

**DE LA DÉRISION À LA SANCTION LE SORT RÉSERVÉ AUX DÉRIVES LANGAGIÈRES EN
DROIT PÉNAL CANADIEN**

Pierre Rainville
Faculté de droit, Université Laval

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 étrillent parfois les valeurs incarnées par le droit criminel.

Aussi la présente étude trace-t-elle les seuils d'intervention du droit criminel canadien à l'égard des paroles vexatoires. 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, incitation à la haine, diffamation, canular terroriste, tentative, complot...), le présent article cerne les bornes de l'incrimination du verbe et différencie, ce faisant, les paroles futiles, les propos irréfléchis 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 seules apparences : le sens premier des mots n'est donc pas foncièrement déterminant. La parole est parfois le creuset 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 guère 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 sanctionner l'ignorance.

DE LA DÉRISION À LA SANCTION LE SORT RÉSERVÉ AUX DÉRIVES LANGAGIÈRES EN DROIT PÉNAL CANADIEN¹

Pierre Rainville
Faculté de droit, Université Laval

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'effleurement ou à la caresse qui traduit un humour sexuel déplacé; au canular terroriste; au loustic qui s'amuse à berner un policier en lui faisant mener une enquête 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'accusé qui tourne en dérision le juge qui instruit son procès; 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 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* » (Vincent, 2010). 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 semble délaïsser 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 doctrine²: les auteurs s'adonnent rarement à l'étude de la répression de l'humour désordonné³.

Ce désintéret apparent trahit possiblement un paradoxe. Le bannissement des errements humoristiques semble s'écarter, à première vue du moins, des visées du droit criminel.

1. Les paradoxes de la sanction

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

¹ Le présent article s'intéresse à certains thèmes abordés dans un ouvrage de plus grande ampleur paru en 2005. Le lecteur désireux d'approfondir la thématique de la répression de l'humour est donc invité à consulter l'ouvrage de P. Rainville intitulé *Les humeurs du droit pénal au sujet de l'humour et du rire* paru conjointement aux Éditions Yvon Blais et aux Presses de l'Université Laval. La présente étude s'inscrit par ailleurs 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.

² Le vocable « doctrine » désigne le corps constitué des analystes du droit: professeurs de droit, avocats, notaires et autres juges sont autant d'interprètes du droit accomplissant un travail doctrinal, dès lors que leur opinion juridique est diffusée en dehors d'un litige ou d'un avis juridique individualisé.

³ À ce jour, une seule étude a exploré, au Canada, le thème de l'interdiction pénale de l'humour (Rainville, 2005).

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 Carbonnier (2001).

Sévir contre l'humour présente un second paradoxe. Le rire est souvent lui-même un châtement, une sanction sociale. Le rire est une forme de « justice immanente » pour reprendre le mot de Blondel (1988). En fait, railler autrui, le tourner en dérision, c'est ni plus ni moins le punir. Comme le souligne Bergson (1997) : « *Le rire est, avant tout, une correction. Fait pour humilier, il doit donner à la personne qui en est l'objet une impression pénible*⁴ ». Se moquer d'autrui en le dupant, 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...

Il est un troisième motif de nature à rendre la sanction du rire discutable. 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 violence (Guirlinger, 1999). Comme le mentionne si bien Freud (1953), 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*⁵.

En somme, l'humour s'érige en rempart et rend inutile une riposte violente. Le droit criminel a donc

⁴ D'autres auteurs, tel Elgozy (1979), opinent au même effet : « [...] l'ironie implique la condamnation d'un comportement, d'une personne ou d'une collectivité ».

⁵ L'humour devient une attitude psychique qui « rend superflue la décharge affective » : Freud (1953). Poirier (1984) 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 ». Voir encore Gutwirth (1993) et Bliss (1915).

intérêt à ne pas sévir indûment contre certaines formes d'humour vexatoire, car l'humour se veut fréquemment une alternative au recours à *la violence ou à la menace*.

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 de la dérision suppose-t-elle une réflexion préalable sur les objectifs mesurés du droit criminel.

2. Les fondements de la sanction

2.1 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.

Il est un premier écueil à vouloir sévir contre n'importe quelle mauvaise plaisanterie. Faire tomber systématiquement la dérision vexatoire et les paroles outrancières dans le giron du droit criminel présente un double risque, à savoir la banalisation de l'action du droit pénal et la dénaturation de la notion même de crime. Le droit criminel n'a pas l'ambition de se faire l'arbitre du bon goût. La répression de l'impertinence n'est guère de son ressort. Aussi ne suffit-il pas que l'humour soit malavisé 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.

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 ambitions mesurées⁶ qui obéissent, au surplus, à des impératifs 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

⁶ 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 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.).

Canada: le Parlement canadien, les provinces et parfois même 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 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 criminel⁷.

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 la sanction civile, la sanction administrative, la sanction disciplinaire et la sanction 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 criminel⁸. Ce faisant, elle laisse impunies les simples « erreurs de jugement »⁹.

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 « minimes », « insignifiants » ou « négligeables »¹⁰.

L'appréhension du péril ne saurait non plus être gratuite: une crainte « raisonnée » de préjudice est indispensable¹¹. 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.*¹²

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.

