note 133; J.P. c. *La Reine*, préc., note 122, par. 48; R. c. *Uttley*, préc., note 133; R. c. *Fillion*, préc., note 127.

¹³⁴ R. c. *Akulukjuk*, préc., note 133; *Patry c. La Reine*, préc., note 133; R. c. *Lewis*, préc., note 133; R. c. *Gaete*, préc., note 118; R. c. *Bunbury*, préc., note 131; R. c. *Bigelow*, 2007 ONCJ 289; R. c. *O.F.B.*, préc., note 133; R. c. *Uttley*, préc., note 133; R. c. *Abdallah*, (2002) 55 W.C.B. (2d) 147 (C. prov. Alb.).

¹³⁵ R. c. *Lutete*, 2014 ONCJ 11; R. c. *Addow*, 2014 ONSC 222; R. c. *Lewis*, préc., note 133; R. c. *Omilgoituk*, préc., note 131; R. c. *Gaete*, préc., note 118; R. c. *James*, préc., note 128; R. c. *Stacey*, préc., note 109; R. c. *Bunbury*, préc., note 131; R. c. *Bigelow*, préc., note 134; R. c. *Kendel*, 2004 SKPC 103; R. c. *Abdallah*, préc., note 134; R. c. *Uttley*, préc., note 133; R. c. *Crowley*, (1996) 139 Nfld. & P.E.I.R. 36 (C. prov. T.-N.) et *rapp.* R. c. *Carons*, (1978) 42 C.C.C. (2d) 19, 22 (C.A. Alb.). Le droit français favorise également la relaxe de l'inculpé dès lors que les paroles prononcées se font équivoques quant au sort envisagé: D. DECHENAUD, préc., note 110, par. 17. À noter enfin que le doute raisonnable quant au sérieux des paroles prononcées profite pareillement à l'inculpé: la *mens rea* fait alors défaut (voir la jurisprudence abordée dans *infra*, note 241).

¹³⁶ R. c. *Griffin*, 2009 CSC 28, par. 33 et 34; R. c. *Neveu*, 2004 CanLII 31404 (C.A. Qué.).

¹³⁷ *Rapp.* R. c. *Ross*, [2007] N.B.J. n° 186 (B.R.); R. c. *Uttley*, préc., note 133.

Une exclamation peut être, par exemple, dépourvue de tout caractère intimidant de par le lieu ou l'activité en cause. Échappe ainsi à l'emprise du droit criminel l'exaltation d'un spectateur intimant de « tuer l'arbitre », exclamation faite par un partisan par trop enfiévré au cours d'une partie de hockey¹³⁸. De même, des paroles prononcées sous le coup de l'emportement, lors d'une prise de bec entre voisins, ne constituent pas forcément une menace au vu du contexte : il convient de différencier la bravade et la menace à proprement parler¹³⁹.

Le mode de diffusion peut, lui aussi, infirmer la thèse de la menace authentique. Une satire politique dans laquelle il est malencontreusement suggéré de tuer un adversaire politique peut échapper à toute sanction, si le mode de diffusion retenu (des affiches destinées à susciter une contestation au sein de la municipalité) indique simplement la volonté de susciter un débat politique¹⁴⁰; la thèse de la plaisanterie malavisée l'emporte alors sur celle de la menace véritable¹⁴¹.

La vacuité des propos de l'accusé peut résulter de ce qu'il se contente de lancer un anathème à la victime : le souhait de voir la victime souffrir ne s'apparente en rien à une menace. Comme le précise à bon escient la Cour du Québec en s'inspirant de l'arrêt *Clemente*, une menace traduit la volonté de faire craindre à la victime le mal « qu'on lui prépare »¹⁴².

¹³⁸ Cette illustration est tirée de l'affaire *R. c. Graham*, (1996) 108 C.C.C. (3d) 438, 445 (C. prov. Alb.). *Rapp. R. c. Eakin*, [2002] M.J. n° 349 (C. prov.).

¹³⁹ *R. c. Keeping*, préc., note 119. Voir, de même : *R. c. Kontuk*, (2012) 317 N.S.R. (2d) 319 (C. sup. N.-É.); *R. c. Lachance*, 2009 QCCQ 10478; *R. c. Moshos*, [2004] J.Q. n° 9880; *R. c. Dignard*, [2000] J.Q. n° 3236 (C.S.); *R. c. Lee*, (1988) 3 W.C.B. (2d) 430 (C. dist. Ont.). Pour une altercation verbale avec un policier tenant de la bravade davantage que de la menace réelle, cf. *R. c. Young*, (2014) 112 W.C.B. (2d) 329 (C. just. Ont.); *R. c. David*, 2014 ONCJ 5049, par. 9 et *R. c. Howser*, préc., note 112, par. 85. Pour une décision à contre-courant, voir : *R. c. Czech*, 2006 QCCS 3325.

¹⁴⁰ « [...] it is also important on the question of the actus reus of the offence that the appellant did not surreptitiously or otherwise send the poem to Ms. Saito. Had the appellant done so, the last stanzas of the poem may have seemed more ominous to the informed person. By instead posting the poem in public areas on neighbourhood mailboxes, the appellant could be seen as engaging the community in the political process, rather than directing a threat against Ms. Saito. » (*R. c. Batista*, préc., note 112, par. 33.

¹⁴¹ *R. c. Batista*, préc., note 112.

¹⁴² *R. c. Grenon-Paul*, préc., note 128. *Rapp. R. c. Kendel*, préc., note 135.

La futilité des paroles prononcées peut aussi se déduire de leur caractère purement conjectural : l'indétermination affichée de l'accusé peut ôter aux paroles prononcées leur caractère authentiquement menaçant. Autant la menace formulée de manière conditionnelle demeure le plus souvent visée par l'article 264.1 C.cr.¹⁴³, autant une parole empreinte d'équivoque quant à ce que propose l'accusé est susceptible d'emporter l'acquittement¹⁴⁴.

L'inanité des paroles prononcées peut résulter également de l'impossibilité apparente de mettre la menace à exécution. Que la menace soit manifestement inexécutable et il en résulte une inférence voulant que l'inculpé plaisante ou ne pense pas du moins ce qu'il dit¹⁴⁵. L'inefficacité patente de la menace devrait ainsi donner droit à l'acquittement¹⁴⁶. L'irréalisme du sort évoqué peut être révélé par les termes utilisés (« si j'étais un autre homme, je t'abattrais »¹⁴⁷) ou bien par le contexte en cause. Ainsi

¹⁴³ « Because the purpose of the offence is to protect against fear and intimidation, it matters not whether the threat is conditional [...] as a conditional threat is nonetheless a tool to compel fear and action. » (M. MANNING et P. SANKOFF, préc., note 69, p. 831). Les propos formulés de manière conditionnelle ne tombent toutefois pas tous sous le coup de la répression : voir les précisions dans *infra*, note 147.

¹⁴⁴ « [...] a threat can be conditional but the predicate condition must transcend mere reflection or contemplation. » (R. c. *Morris*, [2001] O.J. n° 147, par. 28 (C. just. sup.)).

¹⁴⁵ À titre d'illustrations, cf. R. c. *Doré*, 2010 QCCQ 4568, par. 59, reprenant à son compte notre proposition antérieure à cet effet ; J.P. c. *La Reine*, préc., note 122 ; R. c. *McCain*, [2001] O.J. n° 2973 (C. just. Ont.).

¹⁴⁶ Sur l'impunité des menaces irréalistes à leur face même, voir : R. c. *Grimoldby*, préc., note 118 ; R. c. *Telford*, (2009) 83 W.C.B. (2d) 15, 2009 ONCJ 174 (C. just. Ont.) ; R. c. *Smorodin*, (2004) 63 W.C.B. (2d) 209, [2004] B.C.J. n° 1810 (C. sup. C.-B.) ; R. c. *McCain*, préc., note 145.

¹⁴⁷ R. c. *Grimoldby*, préc., note 118, par. 10 : « While a « conditional threat » can nonetheless be a threat for purposes of s. 264.1 (1) a) C.C., that is so where the « contingency [is] in the maker's control ». R. c. *Telford*, préc., note 146 ; R. c. *Roy*, [2001] R.D.S.D. n° 99 (C.Q.) (relaxe de l'adolescent ayant déclaré « Si ce n'était pas un policier, je lui arracherais la tête ») ; R. c. *Nidal*, préc., note 122. Voir cependant : R. c. *Ovayuaq*, (1990) 12 W.C.B. (2d) 543 (C. terr. T.N.-O.). En revanche, l'impossibilité objective de mettre la menace à exécution n'est pas décisive, dans la mesure où l'accusé pourrait y remédier ultérieurement. Le contexte dans lequel les paroles sont prononcées peut faire ressortir l'impossibilité patente de mettre les menaces à exécution dans un avenir rapproché. Qu'il suffise de songer au détenu qui appelle un tiers et lui promet un mauvais parti. Comme l'illustre cet exemple, l'impossibilité manifeste de passer promptement de la parole aux actes n'enlève pas forcément aux propos leur caractère objectivement menaçant. Aussi la condamnation prononcée dans l'affaire *Bilodeau* par le juge René de la Sablonnière s'avère-t-elle parfaitement fondée. Comme le fait remarquer le magistrat en reprenant les propos du juge Beetz dans l'arrêt R. c. *Nabis*, [1975]

s'explique, selon nous, la relaxe d'un paraplégique confiné à un fauteuil roulant qui crie à sa voisine de palier qu'il la « gifflerait et lui botterait le cul » ; les mots ne sont point menaçants vu le contexte et le handicap de la personne qui les prononce¹⁴⁸. Il convient aussi d'acquitter le prévenu de petite taille qui promet des représailles physiques à l'endroit du très grand huissier qui l'expulse d'une salle d'audience. Pareils propos traduisent un *sentiment d'impuissance* bien plus qu'une menace¹⁴⁹.

Les apparences sont alors garantes de l'innocence de l'inculpé. Aucune menace n'existe, si l'inculpé ne peut, de toute évidence, prêter foi à ce qu'il dit.

Les paroles de pure exaspération peuvent pareillement faire douter de leur caractère objectivement menaçant¹⁵⁰.

Certaines caractéristiques propres à l'accusé peuvent par ailleurs entrer en ligne de compte à ce stade-ci de l'examen. Son degré d'éducation et ses aptitudes linguistiques sont des facteurs pertinents : une expression maladroite attribuable à un manque d'éducation ou à des difficultés linguistiques est susceptible de démentir l'existence d'une véritable menace¹⁵¹. Comment châtier des mots sous prétexte qu'ils l'étaient si peu...

2 R.C.S. 485, 492 : « [...] il est indifférent également que la menace fasse planer un danger imminent ou lointain » (R. c. *Bilodeau*, C.Q. Qué., n° 200-01-048647-998, 22 mars 2000). Au même effet : R. c. *Philpott*, 2011 NLTD(G) 6 ; R. c. *Brown*, préc., note 131 ; R. c. *Hawkins*, préc., note 120 ; R. c. *Lachance*, 2004 CanLII 4124 (C.Q.) ; *Mercier-Rémy c. La Reine*, [1993] R.J.Q. 1383 (C.A.).

¹⁴⁸ *Abdelhay c. La Reine*, J.E. 96-1210 (C.A.). *Comp. LSJPA-144*, 2014 QCCS 314 ; R. c. *Maitak*, [2008] O.J. n° 2476 (C. just. Ont.) ; R. c. *Monaco*, (2008) 173 C.R.R. (2d) 131, [2008] O.J. n° 2120 (C. just. Ont.), les juges se fondant plutôt sur le défaut d'intention criminelle de l'accusé menotté au moment où il promettait de s'en prendre physiquement au constable. Voir encore : R. c. *Tutino*, J.E. 2012-1060 (C.A.).

¹⁴⁹ *Mobarakizadeh c. La Reine*, J.E. 94-816 (C.A.). *Comp. R. c. Young*, préc., note 139 ; R. c. *Koyina*, préc., note 131 ; R. c. *David*, préc., note 139, par. 9 ; R. c. *Maitak*, préc., note 148 ; R. c. *Monaco*, préc., note 148 ; R. c. *Wasyluk*, (2004) 246 Sask. R. 188 (C. prov. Sask.) ; R. c. *C.J.P.*, [1999] S.J. n° 237 (C. jeun.) ; R. c. *I.B.R.*, 1998 BCPC 25.

¹⁵⁰ Entre autres exemples, voir : R. c. *Franklin*, préc., note 119 ; R. c. *Hoyles*, préc., note 119 ; R. c. *C.J.P.*, préc., note 149. L'exaspération ou la frustration sont également susceptibles de faire ombrage à la preuve de la *mens rea* : *infra*, p. 94-99.

¹⁵¹ R. c. *Batista*, préc., note 112, par. 22 et 31.

Des mots intimidants tirés d'un discours entrecoupé de propos décousus et incohérents peuvent également semer le doute au sujet de l'existence d'une menace authentique¹⁵².

Partant, la mise en perspective des mots incriminés est incontournable. La prise en compte du positionnement des mots par rapport à l'ensemble du discours – et par rapport au mode d'expression retenu – est a fortiori indispensable dans un contexte artistique, qu'il soit littéraire ou musical.

c- *Sens apparent et sens littéraire*

Des paroles ne sauraient être évaluées en faisant abstraction du contexte littéraire ou musical dans lequel elles s'inscrivent. Aussi faut-il, le plus souvent, différencier l'allégorie et la menace¹⁵³. À ce titre, la condamnation prononcée dans l'affaire *Dulac* suscite les plus graves réserves¹⁵⁴. Appelé à rédiger dans un cadre universitaire une œuvre « réelle ou fictive », un étudiant au passé certes provocateur se voit reprocher d'avoir proposé dans son texte de « kidnapper le plus d'enfants possible » en les attirant dans sa voiture à l'aide de bonbons ou de gadgets style iPod, « de les enfermer dans des vieilles poches de patates ou de sacs de paille », et pendant une performance et alors qu'ils seront « tous accrochés au plafond », de se bander les yeux et de les frapper avec une masse de fer, « le sens de l'œuvre » consistant à « démontrer comment les beaux et petits enfants innocents vont vieillir au travers du monde contemporain pour devenir des adultes amorphes de demain ». L'auteur conclut son propos en s'attribuant le rôle de l'humanité ou de son héritage, selon « le point de vue ».

La condamnation prononcée en l'espèce paraît singulièrement infondée. Le juge de première instance indique que la personne raisonnable ne saurait être « initiée à l'activité artistique » et la Cour supérieure d'écarter à son tour l'avis d'artistes selon lesquels la signification recherchée n'est pas intimidante. La Cour se justifie au motif que le texte incriminé faisait partie d'œuvres destinées à faire l'objet d'une exposition publique. Tout en paraissant nettement contraire aux enseignements de l'arrêt *Batista* quant

¹⁵² R. c. *Doré*, préc., note 145; R. c. *Stacey*, préc., note 109, par. 17 et 47; R. c. *L.B.*, 2005 ONCJ 143.

¹⁵³ *J.P. c. La Reine*, préc., note 122, par. 48.

¹⁵⁴ *Dulac c. La Reine*, J.E. 2014-707, 2014 QCCS 972 (C.S.) (requête pour permission d'appeler accordée, 2014 QCCA 1205).

aux attributs de la personne raisonnable¹⁵⁵, cette condamnation se détourne de l'analyse dictée par la jurisprudence. Le raisonnement retenu en l'espèce fait l'impasse sur le contexte (un travail universitaire), la teneur du projet (une œuvre réelle ou fictive) et l'irréalisme avéré du sort évoqué (suspension dans les airs d'enfants dans des sacs de paille ou des poches de patates). Il est pourtant acquis que le caractère irréalisable ou franchement invraisemblable du projet est un facteur de nature à dépouiller les paroles prononcées de tout attribut menaçant¹⁵⁶. Du reste, la perspective que la phrase prononcée dans le contexte en cause soit susceptible de plus d'un sens est de nature à faire naître un doute raisonnable au sujet de l'élément matériel du crime de menaces¹⁵⁷.

Cette dualité de sens est d'ailleurs généralement le propre de la poésie. L'imprécation littéraire et la menace ne sont point synonymes. Il suffira de rappeler les procédures pénales intentées contre Louis Aragon pour la parution en 1931 d'un poème provocateur, *Front Rouge*, dont voici un extrait :

« Pliez les réverbères comme des fétus de pailles/ Faites valser les kiosques les bancs les fontaines Wallace/ Descendez les flics/ Camarades/ descendez les flics/ Plus loin plus loin vers l'ouest où dorment/ les enfants riches et les putains de première classe/ [...] Prolétariat connais ta force/ connais ta force et déchaîne-la/ Il prépare son jour [...] / Il attend son jour/ il attend son heure/ sa minute la seconde /où le coup porté sera mortel/ et la balle à ce point sûre que tous les médecins social-fascistes/ penchés sur le corps de la victime/ auront beau promener leur doigts chercheurs sous la chemise de dentelles/ ausculter avec des appareils de précision son cœur déjà pourrissant/[...] / Feu sur Léon Blum/ Feu sur Boncour Frossard Déat/ Feu sur les ours savants de la social-démocratie/ [...] »¹⁵⁸

Les poursuites pour incitation de militaires à la désobéissance et provocation au meurtre dans un but de propagande anarchiste tourneront pourtant court¹⁵⁹. Le tort d'Aragon aura été de parler « à ceux qui peuvent

¹⁵⁵ Voir *supra*, note 112 de même que nos explications *infra*, p. 113.

¹⁵⁶ Voir la jurisprudence analysée *supra*, p. 79 à 81 tout comme les décisions relatées *infra*, notes 216, 223, 229 et 238

¹⁵⁷ Voir la jurisprudence abondante en la matière *supra*, note 135.

¹⁵⁸ ARAGON, *Persécuté persécuteur*, Stock, Paris, 1998, p. 17 et 18.

¹⁵⁹ Mathieu RIGO, « Salut à vous, ricaneurs! : relecture de Hourra l'Oural d'Aragon », 1^{er} mai 2001, en ligne : <www.regard-est.com/home/breve_contenu.php?id=228> (site consulté le 30 janvier 2015).

le comprendre avec des mots et des images que la censure ne comprend pas »¹⁶⁰.

L'irréalité du contenu lyrique combat toute volonté de prendre les paroles au pied de la lettre. Comme l'affirme Breton venu au secours d'Aragon, le poème est « *tel* qu'en matière d'interprétation la considération de son sens littéral ne [parvient] aucunement à l'épuiser »¹⁶¹ : il est dès lors « abusif de prétendre l'identifier devant la loi à toute espèce de texte répondant au désir d'expression *exacte*, autrement dit *mesurée* et *pesée* de la pensée. »¹⁶².

Ce genre littéraire s'oppose *en soi* à une prise en compte décontextualisée. Comme le prêche Breton avec une infinie justesse :

« ce poème, de par sa situation dans l'œuvre d'Aragon, d'une part, et dans l'histoire de la poésie, d'autre part, répond à un certain nombre de déterminations formelles qui s'opposent à ce qu'on en isole tel groupe de mots (« Camarades, descendez les flics ») pour exploiter son sens littéral alors que pour tel autre groupe (« Les astres descendent familièrement sur la terre ») la question de ce sens littéral ne se pose pas. [...] Le poème n'est pas à juger sur les représentations successives qu'il entraîne mais bien sur le pouvoir d'incarnation d'une idée, à quoi ces représentations, libérées de tout besoin d'enchaînement rationnel, ne servent que de point d'appui. La portée et la signification du poème sont *autre chose* que la somme de tout ce que l'analyse des éléments définis qu'il met en œuvre [...] S'il n'en était pas ainsi, il y a longtemps que le langage poétique se fût aboli dans le prosaïque et sa survivance jusqu'à nous, nous est le meilleur garant de sa nécessité. »¹⁶³

La jurisprudence canadienne n'est aucunement rétive à cet *exercice de distanciation du sens recherché par opposition au sens littéral* des mots employés. L'emplacement précis des mots reprochés et leur mise en pers-

¹⁶⁰ Maurice ULRICH, « Aragon cet enfant sans nom », 19 juin 2002, en ligne : <<http://www.humanite.fr/node/267228>> (site consulté le 30 janvier 2015) (nos italiques).

¹⁶¹ Extraits de l'analyse d'André BRETON, « Misères de la Poésie. L'Affaire Aragon devant l'opinion publique », 1932, en ligne : <http://www.uni-muenster.de/Romanistik/Aragon/werk/frueh/perper_m.htm> (site consulté le 30 janvier 2015) (italiques dans l'original). Voir aussi : Laurent JENNY, « Méthodes et problèmes. La poésie », Genève, Département de français moderne, Université de Genève, 2003, en ligne : <<http://unige.ch/lettres/framo/enseignements/methodes/elyrique/elintegr.html>> (site consulté le 30 janvier 2015).

¹⁶² *Id.* (italiques dans l'original).

¹⁶³ *Id.* (italiques dans l'original).

pective par rapport à l'ensemble du texte ou du discours font obligatoirement partie des facteurs dont l'analyse s'impose¹⁶⁴, à défaut de quoi une condamnation pourra être invalidée¹⁶⁵. Des mots a priori menaçants peuvent donc perdre leur sens premier s'ils s'insèrent, par exemple, dans un texte caractérisé par la dérision¹⁶⁶. Le même procédé analytique s'impose à l'égard de l'infraction d'incitation au suicide. L'étude de la *séquence des échanges* peut révéler l'existence d'un sarcasme en lieu et place d'une véritable invitation au suicide¹⁶⁷.

Les mots employés ne faisant pas foi de tout, les impressions et perceptions de l'entourage sont inéluctablement reléguées au pur rang d'indice. *L'effroi ressenti par les auditeurs ne saurait suffire en soi à trancher la question du caractère objectivement menaçant des paroles reprochées*. La détermination de la nature menaçante des propos requiert la prise en compte de nombreux facteurs et l'analyse de plusieurs éléments factuels; l'opinion du destinataire des paroles ne saurait donc s'imposer au juge¹⁶⁸.

* * *

L'impunité des propos futiles ne détermine pas entièrement le champ d'intervention du droit pénal. Les propos dénués de sérieux font certes obstacle à la preuve de l'*actus reus* et s'opposent résolument à une condamnation: pareilles paroles ne permettent pas à une personne raisonnable de conclure à une quelconque menace. Il en va tout autrement si les propos sont de prime abord menaçants en raison du contexte dans lequel ils sont prononcés et de la personne visée. La caractérisation du dessein de l'accusé (*mens rea*) devient un nouvel enjeu. Il demeure loisible au prévenu de prétendre que, malgré le caractère objectivement menaçant de ses paroles, il n'entendait aucunement intimider qui que ce soit ni même être pris au sérieux. Telle est l'hypothèse des propos irréfléchis.

¹⁶⁴ R. c. *Batista*, préc., note 112, par. 41 et 44.

¹⁶⁵ *Id.*

¹⁶⁶ Ce qui est vrai du crime de menaces (*id.*, par. 22 et 44) l'est aussi pour le chef d'incitation au suicide: R. c. *Morin*, préc., note 101.

¹⁶⁷ *Id.*, par. 59 et 68.

¹⁶⁸ R. c. *Batista*, préc., note 112, par. 26. Voir pareillement: R. c. *McRae*, préc., note 107, par. 13 et 15; R. c. *Dobbin*, préc., note 120, par. 30; R. c. *Smorodin*, préc., note 146, par. 22; R. c. *Barrett*, 2004 NSCA 38, par. 22.

ii. *Les paroles irréfléchies*

Les propos futiles n'ont pas la gravité voulue pour être bannis. Ils ne sont pas, en un mot, intimidants.

Les phrases irréfléchies demeurent, elles aussi, impunies. La raison en est cependant tout autre. Le droit criminel s'abstient de sévir puisque l'auteur de ces paroles regrettables n'est pas animé d'un dessein criminel. En somme, la gravité des paroles de l'accusé ne suffit pas à le faire condamner. L'inculpé doit constater le caractère menaçant de ses propos: il lui faut prendre conscience du sens et des répercussions de ses paroles¹⁶⁹.

a- *La teneur de l'analyse subjective*

Le tribunal ne peut se contenter de la signification apparente des mots prononcés pour sévir. Force lui est de s'interroger sur la portée que souhaitait leur donner le prévenu lui-même¹⁷⁰.

Une circonspection de bon aloi anime généralement la jurisprudence. La signification objective des paroles prononcées ne saurait suffire, à elle seule, à faire foi de l'intention de l'accusé. Le tribunal d'instance verra sa décision sanctionnée s'il se garde de s'enquérir de la signification insufflée par l'accusé lui-même à ses propos.

¹⁶⁹ Voir nos développements *infra*, p. 90-100.

¹⁷⁰ « First, it is not merely what the words spoken to another would convey but what the appellant meant or intended by them »: *R. c. Range*, (1998) 37 W.C.B. (2d) 365, [1998] B.C.J. n° 361 (C.A. C.-B.); *R. c. Brake*, (2014) 347 Nfld. & P.E.I.R. 251 (C. prov. T.-N.); *R. c. Huggins*, 2014 ABQB 145; *R. c. McRae*, préc., note 107; *R. c. Botelho*, (2006) 70 W.C.B. (2d) 360 (C. just. Ont.); *R. c. P. (T.)*, (2001) 50 W.C.B. (2d) 542, [2001] O.J. n° 1316 (C.A.); *R. c. Mathurin*, (1990) 11 W.C.B. (2d) 490, 1990 CanLII 2917 (C.A. Qué.). Le jury doit être informé de cette nuance: *R. c. Range*, préc., note 170; *R. c. Danis (N.W.T.S.C.)*, [1993] N.W.T.J. n° 69 (C. sup. T.N.-O.). La détermination de l'état d'esprit réel du prévenu relève du pouvoir d'appréciation du juge des faits: *R. c. David*, préc., note 139; *R. c. O'Brien*, 2013 CSC 2; *R. c. Knox*, (2012) 328 Nfld. & P.E.I.R. 292 (C. sup. T.-N.); *R. c. Kafé*, (1996) 106 C.C.C. (3d) 569, [1996] A.Q. n° 83 (C.A. Qué.). Ainsi donc, l'intention de plaisanter ou non du prévenu constitue une appréciation d'ordre factuel. Cette règle vaut pareillement en matière de complot: *R. c. O'Brien*, préc., note 20, 669, 670 et 677.

La norme subjective à l'œuvre ne fait aucun doute¹⁷¹ : l'analyse porte sur la signification envisagée par l'accusé lui-même. S'il lui suffit d'appréhender les conséquences inéluctables ou quasi inéluctables de ses paroles¹⁷², il ne saurait être jugé sur le seul sens apparent de ses propos. Aussi le droit, civil¹⁷³ comme pénal, est-il sensible à la dichotomie suivante : « une chose sont les paroles émises; une autre chose est l'intention qui anime l'émetteur, c'est-à-dire la fonction de l'émission, la finalité du parler. »¹⁷⁴.

L'incorrection d'une analyse fondée uniquement sur le sens apparent des paroles prononcées est étayée abondamment dans la jurisprudence pénale¹⁷⁵. En fait foi le désaveu de la condamnation de celui qui affirme à

¹⁷¹ La Cour suprême se déclare en faveur de « la norme subjective de faute » de sorte que « ce qui importe, c'est ce que l'accusé entendait effectivement faire. » (R. c. *McRae*, préc., note 107, par. 19). Voir pareillement: R. c. *David*, préc., note 139, par. 11.

¹⁷² Le crime de menaces fait appel à une intention spécifique (*infra*, note 198). Or, la notion d'intention spécifique englobe la prise de conscience par l'accusé du caractère « certain ou quasi certain » des répercussions de sa conduite ou de ses propos. Cf. R. c. *Weeks*, (2014) 346 Nfld. & P.E.I.R. 128 (C. prov. T.-N.); R. c. *Armstrong*, préc., note 112, par. 50 (demande pour autorisation d'appeler rejetée); R. c. *James*, préc., note 128, par. 32 et 49; R. c. *Chartrand*, [1994] 2 R.C.S. 864; R. c. *Buzzanga and Durocher*, (1979) 49 C.C.C. (2d) 369 (C.A. Ont.) et R. c. *Keegstra*, préc., note 18 abordés dans *infra*, notes 341 et 342. *Contra*, au sujet de l'art. 264.1 C.cr.: Don STUART, « Inconsistent Intent at the Supreme Court », (1994) 31 C.R. (4th) 35, 36.

¹⁷³ Le droit civil se soucie tellement de différencier le *negotium* et l'*instrumentum* qu'il confie un rôle cardinal à cette distinction. Le sens apparent ou littéral d'une clause sera sacrifié dès lors qu'il ne reflète pas fidèlement la volonté des parties. Proclamée par les articles 1425 C.c.Q. et 1156 C.c.fr., la primauté de la volonté réelle des parties sur la lettre de leur accord est un principe qui *ordonnance* la réflexion relative à l'interprétation contractuelle. Voir *Québec (Agence du revenu) c. Services Environnementaux AES inc.*, 2013 CSC 65; François TERRÉ, Philippe SIMLER et Yves LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, 11^e éd., Paris, Dalloz, 2013, p. 499; Cyril GRIMALDI, « Paradoxes autour de l'interprétation des contrats », RDC.2008.207, 208 : « l'article 1156 n'énonce pas une règle d'interprétation mais livre le "but" commun aux règles d'interprétation en matière contractuelle [...] ».

¹⁷⁴ Cette citation de Paul Amselek (Paul AMSELEK, « Philosophie du droit et théorie des actes de langage », dans Paul AMSELEK (dir.), *Théorie des actes de langage, éthique et droit*, Paris, PUF, 1986, p. 109, à la page 111) est reprise par Gaël CHANTEPIE, « L'exigence de clarté dans la rédaction du contrat », RDC.2012.989, 993.

¹⁷⁵ Outre les développements contenus dans la conclusion du présent article, voir: R. c. *Brake*, préc., note 170; R. c. *Huggins*, préc., note 170, par. 21 et 27; *LSJPA- 144*, préc., note 148; R. c. *O'Brien*, préc., note 170; R. c. *Tutino*, préc., note 148, par. 12; R. c. *Armstrong*, préc., note 112, par. 31 : « [...] something more than an assessment of the words on an objective standard is required »; R. c. *Grimoldby*, préc., note 118;

son ancienne compagne qu'elle va « périr ». Le juge de première instance le condamne sur la foi du sens habituel de ce mot, et ce, quelle que fût son intention. La Cour d'appel lui reproche l'emploi d'une norme objective et casse la condamnation prononcée¹⁷⁶. L'irrecevabilité du critère objectif ressort aussi de l'arrêt *Dyckow*. Un accusé venu porter plainte à un poste de police s'en voit expulsé. Il s'emporte et menace de représailles physiques un policier; il est arrêté et n'offre aucune résistance. Le juge du procès le condamne, car ses paroles sont objectivement menaçantes, et ce, même si son intention fait défaut en raison de son état d'ébriété. La Cour d'appel l'acquitte et reproche au juge de s'en être tenu à un examen objectif des propos de l'accusé¹⁷⁷.

La méprise à laquelle succombe parfois la jurisprudence¹⁷⁸ ou la doctrine¹⁷⁹ peut s'entendre. Les éléments d'appréciation de l'*actus reus* ressemblent passablement à ceux relatifs à la *mens rea*. En l'absence d'explications de la part du prévenu, le juge doit évaluer son intention sur la foi des paroles employées, du contexte en cause et de la personne à qui il s'adresse¹⁸⁰.

La similitude apparente des critères à l'œuvre ne doit pas faire illusion pour autant. L'évaluation de la culpabilité fait appel à deux critères successifs et cumulatifs. En clair, la preuve de l'*actus reus* ne fait pas foi, à elle seule, de l'existence de la *mens rea*.

Au surplus, la première étape liée à l'étude des éléments matériels ne s'appréhende pas de la même manière que la seconde portant sur l'étude de l'état d'esprit de l'accusé. **À la première étape se pose la question de l'interprétation par la personne raisonnable du sens des paroles formu-**

R. c. Kontuk, préc., note 139; *R. c. Botelho*, préc., note 170; *R. c. Medeiros*, (2000) 37 C.R. (5th) 53, [2000] O.J. n° 2697 (C. just. Ont.); *R. c. Range*, préc., note 170; *Dyckow c. La Reine*, R.J.P.Q. 96-111 (C.A. Qué.); *R. c. Lavoie*, J.E. 92-1184 (C.Q.); *R. c. Mathurin*, préc., note 170.

¹⁷⁶ *R. c. Mathurin*, préc., note 170.

¹⁷⁷ *Dyckow c. La Reine*, préc., note 175.

¹⁷⁸ Voir, par exemple: *LSJPA-0980*, 2009 QCCQ 19267; *Dahlman c. La Reine*, 2007 QCCA 577.

¹⁷⁹ Don STUART, *Criminal Law*, 6^e éd., Scarborough, Éditions Carswell, 2011, p. 172; D. STUART, préc., note 172, 35 et 38.

¹⁸⁰ *R. c. Narvwal*, préc., note 120; *R. c. O'Brien*, préc., note 170, par. 11; *R. c. McRae*, préc., note 107, par. 19 et 23; *R. c. Armstrong*, préc., note 112; *R. c. Smith*, préc., note 120; *R. c. Zarubin*, 2004 SKCA 14, par. 25; *R. c. Clemente*, préc., note 113, 762.

lées¹⁸¹. À la seconde étape se pose la question de la prise de conscience par l'accusé de l'effet qu'auront ses paroles sur autrui. Aucune de ces étapes ne saurait être escamotée et elles s'analysent de manière indépendante. À supposer que le sens apparent des paroles prononcées par l'accusé puisse l'emporter au stade de l'examen de l'élément matériel, il n'est rien d'acquis lors de l'étude de son état d'esprit¹⁸².

À le supposer parfois concluant lors de l'étude des éléments matériels, le sens premier des paroles prononcées ne fait pas foi – à lui seul – de l'intention de l'accusé. Sa volonté de persuader autrui quant au sérieux de ses affirmations est indispensable et le juge est tenu de s'assurer de l'existence de cette intention¹⁸³.

La mission du juge des faits ne varie d'ailleurs nullement selon que l'inculpé témoigne ou non. En présence de la déposition de l'accusé, le juge se doit de vérifier s'il croit l'inculpé ou si son témoignage suscite à tout le moins un doute raisonnable. Commet une erreur de droit le juge qui omet d'examiner les explications données par l'accusé sur le sens de ses paroles¹⁸⁴.

Le rôle du juge d'instance n'est pas altéré pour autant si l'inculpé se mure dans le silence. La présomption d'innocence n'est point atténuée¹⁸⁵ et il lui revient donc de s'assurer des intentions réelles de l'accusé sur la foi de la preuve dégagée par la poursuite. La jurisprudence de la Cour suprême illustre à bon aloi que le sens apparent des paroles ne saurait faire forcément foi de l'intention de l'accusé¹⁸⁶. En l'absence d'explication de sa part, *encore faut-il* se soucier de l'étude du contexte et de la personne visée par les propos¹⁸⁷. À titre d'exemple, le fait que le destinataire ne prenne pas les

¹⁸¹ R. c. *McRae*, préc., note 107, par. 13-16.

¹⁸² Comme le souligne de manière très avisée le juge dans l'affaire R. c. *Scarpino*, 2014 BCPC 62, par. 6, le passage de l'arrêt *McRae* selon lequel le sens premier des mots sera souvent concluant a trait à l'*actus reus* et non point à la *mens rea*.

¹⁸³ R. c. *McRae*, préc., note 107, par. 40.

¹⁸⁴ R. c. *Huggins*, préc., note 170.

¹⁸⁵ R. c. *Prokofiew*, 2012 CSC 49; R. c. *Noble*, [1997] 1 R.C.S. 874.

¹⁸⁶ R. c. *O'Brien*, préc., note 170. Voir pareillement : R. c. *Scarpino*, préc., note 182, par. 6; R. c. *Tutino*, préc., note 148; R. c. *Zemaryalai*, (2011) 93 W.C.B. (2d) 228 (C. just. Ont.); R. c. *Lavoie*, préc., note 175; R. c. *Mathurin*, préc., note 170 et la jurisprudence citée *supra*, notes 170 et 175-177.

¹⁸⁷ R. c. *O'Brien*, préc., note 170; R. c. *McRae*, préc., note 107, par. 19-23. Ces éléments sont occultés dans l'arrêt R. c. *Légaré*, 2012 QCCA 1029, par. 2 et 3.

paroles au sérieux joue parfois le rôle d'indice quant au fait que l'inculpé ne souhaitait pas lui-même être pris au pied de la lettre¹⁸⁸.

L'absence d'interchangeabilité entre l'élément matériel et l'élément mental va de soi. *La preuve de l'actus reus n'entraîne aucune présomption au sujet de l'existence de l'élément mental sans quoi la présomption d'innocence serait elle-même violée*¹⁸⁹.

Les éléments pris en compte lors de l'étude de l'élément matériel ne sont donc pas en tous points identiques lors de l'examen de la faculté d'appréhension de l'accusé. De nombreux facteurs peuvent faire douter de l'existence de l'élément mental. Sous réserve des précisions formulées dans les pages à venir, l'exaspération, l'ébriété, un sentiment d'impuissance envers la victime ou encore la volonté de l'insulter et non de la menacer sont tous susceptibles de porter atteinte à la preuve hors de tout doute raisonnable de la *mens rea*.

b- La teneur de la faute morale

La volonté d'être pris au sérieux fait figure d'élément mental indispensable¹⁹⁰ de sorte que les paroles prononcées à la blague échappent à la portée de l'article 264.1 C.cr.¹⁹¹. La plaisanterie fait échec à la *mens rea* (et même souvent à l'*actus reus*¹⁹²) sans que l'on doive assimiler badinerie et mobile de l'infraction¹⁹³: la plaisanterie s'oppose à la formation de l'élé-

¹⁸⁸ R. c. *Morin*, préc., note 101; R. c. *McRae*, préc., note 107, par. 20 et 23; R. c. *Kontuk*, préc., note 139; *LSJPA-144*, préc., note 148; R. c. *Tutino*, préc., note 148; *LSJPA – 1026*, J.E. 2010-1271 (C.A.); R. c. *Botelho*, préc., note 170; R. c. *Shaw (K.E.)*, (1992) 135 A.R. 161 (C.A.).

¹⁸⁹ Ce sujet fait l'objet de développements *infra*, p. 88, 89 et 128 à 130.

¹⁹⁰ Cette exigence semble avoir été formulée pour la première fois dans l'affaire R. c. *Underwood*, préc., note 119.

¹⁹¹ R. c. *Batista*, préc., note 112, par. 17; R. c. *Lis*, préc., note 126; R. c. *H. (S.W.)*, préc., note 124; R. c. *P. (T.)*, préc., note 170; R. c. *Walker*, préc., note 119; R. c. *Clemente*, préc., note 113, par. 7, 8 et 12; R. GRONDIN, préc., note 31, p. 66. La récente infraction de canular terroriste obéit aux mêmes considérations: *supra*, p. 54 et 55.

¹⁹² L'*actus reus* fera défaut si la personne raisonnable est en mesure de déceler la présence d'une farce en lieu et place d'une menace. Telle est l'hypothèse des paroles futiles abordées *supra*, p. 72-85.

¹⁹³ Un auteur confine à tort la plaisanterie au mobile de l'infraction (D. STUART, préc., note 172, 36). Or, la défense de plaisanterie est à même de nier l'élément mental de plusieurs infractions énoncées au Code ou encore celui propre à la complicité. Ce thème fait l'objet d'un ouvrage (P. RAINVILLE, préc., note 1) auquel il convient d'ajouter

ment mental dès lors que le badin ne croit pas en la force de persuasion de ses paroles.

Encore faut-il examiner la teneur précise de la plaisanterie alléguée. La qualité de l'humour devient déterminante, car la plaisanterie malicieuse rend le farceur coupable. L'intention de mettre la menace à exécution n'est aucunement obligatoire au terme de l'article 264.1 C.cr.¹⁹⁴. Dès lors, l'intention d'effrayer autrui suffit amplement à emporter une condamnation¹⁹⁵ : s'amuser à faire craindre le pire à la victime dénote la culpabilité du mauvais plaisant¹⁹⁶.

Le degré de prise de conscience de l'accusé suppose quelques remarques supplémentaires. Sa perception du sens des paroles en jeu est déterminante. Il a droit à l'acquiescement si l'idée ne lui effleure pas l'esprit que ses paroles puissent être prises au sérieux. Même l'insouciance possible du plaisantin quant aux conséquences de ses paroles ne saurait suffire, selon nous, à le faire condamner¹⁹⁷. L'insouciance suppose la réalisation par l'accusé du *risque* que ses paroles revêtent une signification intimidante. Cette prise de conscience est insuffisante. Le crime de menaces exige un dessein criminel¹⁹⁸. Cette infraction obéit au principe

les décisions fort opportunes rendues dans les affaires *LSJPA-1432*, préc., note 36; *St-Jacques c. La Reine*, préc., note 101, par. 65, note 26; *R. c. Danylak*, préc., note 25.

¹⁹⁴ *R. c. Koyina*, préc., note 131; *R. c. Z. (M.)*, 2014 ONCJ 417; *Dallaire c. La Reine*, préc., note 120; *R. c. McRae*, préc., note 107, par. 18; *R. c. Nantel*, 2013 QCCQ 4476; *R. c. Dobbin*, préc., note 120, par. 19; *R. c. Laing*, (2013) 341 Nfld. & P.E.I.R 20 (C. prov.); *R. c. Hiscox*, 2002 BCCA 312; *Bonneville c. La Reine*, J.E. 96-1856 (C.A.); *Mercier-Rémy c. La Reine*, préc., note 147; *R. c. McCraw*, préc., note 119. La Cour suprême avait interprété pareillement le prédécesseur de l'article 264.1 C.cr.: *R. c. Nabis*, préc., note 147.