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 »¹³ et les paroles déplacées, sans pour autant élaborer de théorie ou de critères universels en la matière. Il est pourtant avéré que le crime de menaces ou celui de complot ne sauraient se contenter de paroles prononcées sans conviction¹⁴. 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 racolage¹⁵, d'incitation de mineur à un contact sexuel¹⁶ ou de leurre sexuel commis

¹² Telle est l'opinion défendue par les juges LeBel et Deschamps dans le *Renvoi relatif à la Loi sur la procréation assistée*, 2010 CSC 61, par. 240.

¹³ 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.

¹⁴ Des paroles menaçantes prononcées à la blague ne sauraient valoir de condamnation à leur auteur (voir *infra*, partie 3.2.2.3). La plaisanterie fait pareillement échec à une condamnation pour complot. La personne qui convient avec autrui de la perpétration d'un crime échappe à toute sanction, si son acquiescement résulte de sa volonté de badiner: *États-Unis d'Amérique c. Dynar*, [1997] 2 R.C.S. 462; *R. c. J.F.*, 2011 ONCA 220; 269 C.C.C. (3d) 258, par. 74 (demande d'autorisation de pourvoi à la Cour suprême du Canada accordée); *R. c. O'Brien*, [1954] R.C.S. 666; Rainville (2005).

¹⁵ *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.; requête en autorisation de pourvoi à la Cour suprême du Canada rejetée), au sujet de l'art. 213 (1) C.cr. Le courant minoritaire incarné dans l'affaire *Archer*, (1997) 34 W.C.B. (2d) 339; [1997] O.J. n° 1472 (C. just. Ont.), est insoutenable: Rainville 2005.

¹⁶ 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 caught by the section [...] » *R. c. E.P.*, 2011 ONCJ 179, par. 28 (C. just. Ont.).

⁷ *R. c. Zundel*, [1992] 2 R.C.S. 731, 774.

⁸ Pour une illustration en matière d'abus de confiance, voir *R. c. Boulanger*, 2006 CSC 32, par. 54 et 58.

⁹ Entre autres exemples, voir *R. c. Boulanger*, 2006 CSC 32, par. 52, 56 et 67; *R. c. Vermette (P.-Y.)*, (1994) 63 Q.A.C. 231, 236 (C.A. Qué.).

¹⁰ *R. c. Malmo-Levine*; *R. c. Caine*, [2003] 3 R.C.S. 571, par. 133. 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.

¹¹ Voir les commentaires formulés dans le *Renvoi relatif à la Loi sur la procréation assistée*, 2010 CSC 61, par. 236 et 237.

sur internet¹⁷. De la même manière, l'infraction de fraude n'est point consommée si le fraudeur 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 conseil¹⁸.

Cette mansuétude relative envers l'humour 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 battent par plaisanterie et se blessent par mégarde¹⁹.

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 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.

¹⁷ 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.

¹⁸ *R. c. Théroux*, [1993] 2 R.C.S. 5, 26.

¹⁹ Voir la circonspection affichée en la matière dans l'affaire *R. c. Paice*, [2005] 1 R.C.S. 339, par. 12.

2.2 Les ambitions démesurées du rire

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 sécurité²⁰; il tance la morale²¹, tout comme il prend des libertés avec le patrimoine d'autrui²². 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 agréées²³ et leur remplacement à la faveur de celles meublant l'univers du rieur. Comme le souligne avec à-propos Blondel (1988), l'humour passe par la « *transgression des normes et la substitution de règles nouvelles* ». Telle est d'ailleurs la 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 société²⁴. 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

²⁰ 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 (Rainville, 2005).

²¹ Qu'il suffise de songer à l'exhibitionnisme ou à certains spectacles indécents. Voir la jurisprudence analysée par Rainville (2005).

²² 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 Rainville (2005).

²³ 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. En fait, l'humour emprunte souvent à la bravade.

²⁴ Comme le rappelle Nguyen (1955) : « Le rire est un jugement de valeur. Et l'échelle de valeur, qui donc me la fournirait sinon moi-même [...] ».

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. (Château, 1950).

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. En somme, à l'évaluation du préjudice redouté s'ajoute normalement l'évaluation de degré de dangerosité du dessein du moqueur²⁵. Entre alors en scène le profil psychologique du farceur.

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.

2.2.1 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 instant²⁶. 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.

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 cette forme 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 immédiate²⁷.

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 réprovoque 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

particularités essentielles consiste à ne nous leurrer qu'un moment ». Comme le précise aussi Zijdeveld (1983) : « [...] *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* ».

²⁷ 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; Rainville (2005).

²⁵ Cette double évaluation renvoie à des développements qui dépassent l'ampleur de la présente étude. Ce thème est approfondi dans l'ouvrage précité (Rainville, 2005).

²⁶ Freud (1953) résume habilement la pensée du philosophe allemand : « Kant dit du comique en général qu'une de ses

principe implicite²⁸. L'humour *facilement repérable* échappe à toute sanction. Un exemple suffira. Le récent 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 d'une activité terroriste; des paroles floues semblent dès lors exclues du champ de l'incrimination²⁹. À ces exigences s'en greffe une troisième: le dessein de l'accusé d'intimider autrui. Cette intention spécifique 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, haine). Cette étude sera 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.

3. Les bornes de la répression

Deux catégories d'affront retiendront 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.

3.1 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 châtiment 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* rendue 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

²⁸ 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 (Rainville, 2005).

²⁹ 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 (C. prov. C.-B.), par. 42.

« 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 »³⁰. En somme, une agression supposerait de l'hostilité envers la victime.