¹⁹⁵ Cette intention constitue un état d'esprit suffisamment blâmable sans être jugée pour autant indispensable par la Cour suprême du Canada: cf. notre analyse critique de l'arrêt *McRae* dans *infra*, p. 101 à 107.

¹⁹⁶ Tel est d'ailleurs le fondement de l'incrimination des canulars terroristes. L'auteur de pareil canular n'est coupable que s'il avait bel et bien « l'intention de faire craindre à quelqu'un soit la mort ou des blessures corporelles, soit des dommages considérables [...] ». Le libellé de l'art. 83.231 C.cr. est analysé dans *supra*, p. 54 et 55.

¹⁹⁷ *R. c. Masson*, 2012 QCCM 21, par. 39; *R. c. Gaete*, préc., note 118; *R. c. Noble*, (2010) 88 W.C.B. (3d) 592, 2010 MBCA 60 (C.A. Man.); *R. c. Fenton*, [2008] 11 W.W.R. 743, [2008] A.J. n° 439 (B.R. Alb.); *R. c. Waddell*, [1993] O.J. n° 856 (C. just.).

¹⁹⁸ L'article 264.1 C.cr. renvoie à une intention spécifique: *R. c. Koyina*, préc., note 131; *R. c. Scarpino*, préc., note 182, par. 6; *R. c. Pelletier*, J.E. 2011-1013 (C.Q.), par. 18;

classique du droit pénal canadien selon lequel un crime d'intention spécifique ne saurait se satisfaire de l'insouciance du prévenu¹⁹⁹.

Alors que le crime de menaces aura longtemps exigé l'intention spécifique d'intimider autrui, il requiert désormais l'intention d'être pris au sérieux²⁰⁰. La finalité des propos du prévenu demeure donc déterminante. L'inculpé doit être animé d'une volonté de persuasion. Échappe a fortiori à toute condamnation l'inculpé qui se croit fin seul au moment de la formulation des paroles litigieuses : il en va ainsi de celui qui prononce des paroles affolantes alors qu'il se pense seul au téléphone ou qu'il ne se sait pas écouté dans son appartement²⁰¹.

Le dessein de l'accusé consiste à vouloir être pris au sérieux. Soit qu'il entende effrayer directement la victime. Soit qu'il se cherche réellement un acolyte afin de faire un mauvais parti à autrui²⁰². Soit qu'il entende simplement *convaincre* son auditoire de la véracité du dessein évoqué. La volonté de persuasion fait corps avec l'élément mental du crime de menaces²⁰³. Cet élément mental irréductible découle inévitablement du libellé même de l'infraction selon lequel l'inculpé doit « sciemment » proférer une menace : aussi doit-il constater – *au moment de les prononcer* – l'effet de ses paroles sur autrui²⁰⁴. Il ne lui suffit d'ailleurs pas de vouloir blesser la victime dans son amour-propre : encore lui faut-il entendre la

LSJPA-0980, préc., note 178 ; *R. c. Blackwell*, 2007 BCSC 1240, par. 112 ; *R. c. Bozic*, préc., note 126 ; *R. c. Watchmaker*, (1994) 22 W.C.B. 381 (C. prov. Alb.).

¹⁹⁹ Ce principe classique est incarné dans les affaires *LSJPA-1432*, préc., note 36 ; *César-Nelson c. La Reine*, J.E. 2014-1081, par. 128 et 129 (C.A.) ; *Di Rienzo c. Canada (P.G.)*, [2008] R.J.Q. 611 (C.A.) ; *R. c. Roach*, [2004] O.J. n° 2566 (C.A.) ; *R. c. Gagnon*, 2003 CanLII 47932, par. 95 (C.A.Qué.) ; *R. c. Lamontagne*, J.E. 99-2308 (C.A.) ; *R. c. Czarnacki*, (1999) 42 W.C.B. (2d) 459, [1999] M.J. n° 232 (B.R.) ; *R. c. Diaz-Pena*, J.E. 99-1220 (C.S.) ; Gisèle CÔTÉ-HARPER, Pierre RAINVILLE et Jean TURGEON, *Traité de droit pénal canadien*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1998, p. 426, 427 et 694-700. Cette distinction traditionnelle est occultée dans l'affaire *R. c. Morin*, préc., note 101.

²⁰⁰ *R. c. McRae*, préc., note 107, par. 31 et 36. Ce changement opéré par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *McRae* est abordé et critiqué dans *infra*, p. 101 à 107.

²⁰¹ *R. c. Lafontaine*, 2011 QCCS 5281 ; *Valcourt c. La Reine*, préc., note 128 ; *R. c. Corser*, 2004 ABQB 861, par. 38 et 39 ; *Boucher c. La Reine*, J.E. 93-1743 (C.S.).

²⁰² Voir cependant notre analyse critique de l'arrêt *McRae* dans *infra*, p. 101 à 107.

²⁰³ Pour une illustration opportune, voir l'affaire *Brake* abordée dans *infra*, p. 94 et 95.

²⁰⁴ « La mens rea est l'intention de faire en sorte que les paroles prononcées ou les mots écrits soient perçus comme une menace [...] » : *R. c. Clemente*, préc., note 113, 763 (soulignement dans l'original).

menacer. Des paroles blessantes et des paroles menaçantes se sont en rien équipollentes²⁰⁵.

L'étude de la finalité des paroles de l'accusé devient donc indispensable²⁰⁶. Une expression simplement destinée à attirer l'attention de l'interlocuteur – « je vais te tuer si tu ne m'écoutes pas » – ne tombe pas sous le coup de l'incrimination. Il n'existe, en l'occurrence, aucune volonté d'être pris au pied de la lettre²⁰⁷. Il en va de même du patient qui relate un fantasme meurtrier à un psychologue sans entendre le convaincre de sa volonté de passer à l'acte²⁰⁸. Par analogie, la formulation d'un fantasme ne saurait davantage traduire l'intention de former un complot²⁰⁹.

En vérité, l'interprétation donnée par l'accusé à ses propres paroles joue un rôle névralgique : la personne qui n'entend pas voir ses propos tenir lieu de menaces ne saurait écoper d'une condamnation²¹⁰. Comme le déclare avec justesse le juge Fish : « Any one who speaks words which he does not wish to be construed as a threat does not commit the offence. »²¹¹

²⁰⁵ *Sigouin c. La Reine*, J.E. 2002-916 (C.S.).

²⁰⁶ La Cour suprême du Canada s'attarde à bon droit à cet élément mental. Après avoir déclaré qu'il importe de s'interroger sur l'« *intention* [de l'accusé] quant à la manière dont il voulait que ses paroles soient reçues », elle ordonne un nouveau procès au motif que le juge de première instance n'a pas vérifié si l'inculpé entendait être pris au sérieux lors de la formulation des paroles : (*R. c. McRae*, préc., note 107, par. 36 et 40; italiques dans l'original).

²⁰⁷ *Rapp. R. c. Botelho*, préc., note 170, par. 22-24. La jurisprudence ne fait malheureusement pas toujours les distinctions voulues : *comp. R. c. Weeks*, préc., note 172; *R. c. Lalancette*, J.E. 2014-920 (C.Q.); *R. c. Weinmeyer*, (2013) 413 Sask. R. 99, par. 26 (C. prov.).

²⁰⁸ *R. c. James*, préc., note 128, par. 47; *R. c. Waddell*, préc., note 197. Pour un acquittement analogue au motif que le mauvais traitement appelé de ses vœux par un jeune détenu à l'encontre de gardiens relève de la formulation du fantasme, voir : *R. c. C.J.P.*, préc., note 149. Le locuteur peut toutefois alterner fantasmes et menaces authentiques auquel cas la condamnation s'imposera : *R. c. James*, préc., note 128, par. 38.

²⁰⁹ Voir le récit de l'affaire *Chalfoun supra*, note 22.

²¹⁰ Héritera toutefois d'une condamnation l'inculpé qui constate l'effet inéluctable de ses paroles sur autrui (*supra*, note 172).

²¹¹ *R. c. Mathurin*, préc., note 170. Voir pareillement le passage de l'arrêt *Clemente* cité *supra*, note 204; *R. c. Gaete*, préc., note 118; *R. c. Kendel*, préc., note 135; *Sigouin c. La Reine*, préc., note 205; *R. c. Waddell*, préc., note 197; *R. c. Tucker*, préc., note 118.

Cette juste part de retenue se comprend. L'article 264.1 C.cr. réprime l'expression d'une pensée²¹². Au contraire du crime de voies de fait²¹³, aucun geste menaçant n'est requis. De simples paroles suffisent à faire encourir une condamnation. Aussi ne doit-on pas s'étonner de ce que la jurisprudence élève la *mens rea* au-dessus de la simple insouciance²¹⁴. Il en va de même du complot: l'insouciance du prévenu quant à la portée de l'accord auquel il participe ne saurait lui valoir de condamnation²¹⁵.

Autant l'*actus reus* est réduit à sa plus simple expression – l'extériorisation d'une pensée –, autant la *mens rea* se doit, en retour, d'être définie restrictivement. Il s'agit là d'un garde-fou destiné à ne pas attribuer de portée indue à la répression criminelle.

Ce sens opportun de la retenue est illustré dans l'affaire *Brake*²¹⁶. Un individu exaspéré par les remarques outrancières d'une personne présente chez lui fait appel aux forces policières pour en obtenir l'expulsion. Une fois les renforts arrivés, l'inculpé intime au policier d'emmener promptement l'indésirable sans quoi il la décapitera. Cette parole déplorable n'a rien d'une menace. Le locuteur n'entendait aucunement faire croire à la véracité de ses dires: il voulait simplement obtenir le départ précipité de l'intrus²¹⁷. Le fait que l'inculpé se soit adressé aux forces policières et qu'il

²¹² Cf. les propos du juge Beetz dans l'arrêt *R. c. Nabiz*, préc., note 147, au sujet de la disposition à laquelle a succédé l'article 264.1 C.cr.

²¹³ L'article 265(1)b) C.cr. définit ainsi l'agression: «Commet des voies de fait [...] qui-conque [...] tente ou menace, *par un acte ou un geste*, d'employer la force contre une autre personne [...]». De simples paroles menaçantes ne sauraient suffire: *R. c. Dawydiuk*, 2010 BCCA 162, par. 30; *R. c. Doré*, préc., note 145, par. 32 à 38; *R. c. G. (W.R.)*, (2004) 60 W.C.B. (2d) 370, [2004] O.J. n° 399 (C. sup. just. Ont.); *R. c. Starnino*, 2000 CanLII 21505 (C. mun. Qué.); R. GRONDIN, préc., note 31, p. 65 et 66. Telle est l'interprétation dominante donnée à l'article 265(1)b) C.cr. malgré les réserves de certains auteurs: Glanville WILLIAMS, «Assault and Words», (1957) *Crim. L.R.* 219. La Cour suprême reconnaît l'existence de ces deux tendances tout en se gardant de trancher: *R. c. Nabiz*, préc., note 147.

²¹⁴ Ainsi le veut la jurisprudence relatée *supra*, note 197.

²¹⁵ *César-Nelson c. La Reine*, préc., note 199, par. 128 et 129 (C.A.); *Di Rienzo c. Canada (P.G.)*, préc., note 199; *R. c. Alexander*, (2005) 206 C.C.C. (3d) 233, par. 54 (C.A. Ont.); *R. c. Roach*, préc., note 199; *R. c. Lamontagne*, préc., note 199; *R. c. Sauvageau*, J.E. 97-24 (C.Q.); *R. c. Lessard*, C.A. Qué., n° 200-10-000029-806, 12 juillet 1982; Eric COLVIN et Sanjeev ANAND, *Principles of Criminal Law*, 3^e éd., Toronto, Éditions Thomson Carswell, 2007, p. 536.

²¹⁶ *R. c. Brake*, préc., note 170.

²¹⁷ *Rapp. R. c. Lavoie*, préc., note 175.

n'ait pas regardé celle dont il évoquait la décapitation lors du prononcé de ces mots démentait toute volonté d'être pris au sérieux ou d'intimider quiconque. *Une parole d'exaspération ne traduit pas ipso facto une velléité menaçante*²¹⁸.

L'expression « pré suppose que la pensée lui préexiste. [...] l'expression est toujours « export » de ce que chacun « a en soi ». Elle va, autrement dit, de *penser à dire.* »²¹⁹

La répression **n'a de sens** que si cette pensée préalable est à l'œuvre. Aussi ne faut-il point s'étonner de ce que le crime de menaces exige la preuve d'un dessein illicite²²⁰. Une parole d'exaspération aussitôt regrettée ne donne guère prise à l'emprise du droit criminel²²¹.

Tout propos *irréfléchi* échappe par définition à l'article 264.1 C.cr. et il en va de même des paroles prononcées à la légère. Une tournure de prime abord menaçante (« Je vais te tuer si tu ne t'arrêtes pas ») tient parfois de l'insulte ou de l'outrance et non de la menace à proprement parler. Elle échappe alors à la portée de l'article 264.1 C.cr. tout comme elle se soustrait du champ de l'article 241 C.cr.²²². Il en est en outre ainsi lorsque l'inculpé et la victime ont l'habitude de pareils écarts de langage lors de leurs disputes et que ni l'un ni l'autre ne prête foi à ces paroles²²³.

²¹⁸ Pour des illustrations supplémentaires, cf. R. c. David, préc., note 139; R. c. Michel, (2011) 92 W.C.B. (2d) 703, 2011 YKTC 4 (C. terr. Yuk.); R. c. Gaete, préc., note 118; R. c. Franklin, préc., note 119; R. c. Botelho, préc., note 170; R. c. Hoyles, préc., note 119; R. c. J.L., [1997] J.Q. n° 1688 (C.mun.); R. c. Lavoie, préc., note 175; R. c. Payne-Binder, (1991) 7 C.R. (4th) 308 (C.A. Yuk.); R. c. Piche, C. prov. Sask., 16 juin 1984 tel que résumé dans R. c. Mosmann, (2000) 192 Sask.R. 137 (C.prov.); M. MANNING et P. SANKOFF, préc., note 69, p. 832. Aussi la décision rendue dans l'affaire R. c. Le Seelleur, 2014 QCCQ 12216 est-elle sujette à caution.

²¹⁹ Robert MAGGIORI, « Protéger l'expression dans la liberté », *Libération*, rubrique « Idées », 28 janvier 2015 (italiques dans l'original).

²²⁰ L'article 264.1 C.cr. fait appel à une intention dite « spécifique » comme l'atteste la jurisprudence *supra*, note 198.

²²¹ Voir l'abondante jurisprudence au sujet des paroles prononcées sous le coup de l'emportement *supra*, note 138 et *infra*, note 247.

²²² Force est de différencier l'incitation au suicide et une parole prononcée de manière sarcastique en guise d'insulte: R. c. Morin, préc., note 101.

²²³ En guise d'exemples, voir: R. c. O'Brien, préc., note 170; R. c. Grimoldby, préc., note 118; R. c. Mleinek, (2010) 87 W.C.B. (2d) 406, 2010 CM 3003, par. 57 (C. mart.)(propos semblables régulièrement employés dans l'entourage professionnel, sans conséquence aucune); R. c. Lachance, préc., note 139 (insultes ponctuelles); R. c. Tucker, préc.,

L'insulte et la menace s'opposent sur le plan juridique. Autant il n'est pas nécessaire de prouver la volonté de l'accusé de passer de la parole aux actes – l'élément mental de l'infraction ne commandant pas pareille intention²²⁴ –, autant l'*actus reus* peut pourtant être influencé par l'inexistence **patente** de cette volonté: *plus il est manifeste que l'inculpé ne se prêtera pas à des sévices à l'endroit de la victime, plus l'élément matériel du crime de menaces est lui-même susceptible de faire défaut*²²⁵. Telle est précisément l'hypothèse de l'insulte courante par opposition à la menace réelle. Cette remarque revêt une importance cardinale quant au droit de regard du tribunal supérieur: autant la détermination de l'intention de l'accusé relève a priori de la question de fait²²⁶, autant la détermination du caractère menaçant des paroles reprochées est assimilée à une question de droit²²⁷: *la distinction entre l'insulte et la menace relève donc de l'office du tribunal supérieur*. Le nécessaire tracé de cette ligne de démarcation ne se limite aucunement au crime de menace: une parole prononcée de manière sarcastique en guise d'insulte ne saurait s'apparenter au crime d'incitation au suicide²²⁸.

La parole peut faire enfin office de refuge ou d'exutoire. Il devient alors délicat d'y voir une menace tournée vers l'extérieur. Il ne convient surtout pas de prendre la parole au pied de la lettre, si l'attitude générale de l'inculpé contredit une quelconque intention menaçante. Il en est ainsi de l'inculpé qui se réfugie sur Facebook pour tenir, par dépit, des propos

note 118; R. c. *Moshos*, préc., note 139 (C.Q.) (menaces «vides de sens» afin d'avoir le dernier mot lors d'une série d'invectives); R. c. *Nidal*, préc., note 122 (voir *obiter*); R. c. *Underwood*, préc., note 119. *Comp. R. c. S.W.*, [1993] A.J. n° 226 (C. prov. Alb.).

²²⁴ La jurisprudence en la matière se montre imperturbable: *supra*, note 194.

²²⁵ *Rapp. R. c. Koyina*, préc., note 131, par. 20; R. c. *Wasylyk*, préc., note 149; R. c. *Nidal*, préc., note 122; R. c. *Lee*, préc., note 139. Certaines décisions s'en remettent plutôt à l'absence d'élément mental: R. c. *James*, préc., note 128, par. 47. Une décision récente ignore malencontreusement la règle voulant que l'*actus reus* puisse faire défaut lorsque l'inexistence d'un quelconque danger d'exécution de la menace est patente de par le profil de l'accusé, les connaissances de l'auditoire à cet égard et le mode de diffusion privilégié. Cf. R. c. *Le Seilleur*, préc., note 218.

²²⁶ R. c. *O'Brien*, préc., note 170; R. c. *David*, préc., note 139; R. c. *Knox*, préc., note 170; R. c. *Gervais*, (2002) 255 NBR (2^e) 51 (B.R.); R. c. *Malone*, 1999 BCCA 466; R. c. *Kafé*, préc., note 170. L'affaire R. c. *Légaré*, préc., note 187 est en porte-à-faux avec les enseignements de l'arrêt *O'Brien*.

²²⁷ Cette affirmation nécessite force nuances abordées *infra*, p. 111-115.

²²⁸ R. c. *Morin*, préc., note 101.

apparemment menaçants à l'égard d'une personne qu'il ne cherche aucunement à intimider lors de leurs rencontres multiples²²⁹.

Les paroles en l'air n'ont nullement vocation à être rattrapées par le droit criminel...

c- *La teneur de l'administration de la preuve*

Un autre danger guette néanmoins le droit pénal.

La thèse des paroles irréfléchies s'improvise aisément : l'inventer de toutes pièces est chose facile. Rien de plus aisé que d'alléguer avoir voulu blaguer à l'époque des événements²³⁰ ou prétendre ne pas avoir mesuré les répercussions de ses paroles. Aussi le juge pénal est-il porté, par exemple, à requérir des indices à l'appui de la thèse des propos irréfléchis ou de celle des propos badins. L'ivresse de l'accusé est du nombre de ces indices²³¹. L'ébriété d'un individu le poussera parfois à prononcer des paroles menaçantes de manière purement écervelée ou encore par simple boutade. La perspective que son interlocuteur prenne la menace au sérieux peut lui échapper, vu son ébriété²³².

²²⁹ R. c. *Sather*, préc., note 118. Rapp. R. c. *Gaete*, préc., note 118; R. c. *Lee*, préc., note 121.

²³⁰ Selon Vogel, « [...] play cues can be used post factum to create a humor façade – even if no humor was originally intended – as in the “I didn't really mean it, it was just a joke” phenomenon. Play cues can be manipulated and humor can be “feigned” [...] » : Susan VOGEL, *Humor: A Semiogenetic Approach*, Bochum, Studienverlag Dr. Norbert Brockmeyer, 1989, p. 139.

²³¹ R. c. *Doré*, préc., note 145; R. c. *McRae*, [2010] B.C.J. n° 725 (C. sup. C.-B.); R. c. *Monaco*, préc., note 148; R. c. *Gervais*, préc., note 226; R. c. *Walker*, préc., note 119; R. c. *Fournier*, J.E. 97-1024 (*obiter*); *Dyckow c. La Reine*, préc., note 175; R. c. *Marseille*, R.J.P.Q. 96-154 (C.S.); R. c. *Bone*, (1993) 81 C.C.C. (3d) 389, 392 et 393 (C.A. Man.).

²³² R. c. *Bernier*, 2014 QCCQ 3422; R. c. *Chrétien*, 2013 QCCQ 3021; R. c. *Pelletier*, préc., note 198; R. c. *Standing*, 2007 SKPC 102; R. c. *Walker*, préc., note 119. Les circonstances mèneront parfois à la conclusion contraire. Voir, par exemple: R. c. *Koyina*, préc., note 131; R. c. *Lowry*, 2002 CanLII 41437 (C.A. Ont.) (menaces prononcées par un accusé enivré alors qu'il se sait violent envers sa conjointe en pareilles circonstances); R. c. *Coombs*, [1998] A.N.-B. n° 497; R. c. *Watchmaker*, préc., note 198.

Le degré de maturité²³³ et le tempérament de l'accusé constituent un second repère, selon qu'il est violent²³⁴, placide²³⁵, blagueur ou colérique. L'irascibilité ne suffit toutefois pas à conclure à la présence de la *mens rea*. D'une part, l'emportement fait *parfois* échec à l'élément cognitif requis²³⁶; d'autre part, les troubles psychologiques peuvent s'opposer occasionnellement à une condamnation²³⁷.

La question de savoir si l'inculpé est porté à des excès de langage revêt par ailleurs une importance indiscutable: l'outrance et la menace ne font point office de synonymes²³⁸.

L'avis de l'entourage hérite par ailleurs d'un rôle relatif. Si l'absence de frayeur ressentie par l'auditoire n'a rien de déterminant en soi, elle peut néanmoins tendre à accréditer l'inexistence de la *mens rea*. N'est donc pas dépourvu d'intérêt le fait que l'interlocuteur de l'accusé n'ait guère pris la menace au sérieux²³⁹ ou que des témoins des paroles aient cru à du badinage de sa part ou encore à une simple chicane²⁴⁰.

²³³ *LSJPA-0980*, préc., note 178. *Rapp. R. c. Danylak*, préc., note 25.

²³⁴ *R. c. Koyina*, préc., note 131; *R. c. K.J.C.*, (2013) 426 Sask. R. 281 (C. prov.); *R. c. Armstrong*, préc., note 112, par. 37; *R. c. Felteau*, préc., note 118; *R. c. Lis*, préc., note 126, par. 17; *R. c. Lowry*, préc., note 232 (menaces prononcées par un accusé enivré alors qu'il se sait violent en pareilles circonstances); *Brochu c. La Reine*, J.E. 97-1841 (C.A.); *R. c. Blanchard*, [1993] Y.J. no 145 (C. terr. Yuk.).

²³⁵ L'absence d'antécédents violents du prévenu amènera parfois à douter de sa volonté d'intimider autrui ou d'être pris au sérieux. En guise d'exemples, cf. *R. c. Michel*, préc., note 218, par. 21 et 22; *R. c. Wasyluk*, préc., note 149; *R. c. Taylor*, préc., note 20 (avocat poursuivi pour menaces); *R. c. Lavoie*, préc., note 175.

²³⁶ Cette question est approfondie dans la partie suivante du présent article.

²³⁷ *LSJPA-0980*, préc., note 178 (adolescent de 14 ans sous médication pour cause de troubles de comportement et de sommeil); *R. c. Nieuwendorp*, (2009) 87 W.C.B. (2d) 404, 2009 CM 1011 (C. mart.); *R. c. Dufresne*, 2006 QCCQ 3752; *R. c. Otis*, J.E. 2003-701 (C.Q.); *R. c. Dubois*, 2002 CanLII 26469 (inculpée dépressive et perturbée); *R. c. Chanderbhan*, [2002] O.J. n° 1991 (C. just.Ont.).

²³⁸ *R. c. O'Brien*, préc., note 170; *R. c. Grimoldby*, préc., note 118; *R. c. Taylor*, préc., note 20; *R. c. Shaw (K.E.)*, préc., note 188; *R. c. Underwood*, préc., note 119.

²³⁹ *R. c. Brake*, préc., note 170; *R. c. McRae*, préc., note 107, par. 20; *R. c. O'Brien*, préc., note 170; *R. c. Ménard*, 2013 QCCQ 5765, par. 7; *LSJPA – 1026*, préc., note 188; *R. c. Doré*, préc., note 145; *R. c. Lis*, préc., note 126; *R. c. Beyo*, [1996] O.J. no 4942 (C. just. Ont., div. prov.); *R. c. Shaw (K.E.)*, préc., note 188; *R. c. Underwood*, préc., note 119.

²⁴⁰ *R. c. H. (S.W.)*, préc., note 124; *Sigouin c. La Reine*, préc., note 205; *R. c. Danis (N.W.T.S.C.)*, préc., note 170; *R. c. Underwood*, préc., note 119 (un témoin de la conversation est d'avis que l'inculpé et sa compagne ne font que se chicaner verbalement).

Du reste, la règle du doute raisonnable demeure maîtresse. Toute ambiguïté quant au sérieux des paroles de l'inculpé doit lui profiter²⁴¹.

iii. *Les propos colériques et les propos badins : dissemblances et similitudes*

Il importe d'approfondir les rapports entre l'humour et la colère du point de vue comportemental comme juridique.

L'emportement fait barrage à l'humour. Il en va de l'humour comme du rire. La colère et le rire ne peuvent coexister : « [...] laughter is inhibited by rage or pain, that is, by any overwhelming emotion, practically by definition »²⁴².

Sur le plan juridique toutefois, la colère et l'humour présentent des traits apparentés. L'irascible et le blagueur ne pèsent pas toujours leurs mots et n'en mesurent pas forcément la portée. Tous deux tiennent souvent des propos irréfléchis. Du reste, il convient de se rappeler des inquiétudes du juge Beetz à l'endroit d'une définition trop libérale du crime de menaces « for countless are those who do not weigh their words »²⁴³. Ce souci n'aura pas échappé à la jurisprudence ultérieure de la Cour suprême du Canada qui s'emploie à disculper tout individu qui prononce des propos à la blague²⁴⁴ ou sans du moins penser être pris au pied de la lettre²⁴⁵ ; elle estime pareillement indispensable de vérifier si la personne colérique entendait bel et bien être prise au sérieux au moment de la formulation de propos menaçants²⁴⁶. Autant l'ire et le rire s'excluent mutuellement, autant ils s'apparentent de par leurs effets juridiques.

L'article 264.1 C.cr. ne punit pas les propos colériques : il s'intéresse uniquement aux énoncés *destinés à convaincre* autrui du passage vraisemblable de la parole à l'acte. L'inculpé doit vouloir imprégner à ses paroles le sérieux nécessaire à la persuasion. Or, l'emportement peut fort bien l'empêcher de

²⁴¹ R. c. *Ménard*, préc., note 239, par. 8 ; R. c. *McRae*, préc., note 107, par. 20 ; R. c. *Danylak*, préc., note 25 ; R. c. *James*, préc., note 128, par. 47 et 48 ; *Sigouin c. La Reine*, préc., note 205. Par analogie, voir aussi la jurisprudence *supra*, note 135.

²⁴² M. GUTWIRTH, préc., note 8, p. 17.

²⁴³ R. c. *Nabis*, préc., note 147, 493. Voir pareillement : R. c. *Chanderbhan*, préc., note 237.

²⁴⁴ R. c. *Clemente*, préc., note 113, 763.

²⁴⁵ R. c. *O'Brien*, préc., note 170.

²⁴⁶ R. c. *McRae*, préc., note 107, par. 40.

constater la teneur de ses paroles et surtout leur répercussion dans l'esprit de la victime²⁴⁷. Si la colère n'absout pas en soi la personne qui se fait menaçante²⁴⁸, encore lui faut-il constater la portée de ses paroles et leur force de persuasion.

Le droit criminel n'a pas pour visée de sévir contre les débordements de langage. Il se contente, bien plus modestement, de sanctionner les paroles prononcées en vue de faire craindre le pire²⁴⁹. L'humour, l'emportement, la fatigue, l'exaspération²⁵⁰: voilà autant d'éléments susceptibles de jeter un doute sur la volonté arrêtée du prévenu d'être pris au sérieux.

²⁴⁷ « The word “knowingly” imparts a certain degree of consciousness and understanding of the words used as well as the effect that they normally would produce ». Et le tribunal d'ajouter à juste titre: « [...] people may say what they do not really mean when very upset »: R. c. *Taylor*, préc., note 20. Les acquittements prononcés à l'endroit d'inculpés s'étant emportés sont courants: *LSJPA-144*, préc., note 148; R. c. *Brake*, préc., note 170; R. c. *M.H.*, 2014 ONSC 36, par. 50; R. c. *Perreault*, 2014 ONCJ 23; R. c. *Scarpino*, préc., note 182; R. c. *Ménard*, préc., note 239; R. c. *Tutino*, préc., note 148; R. c. *Zemaryalai*, préc., note 186; R. c. *Gaete*, préc., note 118; *LSJPA – 1026*, préc., note 188 (l'intention d'exprimer sa frustration ne saurait équivaloir, en soi, à l'intention d'intimider son interlocuteur); R. c. *Mleinek*, préc., note 223; R. c. *Nieuwendorp*, préc., note 237; R. c. *Franklin*, préc., note 119; R. c. *Sather*, préc., note 118; R. c. *Désormeaux*, 2007 CanLII 43064 (C. mun. Qué.); R. c. *Roy*, 2006 QCCS 2628; R. c. *Tucker*, préc., note 118; R. c. *Botelho*, préc., note 170; R. c. *Bozic*, préc., note 126, par. 35; R. c. *Wasyluk*, préc., note 149; R. c. *Hoyles*, préc., note 119; R. c. *Jex*, [2004] O.J. n° 1907 (C. sup.); R. c. *Gervais*, préc., note 226; *Sigouin c. La Reine*, préc., note 205; R. c. *Eakin*, préc., note 138; R. c. *Chanderbhan*, préc., note 237; R. c. *P. (T.)*, préc., note 170; R. c. *Medeiros*, préc., note 175; R. c. *O'Connor*, [1998] O.J. n° 6198 (C. just. Ont., div. prov.); R. c. *Crowley*, préc., note 135; R. c. *Bernans*, [1996] O.J. n° 5237 (C. just. Ont., div. prov.) (vu sa fatigue et son emportement, les paroles de l'accusée ont dépassé sa pensée; la *mens rea* fait dès lors défaut); *Dyckow c. La Reine*, préc., note 175; R. c. *Beyo*, préc., note 239; R. c. *Lee*, préc., note 139 abordé dans R. c. *MacKinnon*, (1989) 75 Nfld. & P.E.I.R. 195 (C.A. Î.-P.-É.); R. c. *Teixeira*, (1988) 93 A.R. 361 (C. prov. Alb.) (le tribunal note le tempérament latin du prévenu qui a tendance à s'emporter et à prononcer des mots qui dépassent sa pensée). Une décision récente s'écarte sans raison de ce courant jurisprudentiel consacré: R. c. *Lalancette*, préc., note 207.

²⁴⁸ R. c. *Koyina*, préc., note 131; R. c. *McRae*, préc., note 107; R. c. *Severight*, 2013 BCPC 354; R. c. *Mosmann*, préc., note 218 ainsi que la jurisprudence *supra*, note 120.

²⁴⁹ S'il n'est point besoin que l'inculpé soit animé de la volonté d'effrayer son interlocuteur (*cf.* l'arrêt *McRae* critiqué *infra*, p. 101-107), encore lui faut-il vouloir le convaincre du sérieux de ses dires.

²⁵⁰ Sur la distinction à opérer entre une parole d'exaspération et une parole menaçante, voir, *supra*, notes 150 et 218.

iv. Les paroles de confiance

a- La formulation d'un dessein criminel à un éventuel acolyte

Les *paroles futiles* échappent à l'emprise de l'article 264.1 C.cr. car elles sont dépourvues d'une véritable connotation menaçante : l'élément matériel du crime fait dès lors défaut²⁵¹. Les *propos irréfléchis* jouissent par ailleurs de l'impunité puisque l'inculpé ne s'est pas attardé à mesurer l'incidence de ses paroles sur autrui : la composante mentale de l'infraction est alors inexistante²⁵².

Toute autre est la question de savoir si la simple formulation d'un dessein criminel est frappée d'interdit. Pareille question revient à se demander s'il suffit de faire part à autrui de sa volonté de perpétrer une infraction pour que soit constitué le crime de menace.

La réponse négative semblait aller de soi : l'impunité paraissait acquise si l'inculpé n'entend nullement intimider celui à qui il se confie. La Cour suprême préconise la définition suivante dans l'arrêt *McCraw* : « [u]ne menace est un moyen d'intimidation *visant à susciter un sentiment de crainte* chez son destinataire »²⁵³. En toute logique, la finalité du texte d'incrimination énoncé à l'article 264.1 C.cr. se trouve circonscrite en fonction de la prévention de l'intimidation : « Le but et l'objet de l'article sont d'assurer une protection contre la crainte et l'intimidation. »²⁵⁴. Et la Cour suprême de renchérir dans l'arrêt *Clemente* : « [l]a menace est une manifestation par laquelle on marque à quelqu'un sa colère, *avec l'intention de lui faire craindre le mal* qu'on lui prépare »²⁵⁵. La jurisprudence n'avait jusqu'alors jamais vacillé : l'élément mental de l'infraction est tel que les paroles « visent à transmettre une menace. Autrement dit, elles visent à intimider »²⁵⁶.

²⁵¹ Voir : *supra*, p. 72 à 85.

²⁵² Voir : *infra*, p. 86 à 100.

²⁵³ R. c. *McCraw*, préc., note 119, 81 et 82 (nos italiques).

²⁵⁴ R. c. *McCraw*, préc., note 119, 82 (notre soulignement). Pour une illustration opportune de la portée limitée de l'article 264.1 C.cr., voir : *Boucher c. La Reine*, préc., note 201.

²⁵⁵ R. c. *Clemente*, préc., note 113, 761 (nos italiques).

²⁵⁶ R. c. *O'Brien*, préc., note 170, par. 5.

Un arrêt récent rompt avec ce courant consacré. Toute volonté d'intimidation est dorénavant superflue²⁵⁷. Il suffit à l'inculpé de vouloir être pris au sérieux par son interlocuteur. Un prisonnier peut ainsi se rendre coupable du crime de menaces s'il sollicite l'aide d'un acolyte afin de faire subir des représailles au procureur de la Couronne qui a logé une inculpation à son encontre²⁵⁸.

La Cour suprême définit désormais la *mens rea* du crime de menace comme étant « l'intention *soit* d'intimider, *soit* d'être pris au sérieux »²⁵⁹. Pareil affranchissement à l'égard de la jurisprudence antérieure ne manque pas d'étonner. L'intention d'intimider et l'intention d'être pris au sérieux faisaient jusqu'à présent figure de véritables synonymes²⁶⁰ et chaque formulation était considérée interchangeable²⁶¹.

La solution retenue dans l'arrêt *McRae* pose problème à plusieurs titres.

- *Une interprétation prétorienne en porte-à-faux avec la vocation de l'article 264.1 C.cr.*

La redéfinition de l'élément mental emporte le chamboulement de la vocation de l'infraction. Le crime de menaces devient entièrement dissocié de son fondement : l'intimidation ne fait plus partie, de près ou de loin, des éléments constitutifs du crime de menaces. Si la Cour suprême évoque « l'intention de menacer »²⁶², cette expression est sitôt dépouillée de son sens naturel : la volonté d'intimider autrui ne fait tout bonnement pas partie des éléments obligatoires de l'infraction. Pareil élargissement de la *mens rea* se traduit par la dénaturation de la finalité de l'article 264.1.

²⁵⁷ R. c. *McRae*, préc., note 107, par. 2, 18, 23, 24, 29 et 31.

²⁵⁸ *Id.*

²⁵⁹ *Id.*, par. 31 (italiques dans l'original). Rapp. R. c. *Steele*, préc., note 125, par. 47.

²⁶⁰ R. c. *Clemente*, préc., note 113, 761 : « [...] il est inconcevable qu'une personne qui proférerait des menaces de mort ou de blessures graves avec l'intention qu'elles soient prises au sérieux n'ait pas également l'intention d'intimider ou de susciter la crainte. En d'autres termes, une menace sérieuse de tuer ou d'infliger des blessures graves a dû être proférée avec l'intention d'intimider ou de susciter la crainte ». Cf. encore *Fleury c. La Reine*, 2005 QCCA 436 ; R. c. *Thibault*, J.E. 2006-2193 (C.Q.).

²⁶¹ R. c. *Clemente*, préc., note 113 ; R. c. *Payne-Binder*, préc., note 218.

²⁶² R. c. *McRae*, préc., note 107, par. 9.

Le fondement de l'infraction est désormais inédit. L'infraction avait pour visée de sanctionner l'intimidation réelle *ou* projetée. Or, voici la notion d'intimidation évincée à titre d'élément de l'infraction. Nul besoin qu'une personne soit apeurée, intimidée, *et* nul besoin que l'inculpé veuille intimider ou effrayer quiconque. Autant la crainte éprouvée ne fait certes pas partie des éléments infractionnels – l'article 264.1 C.cr. n'énonce assurément pas une infraction de résultat²⁶³ –, autant il était cependant censé de retenir la recherche de l'intimidation en tant que composante *mentale*²⁶⁴.

En toute logique, les arrêts antérieurs de la Cour suprême interprétaient l'article 264.1 C.cr. en fonction de son libellé, de son emplacement et de son fondement réel. Le texte d'incrimination exige de l'accusé qu'il profère « sciemment » une menace. La volonté d'effrayer autrui (ou la prise de conscience de cette conséquence²⁶⁵) est dès lors indispensable. L'atteste amplement l'emplacement de l'article 264.1 C.cr. au sein de la partie VIII du Code intitulée « Infractions contre la personne ». L'évocation d'un dessein criminel n'est passible de sanction que si elle attente à la sûreté morale de la personne. Voilà précisément la raison pour laquelle la menace de vandalisme est érigée en infraction *contre la personne*: le mal annoncé est de nature à troubler autrui²⁶⁶.

Cette interprétation est pareillement étayée par l'usage que fait le Code criminel du vocable « menace » dans ses autres dispositions. Le canular terroriste est une menace inavouée. Comme le veut l'article 83.231 C.cr., la répression suppose, par conséquent, la preuve de « l'intention de faire craindre à quelqu'un soit la mort ou des blessures corporelles, soit des dommages considérables ». De même, l'article 423.1 (2) b) C.cr. bannit

²⁶³ Au contraire du crime de harcèlement réprouvé à l'article 264 C.cr., l'intimidation ressentie n'est pas un facteur de culpabilité au regard du crime de menaces de l'article 264.1 C.cr. (*R. c. Steele*, préc., note 125, par. 47; *R. c. McRae*, préc., note 107, par. 13 et 24; *R. c. O'Brien*, préc., note 170, par. 13; *R. c. Tibando*, préc., note 125; R. GRONDIN, préc., note 31, p. 66) et il importe guère que la personne visée n'ait pas entièrement saisi les paroles prononcées: *R. c. Carons*, préc., note 135.

²⁶⁴ Soit que l'intimidation s'adresse à l'interlocuteur (dans l'hypothèse où l'auteur des paroles menaçantes ne souhaite pas leur communication à la victime visée par le propos), soit que l'intimidation vise carrément cette victime tierce (dans l'hypothèse où l'interlocuteur est censé ébruiter à son tour la menace entendue).

²⁶⁵ Il suffit à l'inculpé de constater que telle sera la conséquence inéluctable ou quasi inéluctable de ses dires. *Cf.* nos précisions *supra*, note 172.

²⁶⁶ Ainsi s'explique la présence de l'article 264.1(1)b) C.cr. au sein de la partie VIII du Code.

la menace de violence envers l'individu associé au système judiciaire. Il en est ainsi parce que l'auteur de la menace est animé de « l'intention de provoquer la peur » comme le formule avec justesse l'article 423.1 (1) C.cr.

L'intimidation et la menace sont indissociables. L'oublier revient à sanctionner la simple formulation d'un dessein criminel et à devancer de manière insolite le seuil temporel de la répression.

- *Une interprétation jurisprudentielle en porte-à-faux avec l'ordonnancement prescrit par le Code criminel*

La répression se fait désormais tellement précoce qu'elle ne répond plus à la logique du Code criminel. À vrai dire, l'arrêt *McRae* se situe à contre-courant de l'ordonnancement arrêté par le Code.

Le seul fait de s'ouvrir à autrui quant à son dessein illicite devient dorénavant punissable. L'inculpé qui informe son comparse de sa volonté de causer un méfait s'expose, de ce seul fait, à une condamnation au titre du crime de menaces.