La Cour d'appel du Québec infirme l'acquiescement 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'acquiescer l'appelant au motif que les gestes sont anodins ou ne sont posés que pour jouer. La plus ou moins grande gravité des gestes ne peut être prise en considération qu'à l'étape de la peine*³¹.

Un premier enseignement se dégage de cette cause: 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'infraction. 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 affaire. 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'affaiblissement 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. (Freud 1953).

Soit que le farceur ignore le tort créé à sa « victime »³², 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 moque de la dignité sexuelle d'autrui : son geste témoigne de ce que la dignité sexuelle de la victime n'importe guère³³. 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

³² 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 » (Château, 1950).

³³ 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 glisser sa main dans sa jupe; l'agression est jugée de nature sexuelle malgré sa prétention comme quoi il ne faisait que plaisanter. Cf. pareillement la cause *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 récusé 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*, 2010 QCCA 138 (C.A. Qué.): 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 Desrosiers (2009); *R. c. Wayne*, (2004) 181 Man. R. (2d) 274; [2004] M.J. n° 85 (B.R. Man.; autorisation de pourvoi à la Cour d'appel du Manitoba refusée); *R. c. Nguyen*, (2000) 50 W.C.B. (2d) 362 (B. R. Alb.). *Contra, semble*: *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 : cf. notre étude de l'acquiescement prononcé dans l'affaire *Rawlinson* (Rainville, 2005) ainsi que la clémence et le sens de la nuance affichés dans les affaires *R. c. Raike*, [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.).

³⁰ 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.).

³¹ Formulée dans l'arrêt *R. c. Bernier*, [1997] R.J.Q. 2404, 2410 (C.A.), cette proposition est de jurisprudence constante. Voir pareillement *LSJPA-102*, 2010 QCCA 138 (C.A. Qué.).

l'humiliation recherchée³⁴. Au demeurant, le préjudice ressenti présente une ampleur suffisante pour donner lieu à une action en dommages et intérêts³⁵.

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 de fait. Par exemple, l'entartage destiné à humilier autrui est punissable du crime de voies de fait³⁶. Cette infraction existe pour préserver autant la dignité³⁷ 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.* »³⁸. 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 que s'il s'accompagne d'une transgression de la sphère corporelle de la victime³⁹.

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 fait simples, il y a lieu, selon nous, de différencier la volonté de *taquiner*

et la volonté de *ridiculiser*⁴⁰. 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. La conduite reprochée ne présente pas les traits de la criminalité⁴¹. 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 cité⁴². Ce moyen de défense est celui de la croyance en « la tolérance » de la victime⁴³ : 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'humour⁴⁴.

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

⁴⁰ Cette remarque concerne les voies de fait simples visées à l'art. 265(1) C.cr. et exclut donc le crime d'agression sexuelle. Nous nous en expliquons *infra*, note 42.

⁴¹ Comme le souligne, de façon quelque peu apparentée, Favre (1995) : « *Les ennemis du rire manquent de souplesse [...]* ».

⁴² 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.).

⁴³ 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.

⁴⁴ 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* » : Wilson (1979). Penjon (1893) 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.* ».

³⁴ Voir les observations de la juge de première instance relatées dans l'affaire *LSJPA-102*, 2010 QCCA 138.

³⁵ *Larocque c. Côté*, [1996] R.J.Q. 1930 (C. sup. Qué.); *Vachon c. Perreault*, J.E. 84-39 (C. prov. Qué.).

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

³⁷ Des crachats au visage répondent à la définition des voies de fait : *R. c. Stewart*, [1988] R.J.Q. 1123 (C.S.P. Qué.).

³⁸ À rapprocher de la position du théoricien Hobbes que relate Smadja (1996).

³⁹ Cette observation se limite à la portée du crime de voies de fait énoncé à l'art. 265 (1) a) C.cr.

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.

3.2 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.

3.2.1 L'affront à la réputation

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* 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 criminel contraires à la liberté d'expression, tandis que d'autres textes d'incrimination ont été refaçonnés sous l'impulsion prétorienne⁴⁵ de manière à ne plus porter atteinte aux garanties constitutionnelles.

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 fautive 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 criminelle⁴⁶. L'article 181 C.cr. dispose d'une portée démesurée attentatoire à la liberté d'expression⁴⁷. 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* »⁴⁸. 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 d'une protection constitutionnelle. Une incrimination contraire à la liberté d'expression souffrira d'inconstitutionnalité si elle ne sévit pas contre des comportements suffisamment graves⁴⁹.

L'incrimination de la dérision obéit à des conditions supplémentaires. 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 offerte par le législateur, le libelle diffamatoire consiste à exposer autrui « au ridicule » en ayant recours notamment à « l'ironie »⁵⁰. 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

comparé: R. c. *Zundel*, [1992] 2 R.C.S. 731, 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.

⁴⁸ Voir les observations en ce sens formulées par les juges majoritaires dans l'arrêt R. c. *Zundel*, [1992] 2 R.C.S. 731, 774 et 776.

⁴⁹ R. c. *Zundel*, [1992] 2 R.C.S. 731, 774 et 776.

⁵⁰ 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*, [1998] 1 R.C.S. 439, par. 55.

⁴⁵ Le droit prétorien est le droit de facture jurisprudentielle.

⁴⁶ Voir les commentaires formulés dans l'arrêt R. c. *Zundel*, [1992] 2 R.C.S. 731, 755, 756 et 775.

⁴⁷ La Cour fera remarquer, au surplus, que l'article 181 C.cr. est une disposition isolée en l'état actuel du droit pénal

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 assertions⁵¹. Un second article a été déclaré contraire à la Charte canadienne, car il n'exigeait aucunement la preuve de la diffusion du texte incriminé⁵². 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 indispensable⁵³. 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 railler⁵⁴. La simple vexation de la victime n'est donc pas motif à condamnation et la cruauté de l'auteur du texte ne saurait davantage suffire⁵⁵. 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 entachée⁵⁶.

La volonté de diffamer est ensuite indispensable⁵⁷. 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'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. L'humour déplacé n'est donc pas interdit en soi⁵⁸.

La détermination de la culpabilité du prévenu fait appel à une appréciation dite « subjective »⁵⁹. La vérification des connaissances de l'accusé s'avère ainsi indispensable. 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 question⁶⁰. Cette règle formulée dans l'arrêt *Lucas* est empreinte de circonspection. Un

⁵¹ 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 dans la jurisprudence. Voir notamment *R. c. Prior*, (2008) 57 C.R. (6th) 387; [2008] N.J. n° 134 (C. sup. T.-N & Lab.).

⁵² L'article 299 c) C.cr. souffre donc d'invalidité partielle: *R. c. Lucas*, [1998] 1 R.C.S. 439, par. 84 à 87.

⁵³ La Cour suprême est ainsi amenée à départager la simple insulte et l'insulte grave assimilée à un outrage: *R. c. Lucas*, [1998] 1 R.C.S. 439, par. 79 et 82.

⁵⁴ La Cour suprême reconnaît l'inconstitutionnalité d'une partie de l'article 299 c) C.cr.: *R. c. Lucas*, [1998] 1 R.C.S. 439, 476 à 478.

⁵⁵ À défaut de se rendre coupable de diffamation, l'auteur du texte répréhensible s'exposera parfois à une condamnation pour menace ou harcèlement. Voir *R. c. Lucas*, [1998] 1 R.C.S. 439, 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.).

⁵⁶ 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*, [1998] 1 R.C.S. 439, 476.

⁵⁷ L'inculpé doit *entendre* outrager la victime et non seulement l'insulter: *R. c. Lucas*, [1998] 1 R.C.S. 439, par. 81.

⁵⁸ D'où le caractère discutable 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 rendue: « *To Lawrence Eckardt, who, by closing his mind to justice, his eyes to fairness, and his ears to equality, has encouraged the belief that the law is not only blind, but also deaf, dumb and stupid. Let history judge your actions - then appeal* ». 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*.

⁵⁹ *R. c. Lucas*, [1998] 1 R.C.S. 439, par. 99.

⁶⁰ Ces nuances sont formulées dans l'arrêt *R. c. Lucas*, [1998] 1 R.C.S. 439, par. 102.

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.

À l'ironie malveillante s'oppose pourtant 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 verbal de l'imprévoyance. Aussi le sort réservé aux paroles irréflechies 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.

3.2.2. L'affront à la sécurité

Le droit pénal ne saurait faire abstraction du profil psychologique du rieur. L'étourderie, l'immatunité, 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 l'autre⁶¹. Elle souhaite plutôt faire ressortir certains traits psychologiques susceptibles de démentir la *mens rea* requise pour une infraction donnée.

La question se pose 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.

Une réponse affirmative s'impose à l'occasion encore que tout soit fonction de l'élément mental

commandé par l'infraction reprochée⁶².

La faculté d'anticipation du rieur sera souvent en cause. Nietzsche affirme, non sans raison, que « *Rire signifie: se réjouir d'un préjudice, mais avec une bonne conscience* ». Il n'empêche: les paroles prononcées sont parfois le fait de l'étourderie ou de l'immatunité. L'auteur de propos irréflechis 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 profile.

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

3.2.2.1 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 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'aéronef⁶³.

⁶² 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 3.1.

⁶³ Aussi l'acquiescement 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: art. 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 et la jurisprudence analysée par Rainville (2005).

⁶¹ Le lecteur intéressé par ce thème pourra consulter notre étude plus fouillée parue en 2005.

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 au crime, les menaces ou encore le trafic de stupéfiants. Les propos lancés à la blague ne traduisent normalement pas la prise en compte des conséquences exigées par de telles infractions⁶⁴. 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.

3.2.2.2 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 proprement 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 acquittement⁶⁵.

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 (1997) dans son livre consacré à l'ironie :

*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.*⁶⁶

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 égard⁶⁷, *puisque'il en a déjà fait une victime par le rire*⁶⁸.

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.

3.2.2.3 Les paroles menaçantes

La dangerosité de l'humour reproché et la gravité du dessein de l'accusé façonnent pareillement le sort

⁶⁵ Les motifs de l'acquittement sont relatés dans *R. c. Mathe*, (1973) 11 C.C.C. (2d) 427 (C.A. C.-B.).

⁶⁶ Les observations de Jankélévitch sont à rapprocher de celles de Kline (1907) ou des propos de Penjon (1893) : « *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* ».

⁶⁷ Une condamnation pour tentative suppose la volonté de mener à terme l'infraction envisagée : cf. l'art. 24 (1) C.cr.

⁶⁸ 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 ou encore l'introduction par effraction (Rainville, 2005).