Cette solution est à rebours de l'agencement préconisé par le Code criminel. Le législateur a plutôt choisi d'ordonnancer la répression sur la foi d'un double critère, temporel (le degré d'avancement des démarches de l'accusé) et moral (le degré de turpitude morale affiché par l'accusé²⁶⁷). Le Code affiche une répugnance à sévir à un stade trop précoce: il préfère

²⁶⁷ À titre d'exemple, l'incitation est la seule forme de complicité sanctionnée lorsque l'infraction envisagée ne voit pas le jour (art. 464 C.cr.). L'incitateur hérite d'un régime de responsabilité aggravé, en droit pénal canadien comme dans de nombreux droits étrangers: il en est ainsi en raison du degré élevé de turpitude morale propre à l'incitation au crime (Jean PRADEL, *Droit pénal comparé*, 3^e éd., Paris, Dalloz, 2008, p. 130 à 132; G. CÔTÉ-HARPER, P. RAINVILLE et J. TURGEON, préc., note 199, p. 757 et 758). Aussi ne doit-on pas s'étonner que l'incitation présuppose un « encouragement actif » et non pas la simple formulation d'un désir ou l'expression d'une recommandation: R. c. *Déry*, [2006] 2 R.C.S. 669, par. 31; *Mugesera c. Canada*, préc., note 88, par. 64 et 134; R. c. *Rhynes*, 2004 PESC TD 30; R. c. *Lacoursière*, [2003] R.J.Q. 12, 17 et 18 (C.A.); R. c. *Sharpe*, [2001] 1 R.C.S. 45, 83, et, pour un point de vue comparable en droit pénal français, Bertrand DE LAMY, *La liberté d'opinion et le droit pénal*, Paris, L.G.D.J., 2000, p. 311. La répression de la tentative obéit aux mêmes considérations. La détermination de la culpabilité est axée sur l'intensité de la turpitude morale du prévenu. La notion de « commencement d'exécution » départage la personne simplement animée d'une pensée illicite et celle décidée à la mener à terme. La volonté de persévérance affichée par le passage des actes préparatoires au commencement d'exécution traduit la détermination

permettre au justiciable de se raviser et de renoncer à son propos illicite, tant que sa détermination et le risque de préjudice ne seront pas suffisamment avérés. À preuve le crime de tentative. Le législateur sursoit à la répression tant et aussi longtemps que le stade des actes préparatoires n'a pas été dépassé²⁶⁸. À preuve également le complot. La conspiration suppose la formation avérée d'une entente illicite : de simples pourparlers ne sauraient suffire²⁶⁹. Au surplus, la jurisprudence refuse résolument de sanctionner la « tentative de complot » puisque le risque éventuel est encore trop éloigné²⁷⁰. Le simple fait d'aborder une connaissance et de solliciter son aide à titre de complice éventuel n'est pas davantage passible du crime d'incitation : le droit est réfractaire à devancer de la sorte le stade de la répression²⁷¹.

L'énonciation d'un dessein illicite profite de l'impunité, car le degré d'avancement vers l'atteinte de l'infraction est par trop embryonnaire. L'inculpé est encore à même de renoncer à son projet illicite et le risque de

et, partant, l'ampleur de la turpitude de l'accusé. L'évaluation de l'intensité de la culpabilité morale du prévenu est le préalable à sa condamnation.

²⁶⁸ Outre les explications figurant à la note précédente, voir : Pierre RAINVILLE, « La gradation de la culpabilité morale et des formes de risque de préjudice dans le cadre de la répression de la tentative », (1996) 37 *C. de D.* 909; *R. c. Déry*, préc., note 267, par. 50 : « La criminalisation de la tentative se justifie [...] parce qu'elle a pour but de prévenir les actes préjudiciables en sanctionnant un comportement qui manifeste un risque substantiel de préjudice. »

²⁶⁹ *Yessaian c. La Reine*, 2014 QCCA 1161, par. 42 : « Puisque le droit criminel canadien ne sanctionne pas la simple formulation d'une intention criminelle, l'entente doit donc constituer plus que de simples discussions ou négociations ou qu'une intention [...] »; *R. c. Root*, 2008 ONCA 869, par. 70; *R. c. Déry*, préc., note 267; *R. c. Sauvageau*, préc., note 215; *Aflalo c. La Reine*, [1991] R.J.Q. 2131, 2158 (C.A.).

²⁷⁰ *R. c. Déry*, préc., note 267, par. 50 et 51 : « [...] une tentative de complot constitue, au mieux, un risque qu'un risque se matérialise. [...] bien que M. Déry ait discuté du crime en espérant éventuellement le commettre avec d'autres personnes, ni lui ni ces autres personnes n'ont commis ni même convenu de commettre le crime dont ils ont parlé, *Le droit criminel ne punit pas les mauvaises pensées de cette sorte qui sont abandonnées avant que les personnes ne concluent d'entente ou ne tentent de passer à l'acte.* » (nos italiques et notre soulignement). Voir pareillement : *St-Jacques c. La Reine*, préc., note 101, par. 59.

²⁷¹ La Cour d'appel du Québec s'en explique fort bien dans l'arrêt *St-Jacques c. La Reine*, préc., note 101, par. 56 à 61. Rapp. Hugues PARENT, *Traité de droit criminel, La culpabilité*, 3^e éd., t. 2, Montréal, Éditions Thémis, 2014, p. 656 et 657.

préjudice demeure suffisamment faible pour fonder l'attentisme du droit²⁷².

L'arrêt *McRae* met à mal pareil ordonnancement de la répression. Le seuil de la culpabilité est désormais franchi avant tout commencement d'exécution, avant tout acte préparatoire et avant même tout complot.

Sanctionner du chef de menaces la personne qui énonce son dessein illicite sans vouloir effrayer son interlocuteur revient à édicter une nouvelle infraction inchoative qui se déploie à un stade antérieur à tout ce qu'avait conçu le législateur. Vidée de toute notion d'intimidation, cette infraction revient à sanctionner la simple formulation d'une pensée illicite pour peu que l'inculpé se sache entendu.

b- L'évocation d'un dessein criminel auprès d'un psychologue

La formulation de la volonté de commettre une infraction à l'occasion d'une consultation thérapeutique suffit-elle à la consommation du crime de menaces?

Les travers de la solution retenue dans l'arrêt *McRae* s'avivent. Un appel de détresse ou une consultation destinée à freiner une pulsion rava-geuse suppose *de toute évidence* la volonté d'être pris au sérieux. De même, une thérapie fructueuse supposera parfois la désinhibition des pensées du patient de manière à mieux les juguler.

Ramener la *mens rea* à la seule volonté d'être pris au sérieux tout en faisant fi de surcroît de l'étude du mobile a pour effet pernicieux de favoriser la culpabilité de celui qui tente sincèrement de résister aux pensées qui l'envahissent.

Il ne s'agit pas là d'une vue de l'esprit. La jurisprudence qui s'en tient à une interprétation réductrice de la *mens rea* prône la condamnation puisque l'appel à l'aide suppose la volonté de voir le projet illicite évoqué

²⁷² Ce qui vaut pour l'auteur réel vaut pareillement pour le complice envers qui la jurisprudence semble d'ailleurs encore plus conciliante. La Cour suprême favorise le désistement du complice lors même que ce dernier a facilité l'accomplissement du crime. La jurisprudence préfère façonner un moyen de défense propice à la renonciation à la criminalité: *R. c. Gauthier*, 2013 CSC 32, par. 40.

être pris au sérieux²⁷³. À l'inverse, le courant jurisprudentiel favorable à la thèse de l'acquittement innocent l'inculpé au motif qu'il ne souhaitait pas intimider le psychologue ou l'intervenant social avec qui il dialoguait²⁷⁴. Cette tendance jurisprudentielle antérieure à l'arrêt *McRae* montre tout l'intérêt d'une définition de l'élément mental axée sur la recherche de l'intimidation.

Sauf à espérer un revirement jurisprudentiel, le sort réservé aux confidences faites à un psychologue ou à un centre de détresse nécessite d'innombrables nuances.

La thèse de la culpabilité semble acquise dans un cas précis. L'impunité n'est nullement méritée si l'inculpé se montre imperturbable quant à son dessein. Qu'il suffise de songer au détenu tenu de rencontrer un psychologue afin d'évaluer les risques de récidive ou la perspective d'une libération conditionnelle. L'exposition d'une volonté de récidive assumée relève, à n'en point douter, du champ d'incrimination de l'article 264.1 C.cr.²⁷⁵.

Les autres cas de figure appellent davantage de circonspection. Un cri de désespoir ou un cri du cœur ne s'apparente généralement pas à une menace : la personne désireuse de faire comprendre à son interlocuteur sa détresse ou sa frustration et non pas sa volonté de passer à l'acte ne saurait écoper d'une déclaration de culpabilité²⁷⁶.

Aussi est-il indispensable de s'assurer de la netteté de l'intention du prévenu. La formulation d'un fantasme²⁷⁷ pas plus que l'expression d'une

²⁷³ *R. c. Kent*, préc., note 125 : « He wanted the worker to believe his threat because he wanted attention. ». *Comp. Rudnicki c. La Reine*, préc., note 125 : la lettre adressée par un détenu à un psychologue donne lieu à deux interprétations contraires. Les juges majoritaires y voient la volonté de menacer autrui, tandis que la dissidence conclut, non sans raison, à un appel à l'aide et à la ventilation de frustrations agrémentée de fabulations.

²⁷⁴ *R. c. Sather*, préc., note 118 ; *R. c. Thibault*, préc., note 260 ; *R. c. Jex*, préc., note 247 ; *R. c. Otis*, préc., note 237 ; *R. c. Chanderbhan*, préc., note 237 ; *R. c. Waddell*, préc., note 197. *Comp. R. c. Hiscox*, préc., note 194. Rares sont les arrêts qui estiment l'*actus reus* inexistant. Pour une décision fort bien motivée en ce sens, voir : *R. c. Gaete*, préc., note 118.

²⁷⁵ *R. c. James*, préc., note 128, par. 45 et 46. *Comp. Rudnicki c. La Reine*, préc., note 125.

²⁷⁶ *R. c. Jex*, préc., note 247 ; *R. c. Dubois*, préc., note 237 ; *R. c. Payne-Binder*, préc., note 218.

²⁷⁷ Voir notre compte rendu des affaires *James*, *Waddell* et *C.J.P. supra*, p. 93.

envie²⁷⁸ ne relève de la menace. Il en va de même de l'inculpé qui se contente de révéler les troubles psychologiques qui l'habitent en se servant d'images certes dérangeantes²⁷⁹. De la même manière, l'expression du dégoût peut prendre plusieurs formes et il y a lieu de conclure à l'inexistence d'une menace si le sort évoqué se veut simplement imagé. Il en va ainsi de l'accusé qui déclare rêver de défigurer une personne qu'il ne souhaite pourtant plus revoir²⁸⁰.

Les éléments constitutifs de l'infraction peuvent faire défaut dans d'autres espèces. L'absence de *mens rea* découle quelquefois de la nature particulière de la relation nouée²⁸¹. Qu'il suffise de songer à celui dont la relation avec son confident le rassérène de fois en fois. L'aspect comminatoire des confidences formulées s'émousse dès lors que le réalisme des propos évoqués est contré d'une fois à l'autre par l'intervention lénifiante du conseiller²⁸².

Reste le cas plus épineux de l'appel à l'aide fondé sur la présence d'une véritable intention délictueuse. La question est alors de savoir si la personne animée d'un dessein illicite se rend coupable de menaces dès lors qu'elle ébruite sa volonté dans l'espoir de l'endiguer ou d'exposer sa détresse. Certes, l'inculpé dévoré par de telles pulsions entend indubitablement voir la formulation de son dessein être prise au sérieux sans quoi son appel à l'aide demeurera lettre morte. Le sentiment de solitude alors ressenti passe aussi par la volonté d'alerter et d'être, par conséquent, pris – dans un premier temps – au pied de la lettre. C'est sans compter le sentiment de révolte souvent présent (révolte envers le système ou l'être désormais détesté) qui sollicite donc l'attention d'autrui sans ménagement. La thèse de la culpabilité est pourtant non avenue. Le verbe se fait le paraphe de la détresse et non celui de la délinquance avérée.

Un sentiment d'impuissance ne saurait rimer avec une intention violente. Le souci d'*évacuer* des pensées colériques semble tout à fait contraire à l'intention violente inhérente à la menace²⁸³. L'intention violente qui

²⁷⁸ R. c. *Thibault*, préc., note 260; R. c. *Dufresne*, préc., note 237.

²⁷⁹ R. c. *Dufresne*, préc., note 237. Rappr. R. c. *Hiscox*, préc., note 194.

²⁸⁰ R. c. *James*, préc., note 128, par. 47.

²⁸¹ R. c. *Gaete*, préc., note 118; R. c. *Chanderbhan*, préc., note 237.

²⁸² Rappr. R. c. *Gaete*, préc., note 118, par. 33 et 41.

²⁸³ Rappr. R. c. *Sather*, préc., note 118; R. c. *Chanderbhan*, préc., note 237.

caractérise la formulation d'une menace²⁸⁴ s'éclipse dès lors que l'auteur des propos alarmants cherche, de manière parfois indirecte voire carrément maladroite, le sentier de la rédemption.

De fait, la répression se heurte à des obstacles multiples. Elle contrevient, au premier chef, à la vocation du droit criminel. Si le droit pénal s'élabore de manière à favoriser la renonciation aux desseins criminels²⁸⁵, il n'est nulle raison de sévir contre celui qui cherche à se départir d'une envie oppressante. Le désintérêt classique du droit pénal envers le mobile ne se justifie plus.

L'intervention du droit pénal se bute ensuite à la protection des garanties fondamentales que sont le droit à la liberté d'expression et le droit à la sécurité. La liberté d'expression refuse ses bienfaits à l'auteur d'une menace au motif que pareille parole ne possède pas de valeur intrinsèque²⁸⁶. Cette justification s'évanouit lorsque l'auteur de propos comminatoires cherche véritablement à s'amender. L'interdiction de telles paroles viole assurément la liberté d'expression.

Le droit à la sécurité de l'inculpé est pareillement en cause. Refuser à une personne le droit de confier ses desseins malveillants sous peine de sanction criminelle brime le droit à la sécurité de celui qui cherche à se départir de pareille volition pour son propre mieux-être.

Le dernier garde-fou est tout aussi cardinal. Le droit criminel doit se détourner de la «judiciarisation de la pensée»²⁸⁷. À cela, deux raisons. Le

²⁸⁴ R. c. *Steele*, préc., note 125, par. 58.

²⁸⁵ L'infraction de tentative repousse le seuil de la répression tant et aussi longtemps que le stade du commencement d'exécution n'est pas franchi. Pareil aménagement de la culpabilité favorise d'autant la renonciation à un dessein illicite (cf. les autorités abordées *supra*, p. 104 et 105). La responsabilité pénale du complice est également aménagée de manière à favoriser son repentir en temps opportun. Voir l'arrêt *Gauthier*, *supra*, note 272.

²⁸⁶ La verbalisation d'une menace échappe à la protection de l'article 2b) de la Charte canadienne: R. c. *Steele*, préc., note 125, par. 49; *Saskatchewan (Human Rights Commission) c. Whatcott*, préc., note 15; R. c. *Khawaja*, 2012 CSC 69, par. 70. L'interdiction des propos haineux se justifie, quant à elle, au regard de l'article premier. Les ravages créés par ces paroles et leur apport foncièrement négligeable au regard des valeurs sous-jacentes à la liberté d'expression fondent d'autant leur exclusion: *Saskatchewan (Human Rights Commission) c. Whatcott*, préc., note 15, par. 104, 112-114, 120 et 148.

²⁸⁷ La «judiciarisation de la pensée» est une notion empruntée à Philippe BILGER, Président de l'Institut de la parole, dans un entretien au quotidien *Le Figaro*, 30 juin 2014.

droit criminel favorise le châtement, non la persécution. L'éclosion du mal n'est pas non plus suffisamment en vue. Le jaillissement de la pensée ne s'accompagne généralement pas d'un risque de préjudice tellement pressant que le droit criminel se sente tenu d'intervenir ipso facto.

Le législateur et la magistrature font souvent œuvre commune afin de contrer de tels excès répressifs. Ils s'interdisent tous deux la répression d'une pensée à un stade encore balbutiant. L'incitation à la haine suppose dès lors une intervention publique: des paroles odieuses prononcées en privé échappent à la répression²⁸⁸. Le crime de pornographie juvénile obéit aux mêmes enjeux. Consigner ses fantasmes inavouables dans un dessin ou un poème sans en rechercher la diffusion ne relève pas d'un comportement criminel²⁸⁹. Évoquer un dessein criminel pour en sonder la faisabilité n'est pas davantage passible de sanction: la jurisprudence canadienne accorde l'impunité à de simples pourparlers de cette nature²⁹⁰. L'incitation au crime ne se satisfait pas non plus de la seule expression d'un souhait. Encore faut-il que l'inculpé se soit évertué à préconiser activement la perpétration de l'infraction projetée²⁹¹.

Pareille impunité est a fortiori de mise lorsque l'inculpé confie sa volonté illicite dans l'hypothèse de son possible abandon.

b. *Les considérations méthodologiques relatives à la définition de la menace et à son identification*

i. L'office du juge d'instance et le droit de regard du tribunal supérieur

L'appréciation des éléments matériel et mental du crime de menaces n'est pas sans poser problème sur le plan méthodologique. Il convient en effet de cerner l'ampleur du rôle dévolu au juge du procès et celui attribué au tribunal supérieur.

Les difficultés sont passablement aplanies en ce qui concerne la détermination de l'état d'esprit de l'accusé. Est reléguée au rang des questions

²⁸⁸ Art. 319(1) et (2) C.cr.

²⁸⁹ R. c. *Sharpe*, préc., note 267, par. 105-110 et, plus particulièrement au par. 108: «L'interdiction de l'expression de nos rêveries personnelles frôle dangereusement la criminalisation de la simple expression de la pensée.»

²⁹⁰ Cf. les citations des arrêts *Yessaian*, *supra*, note 269 et *Déry*, *supra*, note 270.

²⁹¹ Cf. la jurisprudence relatée *supra*, note 267.

de fait la question de savoir si l'inculpé fut animé de l'intention de voir ses dires être pris au sérieux²⁹².

La détermination de la présence de l'*actus reus* prête bien plus à controverse. L'évaluation des propos du prévenu afin de savoir s'ils présentent ou non un caractère menaçant relève-t-elle de l'appréciation souveraine du juge des faits? Un premier courant répond par l'affirmative au motif que l'application du critère objectif exposé dans l'arrêt *Clemente* constitue principalement ou essentiellement une question de fait²⁹³. Un second courant estime qu'il s'agit plutôt d'une question de droit favorisant l'intervention des tribunaux supérieurs²⁹⁴. La solution prônée par ce second courant n'est d'ailleurs pas sans rappeler celle retenue en matière d'incitation à la haine. Le fait de savoir si des paroles constituent de l'incitation à la haine relève de la question de droit²⁹⁵. Partant, la question de savoir si des propos revêtent la teneur d'une menace devrait être qualifiée pareillement de question de droit. Dans un cas comme dans l'autre, les éléments analytiques sont, en effet, comparables (prise en compte du ton du discours, de son auditoire, des paroles employées, des circonstances entourant la prise de parole...²⁹⁶).

Qualifier ce processus analytique de question de droit peut s'entendre. La question de savoir si un comportement est menaçant présente un volet *normatif* – incarné, au demeurant, par le recours au critère de la personne « raisonnable » –²⁹⁷. L'intervention des tribunaux supérieurs permet ainsi

²⁹² R. c. *David*, préc., note 139; R. c. *O'Brien*, préc., note 170; R. c. *Knox*, préc., note 170; R. c. *Gervais*, préc., note 226; R. c. *Malone*, préc., note 226; R. c. *Kafé*, préc., note 170. L'affaire R. c. *Légaré*, préc., note 187 est en porte-à-faux avec les enseignements de l'arrêt *O'Brien*.

²⁹³ R. c. *Bresnark*, 2013 ONCA 320, par. 9; R. c. *Armstrong*, préc., note 112, par. 34 et 37; R. c. *Barrett*, préc., note 168, par. 22; R. c. *Eakin*, préc., note 138; *Brochu c. La Reine*, préc., note 234; R. c. *Kafé*, préc., note 170.

²⁹⁴ *Dulac c. La Reine*, préc., note 154; R. c. *Joyles*, 2014 ONSC 958; R. c. *McRae*, préc., note 107, par. 10 et 13; R. c. *Gaete*, préc., note 118; R. c. *Felteau*, préc., note 118; R. c. *Brown*, préc., note 131; R. c. *Batista*, préc., note 112; R. c. *Upson*, préc., note 120, par. 28, 32, 35 et 53; *Mobarakizadeh c. La Reine*, préc., note 149.

²⁹⁵ *Mugesera c. Canada*, préc., note 88, par. 111.

²⁹⁶ *Id.*, par. 106 à 111.

²⁹⁷ Le critère de la personne raisonnable ou celui de la personne ordinaire présente une fonction normative avérée. À preuve l'interprétation donnée à ce critère à l'occasion de l'étude du moyen de défense de provocation: R. c. *Mayuran*, 2012 CSC 31, par. 26, 30 et 31; R. c. *Tran*, 2010 CSC 58, par. 19 et 34.

de faire le départ entre les paroles futiles, l'insulte, la rodomontade et les propos proprement menaçants. Ainsi s'entend d'ailleurs la volonté de la Cour suprême de laisser impunies les paroles prononcées à la blague²⁹⁸. Cette norme d'intervention n'a rien d'inédit en droit pénal. La Cour suprême est soucieuse de transformer en question de droit tout jugement de valeur qui s'intègre dans l'analyse de l'infraction. *La qualification juridique d'un comportement* participe ainsi d'une question de droit. Qu'il suffise de songer à la détermination de l'indécence d'une conduite²⁹⁹ ou à l'appréciation de la nature sexuelle ou non d'une agression³⁰⁰ ou du toucher sur un adolescent³⁰¹ : la catégorisation à titre de question de droit a pour visée l'institution d'une norme nationale d'application uniforme³⁰².