⁶⁴ Voir les nombreux exemples jurisprudentiels abordés par Rainville (2005).

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 répréhensible⁶⁹.

Trois catégories de paroles fondent notre analyse : les propos futiles, les propos irréflechis et les propos malicieux. Les paroles futiles échappent à la répression en raison de leur absence objective de gravité. Les affirmations irréflechies demeurent impunies, vu l'absence de dessein criminel du prévenu. Seules les plaisanteries malicieuses méritent la répression en raison de la peur qu'elles entendent insuffler à la victime.

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 corporelles⁷⁰ ou de vandalisme. Au contraire du droit français⁷¹, une seule menace verbale peut entraîner la répression au Canada⁷².

i) Les propos futiles

La détermination du caractère menaçant des paroles prononcées obéit à une analyse présentée comme « objective »⁷³. 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.*⁷⁴

Nombreux sont les facteurs favorisant l'évaluation du caractère objectivement menaçant des propos incriminés. Les rapports entretenus par la victime et l'accusé⁷⁵, la perception des témoins des paroles prononcées⁷⁶, le ton employé, le mode de diffusion privilégié⁷⁷, le réalisme ou non du sort envisagé⁷⁸, la mise en contexte des mots reprochés par rapport à l'ensemble du discours de l'accusé⁷⁹ sont autant de facteurs dignes d'intérêt.

La manière dont les paroles furent prononcées doit d'abord être scrutée. Sera acquitté le prévenu qui riait sans malice au moment des paroles prononcées⁸⁰.

Le contexte revêt pareillement un rôle de premier plan. Une exclamation peut être dépourvue de tout caractère menaçant de par le lieu ou l'activité en

⁶⁹ Le critère de distinction fondé sur « la gravité du dessein du farceur » nécessite force nuances juridiques. Aussi vaut-il mieux renvoyer à notre étude approfondie de ce sujet parue en 2005.

⁷⁰ L'intimidation éprouvée n'est donc pas un facteur de culpabilité. Encore faut-il que la menace ait trait à l'infliction de lésions corporelles ou à la survenance de la mort: *J.P. c. R.*, 2007 QCCA 1803, par. 48 (C.A. Qué.); *R. c. O.F.B.*, (2006) 384 A.R. 102 (C.A. Alb.).

⁷¹ Le législateur français affiche sans ambages sa clémence envers l'auteur de propos irréflechis. Toute 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 restent impunies: Blanchot (1999), par. 16. C'est à la jurisprudence que l'on doit, au Canada, l'impunité des propos irréflechis.

⁷² *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 ».

⁷³ 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. Batista*, (2008) 238 C.C.C. (3d) 97; [2008] O.J. n° 4788, par. 23 à 26 (C.A. Ont.).

⁷⁴ *R. c. Clemente*, [1994] 2 R.C.S. 758, 763.

⁷⁵ *R. c. Felteau*, [2010] ONCA 821 (C.A. Ont.); *R. c. Batista*, (2008) 238 C.C.C. (3d) 97; [2008] O.J. n° 4788 (C.A. Ont.); *R. c. Sather*, 2008 ONCJ 98, 78 W.C.B. (2d) 285 (C. just. Ont.); *R. c. Larkin*, (2005) 251 Nfld. & P.E.I.R. 202 (C. sup. Î.-P.É.).

⁷⁶ *R. c. Batista*, (2008) 238 C.C.C. (3d) 97; [2008] O.J. n° 4788, par. 22 (C.A. Ont.); *R. c. Keeping*, (2006) 70 W.C.B. (2d) 817 (C. prov. T.-N. & Lab.); *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, comme nous nous en expliquons dans la suite de notre texte.

⁷⁷ *R. c. Sather*, 2008 ONCJ 98, 78 W.C.B. (2d) 285 (C. just. Ont.); 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*, (2008) 238 C.C.C. (3d) 97; [2008] O.J. n° 4788 (C.A. Ont.; pose d'affiches dans des lieux publics).

⁷⁸ *J.P. c. R.*, 2007 QCCA 1803 (C.A. Qué.).

⁷⁹ *R. c. Batista*, (2008) 238 C.C.C. (3d) 97; [2008] O.J. n° 4788 (C.A. Ont.).

⁸⁰ *R. c. H. (S.W.)*, (2003) 57 W.C.B. (2d) 190; [2003] N.J. n° 81 (C. prov. T.-N.).

cause. Échappe ainsi à l'emprise du droit criminel l'exaltation d'un spectateur intimant de « tuer l'arbitre », exclamation faite par un partisan trop enthousiaste au cours d'une partie de hockey⁸¹. De la même manière, le mode de diffusion peut 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 politique⁸²; la thèse de la plaisanterie malavisée l'emporte alors sur celle de la menace véritable⁸³.

La futilité des propos de l'accusé peut aussi résulter 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 dit⁸⁴. L'inefficacité patente de la menace devrait ainsi donner droit à l'acquiescement⁸⁵. Ainsi s'explique, selon nous, la

relaxe d'un paraplégique confiné à un fauteuil roulant qui crie à sa voisine de palier qu'il la « giflerait et lui botterait le cul »; les mots ne sont point menaçants vu le contexte et le handicap de la personne qui les prononce⁸⁶. Il convient aussi d'acquiescer 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 menace⁸⁷.

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.

Certaines caractéristiques propres à l'accusé peuvent même 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 maladroitement attribuable à un manque d'éducation ou à des difficultés linguistiques est susceptible de démentir l'existence d'une véritable menace⁸⁸. 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 authentique⁸⁹.

Partant, la mise en perspective des mots incriminés est incontournable. Des paroles ne

⁸¹ Cette illustration est tirée de l'affaire *R. c. Graham*, (1996) 108 C.C.C. (3d) 438, 445 (C. prov. Alb.). 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 parler: *R. c. Keeping*, (2006) 70 W.C.B. (2d) 817; 2006 CanLII 10387 (C. prov. T.-N. & Lab.).

⁸² « [...] 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*, (2008) 238 C.C.C. (3d) 97; [2008] O.J. n° 4788, par. 33 (C.A. Ont.).

⁸³ *R. c. Batista*, (2008) 238 C.C.C. (3d) 97; [2008] O.J. n° 4788 (C.A. Ont.).

⁸⁴ 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. R.*, 2007 QCCA 1803 (C.A. Qué.); *R. c. McCain*, [2001] O.J. n° 2973 (C. just. Ont.).

⁸⁵ Sur l'impunité des menaces irréalistes à leur face même, voir *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*, [2001] O.J. n° 2973 (C. just. Ont.). 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 *Nabis*, [1975] 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., 22 mars 2000, n° 200-01-048647-998). Au même effet: *R. c. Brown*, (2010) 86 W.C.B. (2d) 292 (B.R. Sask.).

⁸⁶ *Abdelhay c. La Reine*, J.E. 96-1210 (C.A.). Comp. *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.

⁸⁷ *Mobarakizadeh c. La Reine*, J.E. 94-816 (C.A.). Comp. *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.); *R. c. Wasyluk*, (2004) 246 Sask. R. 188 (C. prov. Sask.).

⁸⁸ *R. c. Batista*, (2008) 238 C.C.C. (3d) 97; [2008] O.J. n° 4788, par. 22 et 31 (C.A. Ont.).

⁸⁹ *R. c. Doré*, 2010 QCCQ 4568 (C. Qué.).

sauraient être évaluées en faisant abstraction du contexte littéraire dans lequel elles s'inscrivent⁹⁰. L'emplacement précis des mots reprochés et leur mise en perspective par rapport à l'ensemble du texte font partie des facteurs dont l'analyse s'impose⁹¹, à défaut de quoi une condamnation pourra être invalidée⁹². Des mots a priori menaçants peuvent perdre leur sens premier s'ils s'insèrent dans un texte caractérisé par la dérision⁹³.

Les impressions et perceptions de l'entourage sont 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 juge⁹⁴.

La méthodologie retenue dans la jurisprudence canadienne actuelle commande quelques observations supplémentaires. Le mode d'analyse linguistique s'est affiné au gré des décisions 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 plus à faire (Lagorrette, 2009; Vincent, 2010). 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 de 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 pourvoi⁹⁵. 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 incriminé⁹⁶...

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 qualification du dessein de l'accusé (*mens rea*) devient alors l'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. Telle est l'hypothèse des propos irréfléchis.

⁹⁰ Aussi faut-il le plus souvent différencier l'allégorie et la menace: *J.P. c. R.*, 2007 QCCA 1803, par. 48 (C.A. Qué.).

⁹¹ *R. c. Batista*, (2008) 238 C.C.C. (3d) 97; [2008] O.J. n° 4788, par. 41 et 44 (C.A. Ont.).

⁹² *R. c. Batista*, (2008) 238 C.C.C. (3d) 97; [2008] O.J. n° 4788 (C.A. Ont.). La question de savoir si les propos du prévenu 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 une pure question de fait: *R. c. Kafé*, (1996) 106 C.C.C. (3d) 569, [1996] A.Q. n° 83 (C.A. Qué.); *Brochu c. La Reine*, J.E. 97-1841 (C.A.). Un second courant estime qu'il s'agit plutôt d'une question de droit favorisant l'intervention des tribunaux supérieurs: *R. c. Felteau*, [2010] ONCA 821 (C.A. Ont.); *R. c. Brown*, (2010) 86 W.C.B. (2d) 292 (B.R. Sask.); *R. c. Batista*, (2008) 238 C.C.C. (3d) 97; [2008] O.J. n° 4788 (C.A. Ont.). La solution susceptible de l'emporter est possiblement dictée par une analogie. La question de savoir si des paroles constituent de l'incitation à la haine relève d'une question de droit (*Mugesera c. Canada*, 2005 CSC 40, par. 111). Partant, la question de savoir si des propos ont la teneur d'une menace devrait être pareillement qualifiée 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, etc.: *Mugesera c. Canada*, 2005 CSC 40, par. 106 à 111).

⁹³ *R. c. Batista*, (2008) 238 C.C.C. (3d) 97; [2008] O.J. n° 4788, par. 22 et 44 (C.A. Ont.).

⁹⁴ *R. c. Batista*, (2008) 238 C.C.C. (3d) 97; [2008] O.J. n° 4788, par. 26 (C.A. Ont.).

⁹⁵ Voir l'*obiter dictum* formulé à cet effet dans l'arrêt *R. c. Batista*, (2008) 238 C.C.C. (3d) 97; [2008] O.J. n° 4788, par. 46 (C.A. Ont.): « *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.