Pour des raisons analogues, la *définition* des éléments de l'infraction relève, là encore, de la question de droit. Il en va tout d'abord ainsi de la définition de l'objet de la menace. La Cour suprême est très certainement fondée d'arrêter le principe selon lequel la menace de viol relève de la menace de « lésions corporelles »³⁰³. Il en va de même de la définition *juridique* de la menace *per se*. Encourt la cassation la décision qui fait erronément de la menace une infraction de résultat et qui exige, ce faisant, la preuve de la crainte ressentie par l'interlocuteur de l'accusé³⁰⁴.

Bien plus délicate est l'appréciation du caractère menaçant des paroles reprochées dans une espèce particulière. Une lecture superficielle de la jurisprudence de la Cour suprême pourrait laisser croire qu'il s'agit, à tout coup, d'une question de droit. Une interprétation aussi sommaire irait pourtant à contre-courant du principe voulant que l'appréciation de la preuve soit essentiellement l'apanage du juge des faits; son analyse factuelle ne devrait dès lors être écartée qu'en présence d'une évaluation déraisonnable ou d'un verdict démenti par les faits.

La réalité semble, à vrai dire, plus subtile. Le tribunal supérieur est assurément fondé d'intervenir si le juge du procès omet de tenir compte,

²⁹⁸ R. c. *Clemente*, préc., note 113, 762 et 763.

²⁹⁹ R. c. *Mara*, [1997] 2 R.C.S. 630. Comp. R. c. *Labaye*, [2005] 3 R.C.S. 728, par. 60 et 70.

³⁰⁰ R. c. *Lutolawski*, [2010] 3 R.C.S. 60; R. c. *Larue*, [2003] 1 R.C.S. 277.

³⁰¹ M.B. c. *La Reine*, 2014 QCCA 1643, par.19, de pair avec l'article 153 C.cr.

³⁰² R. c. *Mara*, préc., note 299, par. 26.

³⁰³ *Rappr.* R. c. *McCraw*, préc., note 119, 82: Est une question de droit la question de savoir si une menace de viol traduit une menace de « blessures graves ».

³⁰⁴ R. c. *Carons*, préc., note 135.

par exemple, de l'un des critères d'appréciation de la composante matérielle de l'infraction. S'apparenterait donc à une erreur de droit l'omission d'intégrer dans le processus analytique la réaction des interlocuteurs ou l'oubli d'analyser le contexte dans lequel furent prononcées les paroles³⁰⁵.

Le tribunal supérieur conserve aussi un droit de regard si le juge d'instance se méprend sur les caractéristiques de la personne raisonnable³⁰⁶. L'avis de la personne raisonnable ne saurait se confondre avec celui de l'interlocuteur de l'accusé³⁰⁷ et la personne raisonnable se doit de posséder les attributs énoncés dans la jurisprudence³⁰⁸ *sans quoi l'inculpé se voit jugé sur la foi de critères inexacts*. Tel serait le cas, par exemple, de l'artiste traduit en justice sans que le contexte propre à une œuvre littéraire entre en ligne de compte lors de l'analyse du caractère menaçant ou non des propos³⁰⁹: la personne raisonnable et avisée est, par hypothèse, « bien informée de toutes les circonstances de l'affaire » et tenue d'étudier la question « en profondeur »³¹⁰. Elle ne peut donc faire abstraction du contexte littéraire, artistique ou politique dans lequel s'inscrivent les paroles³¹¹.

Ce pouvoir normatif concédé aux tribunaux supérieurs est rigoureusement salutaire: il favorise le balisage de l'infraction et assure l'uniformité du mode d'évaluation de la culpabilité du prévenu. D'une part, les *critères d'appréciation* du caractère intimidant des propos ne sont pas appelés à varier au gré des espèces. D'autre part, le pouvoir d'intervention du tribunal supérieur encadre et enserre l'action répressive. La distinction entre l'insulte et la menace réelle est ainsi assurée³¹² tout comme l'est la différenciation entre l'allégorie et la menace³¹³. Est également préservée la séparation entre la simple parole de frustration et le propos véritablement

³⁰⁵ Voir *R. c. Felteau*, préc., note 118 analysé dans *R. c. McRae*, préc., note 107, par. 12 et 13; *Abdelhay c. La Reine*, préc., note 148; *Mobarakizadeh c. La Reine*, préc., note 149.

³⁰⁶ *R. c. Batista*, préc., note 112.

³⁰⁷ Cette question est abordée *supra*, p. 85.

³⁰⁸ *R. c. McRae*, préc., note 107, par. 14-16; *R. c. Batista*, préc., note 112.

³⁰⁹ Voir notre critique des deux premières décisions rendues dans l'affaire *Dulac*, *supra*, p. 82 et 83.

³¹⁰ Tels sont quelques-uns des traits de la personne raisonnable énoncés dans l'arrêt *Batista* et repris dans l'arrêt *R. c. McRae*, préc., note 107, par. 14-16.

³¹¹ *R. c. Batista*, préc., note 112.

³¹² Cf. nos explications *supra*, p. 95 et 96.

³¹³ *J.P. c. La Reine*, préc., note 122.

dangereux³¹⁴. La délimitation du champ d'incrimination visé par l'article 264.1 C.cr. relève forcément de l'office du tribunal supérieur.

Tels sont toutefois là les confins du droit de regard de la cour d'appel.

Hormis l'identification d'une lacune juridique dans le processus d'analyse, la conclusion voulant que les propos reprochés soient ou non menaçants ne devrait être écartée qu'en présence d'un verdict déraisonnable ou d'une décision non étayée par la preuve³¹⁵. En somme, la cour d'appel peut intervenir quant au sens des paroles prononcées (lequel se détermine selon le critère de la personne raisonnable énoncé dans l'arrêt *Clemente*), si le juge du procès ne tient pas compte des critères d'analyse prônés par la Cour suprême³¹⁶. En revanche, le droit de regard du tribunal supérieur disparaît si le juge de procès a procédé à une étude fondée sur les critères reconnus par la jurisprudence. La Cour d'appel doit alors s'abstenir d'intervenir même si elle eût pu interpréter différemment les paroles incriminées. Ce sens de la réserve est illustré à bon escient dans l'arrêt *Barrett* lorsqu'il s'agit de savoir si la menace de faire venir des hommes au domicile de la victime en soirée revenait à une menace de lésions corporelles ou bien à une menace de récupérer des biens chez la victime³¹⁷. La décision du juge de première instance sera respectée *pour peu que les critères d'analyse soient les bons et que le verdict prononcé ne soit ni déraisonnable ni démenti par la preuve*.

De la même manière, le juge du procès qui demeure habité d'un doute raisonnable quant au caractère menaçant des paroles reprochées ne

³¹⁴ *R. c. Tutino*, préc., note 148; *R. c. Gaete*, préc., note 118 de même que notre compte rendu des affaires *Abdelhay c. La Reine*, préc., note 148 et *Mobarakizadeh c. La Reine*, préc., note 149.

³¹⁵ Pour une illustration de ce droit de regard très mesuré au sujet de l'article 264.1 C.cr., voir: *R. c. Bresnark*, préc., note 293, par. 9; *R. c. Kontuk*, préc., note 139; *R. c. Armstrong*, préc., note 112, par. 34 et 37; *Marcotte c. La Reine*, 2008 QCCA 2458; *Henry c. La Reine*, 2007 QCCS 6613; *R. c. Barrett*, préc., note 168, par. 22; *Brochu c. La Reine*, préc., note 234.

³¹⁶ Voir: *R. c. Felteau*, préc., note 118 analysé dans *R. c. McRae*, préc., note 107, par. 12 et 13.

³¹⁷ *R. c. Barrett*, préc., note 168, par. 22. *Rappr. R. c. Wedzin*, 2012 NWTSC 89, par. 22 à 25. Voir, de manière plus générale, l'énoncé de principe des arrêts *Pardi c. La Reine*, 2014 QCCA 320, *Lalonde c. La Reine*, 2014 QCCA 639 et *R. c. Steele*, 2007 CSC 36, par. 50, au sujet des tempéraments qui caractérisent, en matière pénale, le droit de regard du tribunal supérieur.

devrait pas voir sa décision cassée en appel dès lors qu'il a tenu compte des critères jurisprudentiels applicables. L'inculpé a droit à un jugement de relaxe s'il subsiste un doute raisonnable au sujet de la signification réelle des propos reprochés³¹⁸. *Les tribunaux supérieurs devraient dès lors faire preuve de retenue à l'égard d'un acquittement fondé sur le sens équivoque des mots prononcés*. Statuer autrement reviendrait à faire fi du doute raisonnable au sujet de l'existence de l'élément matériel du crime de menaces. Le pouvoir normatif des instances judiciaires supérieures ne saurait aller jusqu'à nier le droit au doute raisonnable au sujet de la portée des paroles formulées³¹⁹.

La présente proposition n'a rien d'inédit en droit criminel canadien. Il appartient aux tribunaux supérieurs d'interpréter la portée d'une infraction et de dégager les critères juridiques à l'aune desquels les éléments constitutifs du crime seront analysés. Pour peu qu'il se serve des facteurs élaborés par la jurisprudence et que son verdict soit étayé par la preuve, la conclusion de fait du juge du procès devient intouchable en appel³²⁰.

ii. *L'office du juge d'instance et l'apport du linguiste*

La méthodologie retenue dans la jurisprudence canadienne actuelle commande quelques observations supplémentaires. Le mode d'analyse linguistique s'est affiné au gré des décisions jurisprudentielles les plus récentes sans que le droit ne se sente pour autant tenu de s'aider des enseignements de la linguistique ou de la jurilinguistique. Les mérites de cette discipline intellectuelle et sa contribution à l'analyse juridique ne sont

³¹⁸ *R. c. Lutete*, préc., note 135; *R. c. Addow*, préc., note 135; *R. c. Akulukjuk*, préc., note 133; *R. c. Lewis*, préc., note 133; *R. c. Omilgoituk*, préc., note 131; *R. c. Gaete*, préc., note 118; *R. c. James*, préc., note 128, par. 29 et 47; *R. c. Stacey*, préc., note 109, par. 46 et 47; *R. c. Bunbury*, préc., note 131; *R. c. Bigelow*, préc., note 134; *R. c. Kendel*, préc., note 135; *R. c. Abdallah*, préc., note 134; *R. c. Uttley*, préc., note 133; *R. c. Crowley*, préc., note 135 et *rappr. R. c. Carons*, préc., note 135. Le doute raisonnable quant *au sérieux* des paroles prononcées profite pareillement à l'inculpé: voir la jurisprudence abordée *supra*, note 241.

³¹⁹ S'ils passent très proches d'encourir ce reproche, les décisions *R. c. Felteau*, préc., note 118 et *R. c. Brown*, préc., note 131, sont susceptibles de s'expliquer au motif que le juge du procès n'avait apparemment pas tenu compte de l'ensemble des circonstances factuelles pertinentes.

³²⁰ La Cour suprême en offre une illustration fort opportune au sujet de l'infraction de garde d'un véhicule avec facultés affaiblies: *R. c. Boudreault*, 2012 CSC 56.

plus à faire³²¹. Et pourtant : la jurisprudence pénale est fidèle à ses procédés classiques : le recours à l'expertise du linguiste n'est généralement pas jugé indispensable. La décision d'accéder ou non à la demande du procureur de la défense soucieux de faire témoigner un linguiste relève ordinairement de la discrétion du juge de première instance et ne donne normalement pas prise à un pourvoi³²². Le paradoxe vaut pourtant d'être souligné : en se privant de cet apport scientifique, le juge de première instance s'expose à la cassation de son verdict, s'il n'a pas, par ailleurs, tenu compte de l'ensemble des critères d'analyse du texte incriminé...³²³.

4- Les énoncés ironiques

L'indulgence du droit envers l'humour immature ou irréfléchi se constate par l'impunité offerte aux propos inconsidérés³²⁴. Or, l'humour se présente parfois sous des traits plus élaborés, plus intellectuels. L'ironie en est l'exemple tout indiqué. L'inculpé ne possède plus l'excuse de l'étourderie de sorte que le sort réservé aux formes d'ironie les plus discutables ne saurait être éludé.

Contrairement aux paroles en l'air, l'ironie veut être prise au sérieux. Elle représente une forme d'humour plus sophistiquée qui souhaite faire entendre raison. Elle pourra prendre la forme d'une caricature ou encore celle du langage, parlé ou écrit, « la plus nuancée et la plus maniable de toutes les ironies »³²⁵.

³²¹ Dominique LAGORGETTE, « Le crime est dans l'œil de celui qui regarde le dessin : l'analyse linguistique pour les tribunaux dans les procès Siné (2009) », (2010) 132 *Langage et société*, p. 77 à 99; D. VINCENT, préc., note 2, 35-49.

³²² Voir l'*obiter dictum* formulé à cet effet dans l'arrêt *R. c. Batista*, préc., note 112, par. 46 : « It was open to the trial judge to conclude that the expert opinion was not necessary to assist him in determining whether an ordinary reasonable person, informed of all the circumstances, would construe the poem as a threat to cause death or in deciding whether the appellant posted the poem with the intention that it be taken seriously ». De récentes décisions illustrent la vive réticence des tribunaux à admettre une expertise censée n'offrir aucune « valeur ajoutée » (au motif que le juge des faits dispose déjà des connaissances voulues pour trancher la question en litige) : *R. c. Abbey*, (2009) 246 C.C.C. (3d) 301, 2009 ONCA 624 (C.A. Ont.), citant, à l'appui, l'arrêt *Batista* à propos du refus d'admettre en preuve le témoignage d'un expert linguiste.

³²³ Ce paradoxe est à l'œuvre dans l'affaire *R. c. Batista*, préc., note 112, par. 46.

³²⁴ Ce thème a été abordé *supra*, p. 86 à 100.

³²⁵ V. JANKÉLÉVITCH, préc., note 103, p. 42.

L'ironie n'est pas à l'abri du droit pénal. Sa malignité force parfois l'interprète à s'interroger sur la volonté du railleur de bafouer la dignité d'autrui ou même d'attenter à sa sécurité³²⁶. L'infraction d'incitation à la haine se prête fort bien à l'étude des liens qui unissent occasionnellement la répression, l'ironie et la sécurité d'autrui.

a. L'ironie et la haine

Le législateur canadien interdit le fait de fomenter « volontairement » la haine contre un groupe identifiable³²⁷. De nombreuses balises enserrant l'action répressive. L'article 319 (2) C.cr. se limite premièrement aux « formes d'expression les plus intentionnellement extrêmes »³²⁸ sans s'immiscer, de surcroît, dans les conversations privées³²⁹. Le vocable « haine » reçoit par ailleurs une acception particulière en droit pénal canadien. S'il est vrai que l'incitation à la « haine » ne s'entend pas seulement de l'incitation à la violence³³⁰, il n'en demeure pas moins que la Cour suprême écarte les sens usuels donnés à ce terme dans les dictionnaires pour ne retenir que « la forme la plus intense de l'aversion »³³¹. Des propos de moindre gravité sont exclus *a fortiori* du champ de la répression. Aussi le juge doit-il expliquer au jury qu'une expression déplaisante ne saurait suffire³³². Une condamnation ne saurait non plus être prononcée au seul motif que le juge désapprouve les propos ou les considère « offensants »³³³. Cet impératif constitutionnel transcende d'ailleurs le droit criminel: les propos

³²⁶ Sur les dérives possibles de l'ironie, voir: *Saskatchewan (Human Rights Commission) c. Whatcott*, préc., note 15, par. 53, 90 et 91.

³²⁷ L'article 319(3) C.cr. prévoit certains moyens de défense tirés de contextes particuliers.

³²⁸ Cette balise est posée en matière pénale dans l'arrêt *R. c. Keegstra*, préc., note 18, 783. La législation provinciale ou fédérale destinée à contrer la discrimination se voit imposer constitutionnellement un seuil quelque peu analogue. Si elle peut bannir les écrits publics dépourvus d'intention haineuse (*infra*, note 342) encore se doit-elle de délaissier les propos répugnants ou offensants pour s'en tenir aux expressions virulentes et extrêmes: *Saskatchewan (Human Rights Commission) c. Whatcott*, préc., note 15, par. 48, 57, 89, 90, 109, 196 et 200.

³²⁹ Est uniquement visée la « communication de déclarations autrement que dans une conversation privée »: art. 319 (2) C.cr. Sur les conséquences juridiques de cette exigence, voir: M. MANNING et P. SANKOFF, préc., note 69, p. 602 et 603.

³³⁰ *R. c. Noble*, [2008] B.C.J. n° 294, par. 48 (C. sup. C.-B.).

³³¹ *Mugesera c. Canada*, préc., note 88, par. 101; *R. c. Keegstra*, préc., note 18, 778.

³³² *R. c. Keegstra*, préc., note 18, 778.

³³³ *Mugesera c. Canada*, préc., note 88, par. 103.

offensants et ceux exposant un groupe au ridicule ne sauraient être bannis au motif que le législateur se propose de contrer la discrimination³³⁴.

Du reste, la simple formulation de propos haineux n'entrave pas l'article 319 (2) C.cr.³³⁵; il ne saurait davantage suffire de prouver que l'accusé a favorisé, de par ses dires, la haine envers une communauté. Des propos qui « favorisent » ou « encouragent » la haine ne sont pas punissables *per se*³³⁶. Il en est ainsi parce que la vocation des propos importe tout autant que leur teneur : il leur faut être *destinés* à l'éclosion de la haine. Le droit criminel s'intéresse à la finalité des paroles incriminées, non point à leur effet. Le texte d'incrimination interdit la « fomentation » de la haine. Cette expression signifie, selon la jurisprudence la plus autorisée, le fait de promouvoir activement la détestation³³⁷. Des propos ostensiblement haineux échapperont à la répression si le contexte de l'entretien indique que l'inculpé n'entendait pas, à ce moment, favoriser l'attisement de la haine. L'étude du contexte peut révéler un dérapage verbal, l'inculpé tenant des propos haineux sans vouloir pour autant leur dissémination : des paroles haineuses prononcées sous le coup de l'emportement, *sans arrière-pensée*, peuvent ainsi se soustraire à la répression³³⁸. La finalité des propos intéresse, au premier chef, *l'élément matériel* du crime puisqu'ils doivent être voués à la fomentation de la haine³³⁹.

L'élément mental n'est pas en reste. La jurisprudence l'a soigneusement délimité³⁴⁰. L'indifférence de l'accusé quant aux répercussions de ses paroles ne constitue pas, en l'occurrence, un état d'esprit suffisamment blâmable³⁴¹. Il lui faut rechercher l'éclosion de la haine ou encore prévoir

³³⁴ *Saskatchewan (Human Rights Commission) c. Whatcott*, préc., note 15, par. 41, 46, 47, 50, 51, 57, 58, 89, 90, 109, 196 et 200.

³³⁵ *R. c. Ahenakew*, (2008) 227 C.C.C. (3d) 428, [2008] S.J. n° 9, par. 48 et 49 (C.A. Sask.).

³³⁶ *Mugesera c. Canada*, préc., note 88, par. 101.

³³⁷ *Id.*, par. 101.

³³⁸ *R. c. Ahenakew*, préc., note 335. Cf. encore *R. c. Ahenakew*, [2009] S.J. n° 105 (C. prov. Sask.).

³³⁹ Voir les nuances de bon aloi formulées dans l'arrêt *R. c. Ahenakew*, préc., note 335, par. 20, 48 et 49.

³⁴⁰ Nos remarques se limitent à l'infraction énoncée à l'article 319(2) C.cr. et excluent donc l'infraction connexe prévue à l'article 319(1) C.cr.

³⁴¹ L'insouciance affichée à l'égard du retentissement vraisemblable des paroles prononcées ne saurait se traduire par une condamnation : *Mugesera c. Canada*, préc., note 88, par. 104; *R. c. Keegstra*, préc., note 18; *R. c. Buzzanga and Durocher*, préc., note 172. En revanche, l'aveuglement volontaire pourrait asseoir un verdict de culpabilité : *R. c. Elms*,

que ce résultat découlera quasi inéluctablement de ses paroles. La culpabilité est tributaire de la prise de conscience par l'accusé de la fatalité de ses propos et de leur effet : l'inculpé « doit avoir l'intention d'exciter directement et activement la haine contre un groupe identifiable ou prévoir cette conséquence comme presque certaine »³⁴².

Le procès de l'ironie n'est pas inenvisageable pour autant³⁴³. Cette forme d'humour est empreinte de dissimulation quant aux intentions véritables du locuteur. L'humour se tapit derrière les paroles prononcées. Aussi la parodie expose-t-elle le rieur à l'incompréhension possible de son auditoire et à celle du juriste.