⁹⁶ Ce paradoxe est à l'œuvre dans l'affaire *R. c. Batista*, (2008) 238 C.C.C. (3d) 97; [2008] O.J. n° 4788, par. 46 (C.A. Ont.).

ii) Les propos irréflechis

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

Les paroles irréflechies 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 de ses paroles.

Le tribunal ne peut se contenter du sens apparent des mots prononcés pour sévir⁹⁷. Force lui est de s'interroger sur la portée que souhaitait leur donner le prévenu lui-même⁹⁸.

La volonté d'intimider autrui fait figure d'élément essentiel du crime. Autant l'existence d'une menace s'aborde objectivement, autant il importe ensuite de s'assurer de la portée que l'inculpé entendait insuffler à ses paroles. La répression est subordonnée à la preuve de l'intention de l'accusé d'être pris au sérieux⁹⁹ : les paroles prononcées à la blague ne sont aucunement visées par l'article 264.1 C.cr.¹⁰⁰.

⁹⁷ *Dyckow c. La Reine*, R.J.P.Q. 96-111 (C.A. Qué.); 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'accusé; *R. c. Mathurin*, (1990) 11 W.C.B. (2d) 490 (C.A. Qué.) (acquiescement de celui qui dit à son ancienne compagne qu'elle allait « 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); *R. c. Medeiros*, (2000) 37 C.R. (5th) 53; [2000] O.J. n° 2697 (C. just. Ont.).

⁹⁸ *R. c. Range*, (1998) 37 W.C.B. (2d) 365, [1998] B.C.J. n° 361 (C.A. C.-B.): « First, it is not merely what the words spoken to another would convey but what the appellant meant or intended by them »; *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 (C.A. Qué.). Le jury doit être informé de cette nuance: *R. c. Range*, (1998) 37 W.C.B. (2d) 365, [1998] B.C.J. n° 361 (C.A. C.-B.); *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 jury: *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.

⁹⁹ Cette exigence semble avoir été formulée pour la première fois dans l'affaire *R. c. Underwood*, [1987] B.C.J. n° 2972, (1987) 4 W.C.B. (2d) 266 (C. cté C.-B.).

¹⁰⁰ *R. c. Lis*, (2004) 63 W.C.B. (2d) 143; [2004] O.J. n° 3821 (C. just. Ont.); *R. c. H. (S.W.)*, (2003) 57 W.C.B. (2d) 190; [2003]

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.¹⁰¹. Seule compte l'intention d'effrayer autrui. S'amuser à faire craindre le pire à la victime suffit donc à rendre le mauvais plaisant coupable¹⁰².

Le degré de prise de conscience de l'accusé suppose quelques remarques supplémentaires. Sa perception du sens de ses paroles 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, selon nous, suffire à le faire condamner¹⁰³. 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 criminel. Cette infraction obéit au principe classique du droit pénal canadien selon lequel un crime d'intention spécifique ne saurait se satisfaire de l'insouciance du prévenu¹⁰⁴. Le crime de menaces exige l'intention spécifique d'intimider autrui. La Cour suprême préconise la définition suivante dans l'arrêt *McCraw*: « Une menace est un moyen d'intimidation visant à susciter un sentiment de crainte chez son destinataire¹⁰⁵ ». Et la Cour de renchérir dans l'arrêt *Clemente*: « La menace est une

N.J. n° 81 (C. prov. T.-N.); *R. c. P. (T.)*, (2001) 50 W.C.B. (2d) 542; [2001] O.J. n° 1316 (C.A.); *R. c. Clemente*, [1994] 2 R.C.S. 758, par. 7, 8 et 12. La récente infraction de canular terroriste obéit aux mêmes considérations: *supra*, partie 2.2.1.

¹⁰¹ *Bonneville c. La Reine*, J.E. 96-1856 (C.A.); *Mercier-Rémy c. La Reine*, [1993] R.J.Q. 1383 (C.A.). La Cour suprême avait interprété pareillement le prédécesseur de l'article 264.1 C.cr.: *R. c. Nabis*, [1975] 2 R.C.S. 485.

¹⁰² 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 *supra*, partie 2.2.1.

¹⁰³ *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.); Rainville (2005).

¹⁰⁴ Ce principe est passé en revue dans Côté-Harper, Rainville et Turgeon (1998), p. 426-427 et 694-700; *R. c. Roach*, [2004] O.J. n° 2566 (C.A. Ont.); *R. c. Lamontagne*, J.E. 99-2308 (C.A. Qué.); *R. c. Czarniecki*, (1999) 42 W.C.B. (2d) 459; [1999] M.J. n° 232 (B.R. Man.); *R. c. Diaz-Pena*, J.E. 99-1220 (C.S. Qué.).

¹⁰⁵ *R. c. McCraw*, [1991] 3 R.C.S. 72, 81 et 82 (notre soulignement).

manifestation par laquelle on marque à quelqu'un sa colère, avec l'intention de lui faire craindre le mal qu'on lui prépare¹⁰⁶ ».

La finalité des propos du prévenu est donc déterminante. Il leur faut se vouer à l'intimidation d'autrui. La simple insouciance ne semble donc aucunement visée.

Cette juste part de retenue se comprend. L'article 264.1 C.cr. réprime l'expression d'une pensée¹⁰⁷. Au contraire du crime de voies de fait¹⁰⁸, 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 insouciance. 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 condamnation¹⁰⁹.

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.

Un autre danger guette le droit criminel.