Les dangers réels auxquels s'expose l'ironie sont attestés dans un arrêt de principe rendu au sujet du crime d'incitation à la haine. L'affaire en cause éclate sur fond de crise linguistique à la fin des années 70. Deux Franco-ontariens, Buzzanga et Durocher, rédigent un pamphlet anonyme qui s'emploie à décrier leur propre minorité linguistique. Une poursuite leur sera intentée au motif qu'ils ont fomenté la haine contre les leurs. Ils opposent en défense la thèse de l'ironie. Les inculpés auraient supposément entendu se moquer des préjugés du conseil municipal de la ville d'Essex à l'endroit des Franco-ontariens. Des mois durant, le projet de construction d'une école secondaire francophone était demeuré dans une impasse au conseil municipal. Buzzanga et Durocher affirment avoir voulu dénoncer la chose en écrivant un pamphlet anonyme qui suggérerait de réserver aux Franco-ontariens le même sort qu'aux Acadiens au moment de leur déportation. Selon les déclarations des accusés à leur procès, ils espéraient voir leur texte créer la controverse et l'indignation de manière à inciter le gouvernement ontarien à passer outre à l'opposition du conseil

(2006) 217 C.C.C. (3d) 217, par. 21 (C.A. Ont.) (demande pour autorisation d'appeler rejetée); R. c. *Harding*, (2002) 160 C.C.C. (3d) 225 (C.A. Ont.).

³⁴² R. c. *Keegstra*, préc., note 18, 777. Le Code criminel se distingue en cela de la législation provinciale bannissant les propos haineux afin de mieux endiguer la discrimination. La législation provinciale destinée à lutter contre la discrimination peut combattre les expressions prononcées par une personne qui n'est pas motivée par la haine: *Saskatchewan (Human Rights Commission) c. Whatcott*, préc., note 15, par. 58, 126, 127, 143 et 190.

³⁴³ Ce thème n'est pas sans rappeler celui de l'incrimination de l'ironie sous le couvert de la diffamation (*supra*, p. 62 à 65.), de l'incitation au suicide (*cf.* le jugement de relaxe dans l'affaire R. c. *Morin*, préc., note 101) ou encore sous le couvert du crime de menaces (voir l'acquiescement prononcé dans l'arrêt *Batista* abordé *supra*, p. 79).

municipal et à faire bâtir l'école malgré les réticences des échevins. Autrement dit, Buzzanga et Durocher entendaient se moquer des préjugés anti-francophones du conseil municipal et non pas attiser la haine contre leur propre communauté³⁴⁴.

La Cour d'appel de l'Ontario casse le verdict de culpabilité et ordonne un nouveau procès. Afin de se rendre coupables, il eût fallu que les inculpés prévoient l'effet néfaste de leur pamphlet sur la minorité francophone. La culpabilité de l'accusé passe par sa connaissance de ce que son pamphlet se retournera contre les siens. Un nouveau procès s'impose puisque cette question de fait fut occultée en première instance.

La thèse de l'ironie n'est donc pas celle de l'impunité. Autant l'insouciance du railleur à l'égard des répercussions possibles de ses paroles ne saurait suffire à le faire condamner³⁴⁵, autant il en ira autrement si sa faculté d'anticipation³⁴⁶ l'amène à appréhender que son texte engendrera *certainement ou quasi certainement* la haine.

Voilà posée la question du bien-fondé de la répression de l'ironie au moyen du droit criminel.

b. L'ironie et l'intolérance

La parodie prend souvent les armes contre l'intolérance en en épousant les formes. Montesquieu s'est adonné à ce genre littéraire afin de combattre l'esclavagisme. Dans son livre *De l'esprit des lois*, Montesquieu signe un texte vantant de manière outrancière l'esclavage :

« Ceux dont il s'agit sont noirs depuis les pieds jusqu'à la tête ; et ils ont le nez si écrasé qu'il est presque impossible de les plaindre. On ne peut se mettre dans l'esprit que Dieu ait mis une âme, surtout une âme bonne, dans un corps tout noir. »³⁴⁷

³⁴⁴ La Cour résume ainsi la déposition de la défense : « He thought that by stating these things people would say : "This is ridiculous". [...] to show the things that were being said so that intelligent people could see how ridiculous they were. The pamphlet was intended as a satire » : *R. c. Buzzanga and Durocher*, préc., note 172, 376.

³⁴⁵ Voir la jurisprudence abordée *supra*, note 341.

³⁴⁶ L'inculpé ne saurait toutefois être admis à se voiler la face quant à la nocivité de ses propos. Son aveuglement volontaire lui serait alors reproché (*supra*, note 341).

³⁴⁷ MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, Livre XV, c. V, Paris, Éditions Gallimard, 1995.

Voilà l'exemple même de l'ironie destinée à se moquer des persécuteurs... en se moquant des persécutés.

Jankélévitch résume admirablement les vertus didactiques que joue cette forme d'humour déguisé :

«L'ironie formerait donc un chapitre de l'«art de persuader» : elle cherche, littéralement, à *convaincre* les grotesques plutôt qu'à les *vaincre*. On est persuasif lorsqu'on engage le méchant à toucher loyalement le fond de sa propre méchanceté pour qu'il en éprouve personnellement le scandale : la volonté ironique, évitant de heurter de plein fouet, par un blâme direct, la volonté adverse, l'induit à se vouloir elle-même abolie ou amendée. [...] il est des résistances – et avant tout les résistances d'origine spirituelle – qu'on ne fléchit jamais directement. [...] Voilà une ironie éducative, secourable aux consciences, maîtresse dans l'art des concessions spécieuses [...]»³⁴⁸.

Somme toute, c'est le déguisement de l'humour qui assure son rôle moralisateur : l'ironie pense une chose et, à sa manière, en dit une autre.

c. L'ironie et l'incompréhension

L'ironie a pour artifice le travestissement de la pensée. Elle agit en trompe-l'œil car elle « consiste essentiellement à dire le contraire de ce que l'on veut suggérer [...] »³⁴⁹.

La dissimulation orchestrée n'est pas sans aléas. Sans le vouloir, l'ironie favorise l'incompréhension. Comme le souligne Guérard : « Le discours ironique est fragile, donc risqué : malentendus en cascade, absence ou mauvaise réception du message [...] »³⁵⁰.

Cet écueil est tout droit tiré de la ruse empruntée par l'ironiste³⁵¹. L'ironie et le mensonge possèdent un trait commun : l'une et l'autre emploient la dissimulation. Là cesse pourtant le parallèle. Autant le menteur entend tromper son interlocuteur, autant l'ironiste espère lui faire

³⁴⁸ V. JANKÉLEVITCH, préc., note 103, p. 102 (italiques dans l'original).

³⁴⁹ S. FREUD, préc., note 8, p. 202.

³⁵⁰ Cf. la préface de Cécile GUÉRARD dans Cécile GUÉRARD (dir.), *L'ironie. Le sourire de l'esprit*, Paris, Éditions Autrement, 1998, p. 14.

³⁵¹ « Un énoncé ironique est un énoncé par lequel on dit autre chose que ce l'on pense en faisant comprendre autre chose que ce qu'on dit ». Cette définition formulée par Philippe Lejeune est reprise par Jean-Jacques ROBRIEUX, « Plume ironique », dans C. GUÉRARD (dir.), préc., note 350, p. 140, à la page 143.

connaître le fond de sa pensée. L'ironie ne participe donc pas du mensonge; il y a certes dissimulation mais non pas duperie³⁵².

L'ironie « consent à être comprise, mais non directement »³⁵³. Elle se fait donc plus subtile que le cynisme³⁵⁴ en privilégiant une « moquerie tacite »³⁵⁵. L'ironie exige, ce faisant, un effort d'interprétation de la part de son destinataire: elle fait appel à l'intelligence de la personne raillée sans quoi elle reste sans effet...

³⁵² Le Blanc souligne ce contraste: « Dissimulation ne veut pas dire mensonge mais plutôt « figure par laquelle on veut faire entendre le contraire de ce qu'on dit » (définition de l'ironie dans l'Encyclopédie de 1765), ou encore forme d'expression qui donne à entendre le contraire de ce qui est effectivement dit (Cicéron, *Inst. or.*, IX, 2, 44) »: Guillaume LE BLANC, « Le premier étonnement », dans C. GUÉRARD (dir.), préc., note 350, p. 22, à la page 26. Et l'auteur de poursuivre ainsi: « L'ironisant dissimule ses pensées dans ses paroles. [...] L'ironie repose alors sur une construction artificielle qui, loin de se réduire à d'autres formes de dissimulation, mensonge, hypocrisie, flatterie..., s'annule d'elle-même. En effet, cette dissimulation ne vaut que si elle est démasquée. C'est à l'instant où je repère l'ironie que je l'apprécie et la constitue comme telle. Ainsi, la dissimulation ne devient ironique que lorsqu'elle est perçue comme telle. C'est donc une perception qui transforme un discours anodin en discours ironique ». Il incombe à l'ironisé de s'apercevoir « du décalage entre le discours et la pensée véritable de l'ironisant. De ce point de vue, l'ironie suppose que des signes internes au discours ironique permettent de démasquer la pensée véritable, tapie, comme un négatif, derrière la mince pellicule de mots » (*id.*, à la page 23). Cela dit, les propos peuvent être si excessifs que leur caractère ironique se trouve exposé. Les observations de Montesquieu sur les Noirs l'illustrent fort bien tout comme ceux tenus dans l'affaire *R. c. Lacerte*, préc., note 57.

³⁵³ Cette heureuse formulation de Kierkegaard est relatée par Claude MARGAT, « Esthétiques de la provocation », dans C. GUÉRARD (dir.), préc., note 350, p. 61, à la page 64. Tout demeure toutefois fonction du contexte et la thèse de l'ironie est non avenue si elle sert de mascarade à un texte sournoisement sulfureux et subversif. Qu'il suffise d'évoquer la critique de la « fausse ironie » formulée par Marc WEITZMANN, « Les bienveillants », *Le Monde des livres*, 17 nov. 2011: « « *Fair is foul and foul is fair* »: les mots ne disent pas ce qu'ils veulent dire. L'antisémitisme n'est pas l'antisémitisme, c'est même le contraire; l'expression de la bêtise est son « *retournement* », et donc l'expression de l'intelligence (Besson); le premier degré vaut le second et tout est vain et rigolo. C'est ainsi, entre deux blagues légères, que les mots sont vidés de leur chair, de leur sens, et poliment anémiés. Mais ce tour de passe-passe n'a rien de gratuit. [...] C'est une violence perverse qui se met en place insidieusement, avec le sourire et au nom de la liberté littéraire, une violence et une perversion qui n'ont pas plus à voir avec la littérature qu'avec la liberté. »

³⁵⁴ C. MARGAT, préc., note 353, à la page 63: « Sans sournoiserie aucune [...], le cynisme manifeste au contraire une moquerie affichée, impertinente et sans équivoque. »

³⁵⁵ *Id.*, à la page 63.

Cet effort d'interprétation interpelle au premier chef le juriste. Le droit criminel n'a d'autre choix que de reconnaître les velléités nobles de l'ironie en dépit de ses maladrotes possibles. Le cas de Buzzanga et Durocher est patent : leur ambition de redresser le sort des Franco-ontariens s'opposait à toute volonté de fomentation de la haine.

Le magistrat hérite, ce faisant, d'un impérieux devoir de vigilance³⁵⁶. La vocation réelle des propos de l'inculpé ne saurait être éludée. La notion du doute raisonnable revêt, à cet égard, une importance primordiale. Tout doute raisonnable quant à la fin visée par l'accusé doit lui profiter. *Le doute raisonnable doit d'ailleurs s'aborder de pair avec l'ambiguïté du discours ironique*. La signification de l'ironie est souvent source de méprise :

« The intended meaning of satire is frequently misunderstood, because it is subtle, ambiguous or threatening. [...] The audience may often interpret the satire as supporting the very prejudices it is meant to attack. »³⁵⁷

Or, le doute raisonnable peut précisément jaillir de *l'ambiguïté même* du discours ironique. Le ton peut aussi indiquer que l'accusé prononce des paroles à la légère³⁵⁸. Même l'énormité des propos formulés fera parfois ressortir le fait que l'accusé ne prête aucunement foi à ses dires : les écrits de Montesquieu sur les Noirs en sont l'exemple tout indiqué³⁵⁹.

*
* * *

Le « domaine de l'interdit langagier »³⁶⁰ fait appel à des considérations multiples fondées sur la détermination de *seuils*.

Le **premier seuil** se rapporte à la gravité des paroles prononcées et à celle du préjudice redouté. Des paroles empreintes de futilité échappent généralement à toute sanction de nature criminelle. Il en va de même de la

³⁵⁶ À preuve l'acquiescement prononcé en appel dans l'affaire *Batista*, préc., note 112 : l'ironie est repérée et l'humour en présence s'oppose à une condamnation pour menaces. Voir pareillement : *R. c. Morin*, préc., note 101. Le chef d'incitation au suicide est infondé puisque les paroles reprochées tiennent en vérité du sarcasme.

³⁵⁷ C. WILSON, préc., note 58, p. 201 et 230.

³⁵⁸ Rappr. *Mugesera c. Canada*, préc., note 88, par. 106.

³⁵⁹ Pour un point de vue identique à celui exposé dans P. RAINVILLE, préc., note 1, p. 59-62. Voir : *R. c. Lacerte*, préc., note 57.

³⁶⁰ Cette expression est tirée de l'étude de D. VINCENT, préc., note 2, 35.

dérision aisément repérable ainsi que des paroles pour lesquelles le préjudice appréhendé ne présente pas l'ampleur voulue. *Un principe de modération* innerve le droit criminel³⁶¹; il s'impose à plus forte raison lorsque l'élément infractionnel se résume à de simples paroles³⁶².

Un **deuxième seuil** a trait à la gravité du dessein du prévenu. Sans vouloir exposer une règle valable pour l'infraction des infractions criminelles³⁶³, il n'empêche que l'amenuisement de l'élément matériel du crime – les crimes de paroles ne nécessitant aucune action particulière – s'accompagne le plus souvent d'un rehaussement de l'élément moral préalable à une condamnation. Cette juste précaution emporte pour conséquence que de nombreuses infractions axées sur l'usage du verbe nécessitent la présence d'un dessein suffisamment blâmable de la part du prévenu. Axée sur la détermination de la nocivité de l'inculpé³⁶⁴, l'intention spécifique permet de départager les desseins discutables et les desseins proprement criminels. Apparentée au dol spécial du droit pénal français, l'intention dite « ultérieure » ou « spécifique » se veut un concept juridique qui présente un double intérêt au regard de la répression de la parole. D'une part, l'absence de finalité des paroles du locuteur peut, le cas échéant, assurer sa

³⁶¹ Ce principe rejaillit sur l'interprétation des éléments infractionnels. Aussi la jurisprudence a-t-elle façonné une règle d'interprétation propre au droit criminel. Il existe une « long accepted rule of statutory interpretation which directs that criminal statutes, where possible, should not be read as to encompass conduct which is trivial or harmless. » (*R. c. Murdock*, préc., note 10, 241.)

³⁶² À rapprocher des enseignements de la Cour suprême au sujet du crime de leurre sexuel réalisé informatiquement (*R. c. Legare*, préc., note 26, par. 31 à 35 et 41) et de l'arrêt *R. c. Murdock*, préc., note 10, 239 et 241 au sujet de l'offre de vive voix relative à un soi-disant trafic de stupéfiants. *Adde* le passage de l'affaire *E.P.* cité *supra*, note 25.

³⁶³ La dangerosité du dessein du locuteur ou du farceur au regard des éléments constitutifs du crime est un sujet d'étude complexe. Aussi vaut-il mieux renvoyer à notre ouvrage consacré à ce thème (P. RAINVILLE, préc., note 1, p. 53 à 139) et aux décisions judiciaires rendues dans les affaires *LSJPA-1432*, préc., note 36 et *R. c. Danylak*, préc., note 25.

³⁶⁴ Le pénaliste Hugues Parent décrit avec justesse la fonction première de l'intention spécifique: « [...] l'intention spécifique complète l'action principale en ajoutant à celle-ci la poursuite d'un but ultérieur. [...] En poursuivant un but spécifique, un dessein qui dépasse l'exécution de l'acte en question, l'intention spécifique vise une cible à la fois beaucoup plus éloignée et beaucoup plus représentative de la nocivité de son auteur. En somme, elle permet une discrimination juridique, une sélection à la fois stratégique et morale, parmi les individus qui désirent simplement commettre l'acte en question et ceux qui, à l'inverse, visent la réalisation d'un but ultérieur. » (H. PARENT, préc., note 271, p. 240).

relaxe³⁶⁵. D'autre part, l'absence de dessein proprement criminel peut aussi se traduire par un acquittement. Les paroles irréflechies et les propos insensés bénéficient, le plus souvent, de cette distinction juridique.

En somme, le droit criminel s'emploie, le plus souvent³⁶⁶, à bien discerner les **paroles désavouables** et les **desseins désavouables** et à en exiger le cumul afin de fonder le prononcé d'une condamnation. Sont alors laissées en marge du droit criminel les paroles déplorables prononcées en l'absence de tout dessein condamnable³⁶⁷.

³⁶⁵ Voir notre analyse de l'arrêt *Mathe* (crime de tentative) *supra*, p. 71 et 72, les décisions *R. c. Lawrence*, 2002 ABPC 189, par. 14 et 15 et *R. c. Pake*, préc., note 24, au sujet du crime de racolage prévu à l'art. 213(1) C.cr., les affaires *Taylor, O'Brien* et *Chalfoun* en matière de complot (*supra*, notes 20 à 23), l'affaire *R. c. Morin*, préc., note 101 à propos de l'incitation au suicide réprimée à l'article 241 C.cr. de même que l'arrêt *R. c. Danylak*, préc., note 25 à l'égard des infractions d'incitation d'un mineur de moins de 16 ans à un contact sexuel (art. 152 C.cr.) et de leurre d'un mineur (art. 172.1 C.cr.). Ce thème est également approfondi dans P. RAINVILLE, préc., note 1, p. 53 à 139. Voir aussi, par analogie: *LSJPA-1432*, préc., note 36.

³⁶⁶ Fait exception la notion d'instigation (art. 22 et 464 C.cr.) en raison d'une interprétation jurisprudentielle fort discutable: Kent ROACH, *Criminal Law*, 5^e éd., Toronto, Irwin Law, 2012, p. 143 et 144; D. STUART, préc., note 179, p. 740; M. MANNING et P. SANKOFF, préc., note 69, p. 325, 327 et 328; Pierre RAINVILLE, «Le verbe fait crime: la répression de l'instigation et les avatars de l'arrêt *Hamilton*», (2007) 11 *R.C.D.P.* 177.

³⁶⁷ L'arrêt *R. c. O'Brien*, préc., note 170, en est l'incarnation toute indiquée à propos du crime de menaces et nombreuses sont les illustrations jurisprudentielles au même effet: *R. c. Young*, préc., note 139; *R. c. Tutino*, préc., note 148; *R. c. Zemaryalai*, préc., note 186 (l'accusé s'emporte et lance à l'avocate de son ex-femme que c'est en raison de telles attitudes que des épouses se font tuer; sitôt ces paroles prononcées, il déclare qu'il ne s'agit point d'une menace. Le juge conclut à l'*actus reus* mais se dit habitué d'un doute raisonnable au sujet de la présence de la *mens rea*); *R. c. James*, préc., note 128, par. 47; *R. c. Chanderbhan*, préc., note 237 (un détenu verbalise une pensée homicide alors qu'il participe à une thérapie destinée à lui permettre d'évacuer sa colère); *R. c. Lavoie*, préc., note 175; *Valcourt c. La Reine*, préc., note 128; *R. c. Grimoldby*, préc., note 118, abordé *supra*, p. 80; *R. c. Mathurin*, préc., note 170, analysé *supra*, p. 87 et 88; *R. c. Batista*, préc., note 112, examiné *supra*, p. 79; *R. c. Brake*, préc., note 170, relaté *supra*, p. 94 et 95; *R. c. Roy*, préc., note 147. Les crimes de complot, de racolage, de leurre sexuel informatique et d'incitation à la haine obéissent aux mêmes considérations (*supra*, p. 49, 50, 117 à 120). La jurisprudence fait pareillement le départ entre des paroles irresponsables et odieuses et l'incitation au suicide. Échappent ainsi à la répression des paroles foncièrement blessantes et cinglantes formulées spontanément à titre de sarcasme en réponse à des insultes: *R. c. Morin*, préc., note 101.

Cette catégorisation a pour effet bénéfique de laisser à l'écart du droit criminel, la dérision inconsiderée, les paroles en l'air, les propos malheureux, le non-conformisme et l'impertinence. Un comportement dérogaire n'est pas, *per se*, un comportement criminel.

Le **troisième critère de distinction** s'intéresse au *seuil d'ambiguïté des paroles prononcées*. Le défi lancé au pénaliste consiste à connaître la pensée intime du délinquant supposé. Il n'existe pas, à proprement parler, d'interdit langagier en matière criminelle. Aucune parole, même abjecte, n'est proscrite, sans que le droit ne se soucie parallèlement de l'étude de la volonté précise du prévenu³⁶⁸. Or, la parole se fait parfois ambiguë. Le juriste est dès lors amené à considérer le sens réellement insufflé aux mots retenus. À cette élucidation incontournable³⁶⁹ s'en ajoute une seconde. Le sens apparent des termes n'est pas forcément celui envisagé par l'inculpé. C'est sans compter la possibilité que l'accusé n'ait point appréhendé les répercussions réelles de ses paroles. Ce risque s'accroît, du reste, en présence d'une plaisanterie ou d'un coup de sang. L'auteur de paroles désinvoltes peut très bien s'attendre à ce qu'elles ne soient pas prises au sérieux³⁷⁰, tandis que la personne qui se fâche ou se vexe peut laisser échapper des paroles qui dépassent sa pensée.

Le droit ne peut dès lors se désintéresser des «interprétations du dicible et de l'indicible»³⁷¹. Au contraire de certaines infractions réglementaires³⁷², la répression de nature criminelle ne s'arrête pas à l'emploi d'un mot particulier. Autrement dit, l'instruction d'une affaire criminelle ne s'entend jamais du simple procès des mots utilisés.

Le juge ne saurait donc esquiver l'interprétation des mots formulés. Or, les difficultés interprétatives s'accroissent lorsque se profile la thèse de l'humour. Le droit entretient d'ailleurs une double méfiance envers la

³⁶⁸ Entre autres exemples, voir les décisions analysées en matière d'incitation à la haine (*supra*, p. 117 à 120), de menace de mort (*supra*, p. 86 à 100) et d'incitation au suicide (*supra*, notes 228 et 367).

³⁶⁹ Commet une erreur de droit le juge qui omet d'examiner les explications données par l'accusé sur le sens de ses paroles : R. c. *Huggins*, préc., note 170.

³⁷⁰ *La Cour suprême se garde bien d'occulter ce risque*. Par trois fois, elle aura réitéré la nécessité de tenir compte de ce facteur psychologique lors de la détermination de l'élément moral de l'infraction : R. c. *Théroux*, préc., note 17, 21 et 26 ; R. c. *Clemente*, préc., note 113, 762 et 763 ; R. c. *McCraw*, préc., note 119.

³⁷¹ Cette formulation habile est tirée des travaux de D. VINCENT, préc., note 2, 35.

³⁷² Voir, par exemple, les infractions à la législation aéronautique abordées *supra*, note 100.

dérision : il la juge parfois condamnable, tout comme il se méfie des allégations farfelues. Cette circonspection est légitime. La thèse de l'humour s'improvise aisément : il est des plus facile de l'inventer de toutes pièces. L'individu accusé d'avoir menacé autrui rétorque qu'il s'agissait de paroles en l'air ; la personne inculpée pour incitation à la haine plaide l'ironie. Rien de plus aisé que d'alléguer avoir voulu blaguer à l'époque des événements. Dès lors, le juriste craint autant l'allégation frivole que l'humour frivole.

Le droit redoute naturellement les moyens de défense factices. Or, cette crainte est avivée du fait que l'humour lui-même est parfois insaisissable... L'ambiguïté du message humoristique est troublante pour son destinataire comme pour le juge. L'humour sème le paradoxe³⁷³ d'autant que sa réussite est tributaire de la qualité de la mise en scène : « Dans l'humour, il s'avère indispensable de récupérer une allure d'apparente logique au propos »³⁷⁴. En somme, l'humour ne se décèle pas forcément aisément.

Le danger pour le plaisantin est donc de ne pas voir la véritable allégation d'humour être reconnue, repérée. Le danger pour le pénaliste est précisément le contraire : celui de ne pas démasquer la fausse allégation d'humour.

Pour le plus grand malheur du moqueur, ce sont les formes d'humour les plus ambiguës qui intéressent le droit pénal. L'ironie possède un double sens implicite et la mystification, un double sens problématique³⁷⁵. Rappelons que la mystification consiste, entre autres, à braquer une arme à feu en feignant de vouloir tirer, à simuler la volonté de commettre une infraction. L'ironie est tout aussi redoutable pour l'inculpé. Plus le discours ironique est réussi, plus il devient suspect en droit...³⁷⁶

³⁷³ Vu son côté espiègle, l'humour se veut forcément paradoxal. Voir, à cet égard, les remarques de Fry reprises à son compte par S. VOGEL, préc., note 230, p. 137.

³⁷⁴ Jean BERGERET, « Pour une métapsychologie de l'humour », (1937) 37 *Revue française de psychanalyse* 539, 563.

³⁷⁵ Au contraire de l'ironie et de la mystification, le calembour possède un double sens explicite. Cette triple différenciation est formulée par Daniel GROJNOWSKI, *Aux commencements du rire moderne. L'esprit fumiste*, Paris, Librairie José Corti, 1997, p. 250.

³⁷⁶ À telle enseigne que l'on peut dire de l'ironie qu'elle sollicite le danger : « L'ironie [...] joue avec le danger. [...] l'ironie va le voir, elle l'imité, le provoque, le tourne en ridicule, elle l'entretient pour sa récréation ; même elle se risquera à travers les barreaux, pour que l'amusement soit aussi dangereux que possible, pour obtenir l'illusion complète de la vérité [...] » (V. JANKÉLEVITCH, préc., note 103, p. 9) (italiques dans l'original).

Pourtant, la quête de vérité du droit pénal lui interdit de s'en tenir aux apparences. Le droit et l'humour se combattent sur le terrain de la vérité. Le pénaliste est épris de vérité : seule une preuve hors de tout doute raisonnable le satisfait. Le moqueur, au contraire, se joue de la vérité : une affirmation lancée à la blague *cache* la pensée de son auteur. Aussi le juge est-il tenu de départager les dires de plaisanterie et les affirmations véridiques. Il lui faut débusquer l'humour et l'extraire des débats d'audience³⁷⁷.

Le sens premier des propos de l'inculpé n'est donc pas foncièrement déterminant. La parole est parfois le creuset de l'incertitude, lors même qu'une condamnation pénale engage *une certitude*³⁷⁸. S'il est vrai que la preuve de l'élément mental *peut* se déduire des propos du prévenu et de l'étude des circonstances, à moins d'explication contraire de sa part³⁷⁹, le

³⁷⁷ Certains indices accèdent à la thèse de la plaisanterie. La célérité de l'inculpé à invoquer l'existence d'une farce au moment de son appréhension l'avantage, tout comme l'opinion de témoins selon lesquels l'inculpé badinait. Le jeune âge du prévenu ou encore son tempérament blagueur lui sont aussi favorables. La thèse du sarcasme gagne aussi en valeur si l'inculpé se contentait de répondre à des paroles elles-mêmes vexantes (R. c. *Morin*, préc., note 101). L'ivresse de l'accusé fait également partie des indices de nature à accréditer l'existence d'une blague. L'utilité de ces facteurs ressort d'une jurisprudence abondante analysée en 2005 (P. RAINVILLE, préc., note 1, p. 156 à 158) et, dans le même sens depuis lors, *LSJPA-1432*, préc., note 36; R. c. *Lacerte*, préc., note 57; R. c. *Danylak*, préc., note 25; R. c. *Walker*, préc., note 119. Aucun de ces facteurs ne se veut déterminant ou nécessaire, mais chacun contribue à asseoir la thèse de la plaisanterie. *Encore faut-il se rappeler que la plaisanterie innocente n'a pas à être établie, prouvée ou crue*: un simple doute raisonnable quant à son existence emporte l'acquittement. S'il ne parvient pas à croire la thèse de la plaisanterie, le juge se doit pourtant de prononcer un acquittement pour peu que cette thèse suscitât un doute raisonnable quant à l'absence d'intention coupable: R. c. *Danylak*, préc., note 25, par. 7; R. c. *Mathe*, préc., note 102.

³⁷⁸ À défaut de commander une certitude absolue, la norme de preuve hors de toute raisonnable se rapproche de ce seuil sans toutefois l'atteindre: R. c. *Lavhey*, 2013 CanLII 80439, par. 139 (C. prov. T.-N.); R. c. *Layton*, 2009 CSC 36, par. 26; R. c. *Starr*, 2000 CSC 40, par. 242; R. c. *Lifchus*, [1997] 3 R.C.S. 320.

³⁷⁹ R. c. *Narvwal*, préc., note 120; R. c. *O'Brien*, préc., note 170, par. 11: « [...] la question de savoir si l'accusé avait l'intention d'intimider ou si les termes qu'il a employés visaient à être pris au sérieux sera habituellement tranchée, en l'absence d'explication de la part de l'accusé, en fonction des mots utilisés, du contexte dans lequel ils s'inscrivent et de la personne à qui ils étaient destinés. »; R. c. *McRae*, préc., note 107, par. 19 et 23; R. c. *Danylak*, préc., note 25, par. 7; R. c. *Armstrong*, préc., note 112, par. 35; R. c. *Smith*, préc., note 120; *Mugesera c. Canada*, préc., note 88, par. 105; R. c. *Zarubin*, préc., note 180, par. 25; R. c. *Pake*, préc., note 24, 530 et 531; R. c. *Clemente*, préc., note 113, 762; R. c. *Théroux*, préc., note 17, 18 et 21.

sens premier des mots prononcés ne suffit pas forcément à emporter une condamnation³⁸⁰. Soit que le sens apparent des paroles formulées traduise mal en l'occurrence la portée réelle des propos en cause auquel cas l'*actus reus* fera défaut³⁸¹ (si le sens ordinaire des paroles constitue le point de départ de l'analyse de l'élément matériel, ce sens premier peut être démenti par l'étude du contexte³⁸²), soit que l'inculpé ne possède pas la *mens rea* voulue. *Le sens apparent des mots employés ne suffit d'aucune façon à clore l'étude de l'élément mental*³⁸³. Encore faut-il tenir compte, *au surplus*, du contexte et de la personne visée par les propos³⁸⁴ et, le cas échéant, des explications offertes par l'accusé³⁸⁵.

De la même manière, le tribunal supérieur ne peut pas forcément présumer l'intention qui se masque derrière les paroles de l'accusé et il lui faudra souvent faire élucider cette question dans le cadre d'un nouveau procès³⁸⁶.

La parole se fait parfois tant le voile que la voile de la pensée ... Aussi faut-il ausculter la parole au-delà de sa lettre. La jurisprudence de la Cour suprême l'indique à point nommé: la seule prise en compte des paroles prononcées ne saurait suffire à élucider le sens attribué par l'accusé à ses dires. La prise en compte du contexte et de la personne visée par les propos est proprement incontournable³⁸⁷.

Sauf à vouloir enfreindre la *Charte canadienne des droits et libertés*, aucune présomption de fait ne saurait résulter du seul usage de certains

³⁸⁰ Cf. nos explications de même que l'abondante jurisprudence analysée *supra*, p. 74 à 90, 93 à 97, 99 et 100. *Adde* R. c. *O'Brien*, préc., note 170 repris sur ce point dans R. c. *McRae*, préc., note 107, par. 11 et 20.

³⁸¹ R. c. *McRae*, préc., note 107, par. 11.

³⁸² Ce sujet est fouillé *supra*, p. 74 à 85.

³⁸³ Voir nos explications et la jurisprudence analysée *supra*, p. 86 à 89. *Adde* R. c. *O'Brien*, préc., note 170 repris sur ce point précis dans R. c. *McRae*, préc., note 107, par. 19 à 23; R. c. *Tutino*, préc., note 148; R. c. *Waddell*, préc., note 197; R. c. *Lavoie*, préc., note 175; R. c. *Mathurin*, préc., note 170.

³⁸⁴ Ce thème est approfondi *supra*, p. 88 à 100 et 106 à 109.

³⁸⁵ Comment une erreur de droit le juge qui omet d'examiner les explications données par l'accusé sur le sens de ses paroles: R. c. *Huggins*, préc., note 170.

³⁸⁶ R. c. *McRae*, préc., note 107, par. 40; R. c. *Prashad*, (2004) 73 O.R. (3d) 307, 309 (C.A.).

³⁸⁷ R. c. *O'Brien*, préc., note 170; R. c. *McRae*, préc., note 107, par. 19-23; R. c. *Gaete*, préc., note 118. La teneur strictement subjective du critère en cause est exposée *supra*, p. 86 à 89.

mots donnés. La jurisprudence a banni l'ancienne présomption de fait selon laquelle une personne est censée vouloir – ou, à tout le moins, prévoir – les conséquences naturelles de ses gestes³⁸⁸. Il ne serait guère plus judicieux de *présumer* qu'une personne pèse forcément le sens de ses paroles. Ainsi donc, tout demeure fonction du contexte dans lequel sont surgis les mots incriminés³⁸⁹ et, au premier chef, du degré de réflexion de l'inculpé quant au sens de ses paroles *et* quant à leurs répercussions prévisibles. Cette proposition vaut d'ailleurs pour l'ensemble des crimes de paroles³⁹⁰.

L'analyse axée sur le sens de l'anticipation de l'accusé ne saurait donc être éludée par le juge de première instance. La vigilance s'impose à cet égard. Autant la cour d'appel se doit de respecter les conclusions factuelles du juge du procès pour peu que le verdict de culpabilité fût raisonnable³⁹¹, autant il lui est loisible d'intervenir si le juge de première instance a écarté sommairement la thèse des propos irréflechis ou encore de la badinerie sans se demander si cette thèse est susceptible de soulever un doute raisonnable au sujet des éléments de l'infraction³⁹².

³⁸⁸ R. c. *Valle-Quintero*, (2002) 169 C.C.C. (3d) 140 (C.A. Ont.); R. c. *Beyo*, (2000) 47 O.R. (3d) 712 (C.A.) (demande pour autorisation d'appeler rejetée); R. c. *Robinson*, [1996] 1 R.C.S. 683. *Rappr.* D. STUART, préc., note 179, p. 172-174.

³⁸⁹ R. c. *Morin*, préc., note 101, par. 57 à 59 et 75 à 77; R. c. *Brake*, préc., note 170; R. c. *M.J.A.H.*, 2014 ONCJ 31, par. 83; R. c. *Scarpino*, préc., note 182; *LSJPA-144*, préc., note 148; R. c. *O'Brien*, préc., note 170; *Dallaire c. La Reine*, préc., note 120, par. 63; R. c. *Ménard*, préc., note 239; R. c. *Arabi*, préc., note 118, par. 52 à 54; R. c. *Ashton*, 2013 BCSC 1800; R. c. *Tutino*, préc., note 148; R. c. *Grimoldby*, préc., note 118; R. c. *Gaete*, préc., note 118; *LSJPA – 1026*, préc., note 188; R. c. *James*, préc., note 128, par. 47; R. c. *Noble*, préc., note 197; R. c. *Sather*, préc., note 118; R. c. *Jex*, préc., note 247; R. c. *Chanderbhan*, préc., note 237; R. c. *Waddell*, préc., note 197.

³⁹⁰ Entres autres illustrations, voir la jurisprudence relative aux crimes de menaces (*supra*, p. 86 à 100 et 106 à 109), de parjure (R. c. *Ashton*, préc., note 389, par. 49), d'instigation illicite (*St-Jacques c. La Reine*, préc., note 101, par. 65, note 26; M. MANNING et P. SANKOFF, préc., note 69, p. 325, de pair avec les art. 22 et 464 C.cr.), d'incitation au suicide (R. c. *Morin*, préc., note 101 : paroles prononcées sous l'effet de l'emportement en méconnaissance de la fragilité psychologique de la victime) et d'incitation à la haine (cf. l'arrêt *Buzzanga* analysé *supra*, p. 119 et 120 de même que les décisions rendues dans l'affaire *Ahenakew supra*, notes 335 et 338).

³⁹¹ R. c. *Careen*, 2013 BCCA 535, par. 30-34 : la cour d'appel s'abstiendra d'intervenir si la thèse voulant que les paroles prononcées dévoilassent la véritable pensée de l'accusé est raisonnable à l'aune des faits de l'espèce.

³⁹² *LSJPA-1432*, préc., note 36; R. c. *Huggins*, préc., note 170; R. c. *Danylak*, préc., note 25; *LSJPA – 1026*, préc., note 188. *Adde* R. c. *Ashton*, préc., note 389, par. 52; R. c. *Ménard*,

Au demeurant, la règle selon laquelle le sens premier des mots ne saurait forcément l'emporter ne se limite pas à la seule analyse des éléments constitutifs des crimes de parole. Il y a tout lieu de s'inspirer de la jurisprudence relative à la reconnaissance de culpabilité. Un aveu ne saurait se fonder sur une boutade. Le magistrat ne doit donc pas se contenter de ce que l'inculpé s'est accusé d'un crime. Encore lui faut-il vérifier le sérieux de l'aveu. La véracité de l'aveu suppose deux conditions : l'inculpé a effectivement prononcé les paroles incriminantes et il ne blaguait aucunement³⁹³.

Les enseignements de la Cour suprême du Canada sur le mensonge participent du même principe. Un mensonge n'est pas forcément un parjure. Il ne suffit point de se savoir au fait de la fausseté de ses dires. Encore faut-il, ce faisant, vouloir tromper le tribunal³⁹⁴. L'intention de tromper est tout aussi indispensable dans le cadre d'une inculpation pour fabrication de preuve³⁹⁵ ou pour témoignages contradictoires³⁹⁶. Or, il est admis que le menteur puisse – parfois – vouloir attirer ainsi l'attention du juge sur la fausseté de ses déclarations. Son témoignage mensonger peut être destiné, par exemple, à susciter la méfiance du juge pour l'alerter sur le fait que la déposition est faite sous le coup de la contrainte³⁹⁷. En somme, la Cour suprême reconnaît que des propos peuvent même avoir pour finalité *le contraire* de ce qu'ils indiquent au premier abord.

Cette jurisprudence pénale n'est pas sans rappeler le mot de Jean Anouilh pour qui le mensonge est quelquefois « une forme préalable de la

préc., note 239, par. 8; *Sigouin c. La Reine*, préc., note 205.

³⁹³ En témoigne l'arrêt *R. c. Bryan*, (1993) 83 C.C.C. (3d) 66 (C.A. Ont.). Deux détenus convertent dans une prison dans l'attente de leur procès. L'un des deux interroge l'autre quant au motif de sa détention; le second répond qu'il a lancé une bombe sur une autopatrouille. Le premier croit qu'il plaisante en s'accusant de la sorte. Aucune autre preuve ne relie l'accusé au crime reproché. La question de savoir si l'accusé a effectivement prononcé les paroles incriminantes n'est pas décisive: le juge doit aussi se prononcer sur le sérieux des propos de l'accusé. Il lui faut notamment tenir compte de l'impression du codétenu qui croit à une boutade encore que cette opinion ne lie pas le juge.

³⁹⁴ *R. c. C.G.*, (2013) 341 Nfld. & P.E.I.R. 10, par. 57; *R. c. Turcotte*, 2013 BCSC 1664, par. 31; *R. c. Morissette*, préc., note 12; *R. c. Colson*, (2007) CanLII 28726, par. 33 (C. prov. T.-N.); *R. c. Prashad*, préc., note 386, 309; *Wolf c. La Reine*, [1975] 2 R.C.S. 107, 114.

³⁹⁵ Art. 137 C.cr.; *R. c. Williams*, (2002) 54 W.C.B. (2d) 605 (C.A. C.B.).

³⁹⁶ Art. 136 C.cr.; *R. c. Lafleur*, 2010 QCCA 1472, par. 116.

³⁹⁷ *R. c. Hébert*, [1989] 1 R.C.S. 233, 235.

vérité»³⁹⁸. Un hommage comparable peut souvent être réservé à l'humour et, en tout premier lieu, à l'ironie qui darde l'ignorance pour mieux la bannir :

« J'ai besoin de l'ironie. Elle m'aide autant que l'élégie. Si je me souviens bien, Rilke la déconseille au jeune poète : « Gagnez les profondeurs : l'ironie n'y descend pas », lui dit-il. Tout dépend des gouffres qu'on explore. S'il est vrai qu'elle est relativement impuissante à pénétrer l'opacité du malheur, elle va très loin – *c'est la lampe au front du mineur – dans le creusement de la bêtise, de l'ignorance et de la lâcheté.* »³⁹⁹

En définitive, l'ironie dénonce et châtie régulièrement les mêmes travers que ceux pourfendus par le droit criminel... Leur finalité apparentée signale d'autant leur alliance naturelle.

³⁹⁸ Jean ANOUILH, *Ornifle ou le courant d'air*, Mayenne, Éditions de la Table ronde, 1991, p. 146. Freud dira de même qu'il est possible de dire la vérité au moyen d'un mensonge (S. FREUD, préc., note 8, p. 131).

³⁹⁹ Camille LAURENS, *Philippe*, Paris, Gallimard, 2008, p. 79 et 80 (nos italiques).