La thèse de l'humour s'improvise aisément : il est extrêmement facile de l'inventer de toutes pièces. Rien de plus aisé que d'alléguer avoir voulu blaguer à

l'époque des événements¹¹⁰. Aussi le juge pénal est-il porté à requérir des indices à l'appui de la thèse de la plaisanterie. L'ivresse de l'accusé est du nombre de ces indices¹¹¹. L'ébriété d'un individu le poussera parfois à prononcer des paroles menaçantes par simple boutade ou plaisanterie. La perspective que son interlocuteur prenne la menace au sérieux peut lui échapper vu son ébriété.

Le tempérament de l'accusé est un second repère, selon qu'il est du genre violent¹¹², blagueur ou irascible. La question de savoir s'il est porté à des excès de langage revêt une importance indiscutable¹¹³. L'entourage importe aussi, tel le fait que l'interlocuteur de l'accusé n'ait pas pris la menace au sérieux¹¹⁴ ou que des témoins des paroles de l'accusé aient cru à du badinage de sa part¹¹⁵. Du reste, la règle du doute raisonnable demeure maîtresse. Toute ambiguïté quant au sérieux des paroles de l'inculpé doit lui profiter.

¹¹⁰ « [...] 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” [...] » Cette citation de l'auteur Fry est reprise par Vogel (1989).

¹¹¹ R. c. Doré, 2010 QCCQ 4568 (C. Qué.); R. c. McRae, [2010] B.C.J. n° 725 (C. sup. C.-B.); R. c. Monaco, (2008) 173 C.R.R. (2d) 131; [2008] O.J. n° 2120 (C. just. Ont.); R. c. Fournier, J.E. 97-1024 (obiter); Dyckow c. La Reine, R.J.P.Q. 96-111 (C.A.); 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.).

¹¹² R. c. Felteau, [2010] ONCA 821 (C.A. Ont.); R. c. Blanchard, [1993] Y.J. no 145 (C. terr. Yuk.). À l'inverse, l'absence d'antécédents violents du prévenu amènera parfois à douter de sa volonté d'intimider autrui. En guise d'exemples, cf. R. c. Michel, (2011) 92 W.C.B. (2d) 703, 2011 YKTC 4, par. 21 et 22 (C. terr. Yuk.); R. c. Taylor, [1998] B.C.J. n° 2988 (C. prov. C.-B.) (avocat poursuivi pour menaces).

¹¹³ R. c. Taylor, [1998] B.C.J. n° 2988 (C. prov. C.-B.); R. c. Shaw (K.E.), (1992) 135 A.R. 161, 162 (C.A.); R. c. Underwood, [1987] B.C.J. n° 2972, (1987) 4 W.C.B. (2d) 266 (C. cté C.-B.).

¹¹⁴ LSJPA – 1026, (2010) 93 W.C.B. (3d) 128, 2010 QCCA 1241 (C.A. Qué.); R. c. Doré, 2010 QCCQ 4568 (C. Qué.); R. c. Lis, (2004) 63 W.C.B. (2d) 143; [2004] O.J. n° 3821 (C. just. Ont.); R. c. Beyo, [1996] O.J. no 4942 (C. just. Ont., div. prov.); R. c. Shaw (K.E.), (1992) 135 A.R. 161 (C.A.); R. c. Underwood, [1987] B.C.J. n° 2972, (1987) 4 W.C.B. (2d) 266 (C. cté C.-B.).

¹¹⁵ R. c. H. (S.W.), (2003) 57 W.C.B. (2d) 190; [2003] N.J. n° 81 (C. prov. T.-N.); R. c. Danis (N.W.T.S.C.), [1993] N.W.T.J. n° 69 (C. sup. T.N.-O.); R. c. Underwood, [1987] B.C.J. n° 2972, (1987) 4 W.C.B. (2d) 266 (C. cté C.-B.); un témoin de la conversation est d'avis que l'inculpé et sa compagne ne font que se chicaner verbalement).

¹⁰⁶ La Cour suprême du Canada fait sienne cette définition tirée du dictionnaire *Le Nouveau Petit Robert* dans l'affaire R. c. Clemente, [1994] 2 R.C.S. 758, 761 (notre soulignement).

¹⁰⁷ Cf. les propos du juge Beetz dans l'arrêt R. c. Nabis, [1975] 2 R.C.S. 485, au sujet de la disposition à laquelle a succédé l'article 264.1 C.cr.

¹⁰⁸ L'article 265(1b) C.cr. définit ainsi l'agression : « Commet des voies de fait [...] quiconque [...] 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 (C.A. C.-B.); R. c. Doré, 2010 QCCQ 4568, par. 32 à 38 (C. Qué.); 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.). Telle est l'interprétation dominante donnée à l'article 265(1b) C.cr. malgré les réserves de certains auteurs : G. 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. Nabis, [1975] 2 R.C.S. 485.

¹⁰⁹ R. c. Roach, [2004] O.J. n° 2566 (C.A. Ont.); R. c. Lamontagne, J.E. 99-2308 (C.A. Qué.); R. c. Sauvageau, J.E. 97-24 (C. Qué.); Lessard c. La Reine, C.A. Qué., n° 200-10-000029-806, 12 juillet 1982; Colvin et Anand (2007), p. 536.

Il convient enfin de s'intéresser aux rapports entre l'humour et la colère.

iii) Les propos colériques et les propos badins : dissemblances et similitudes

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* » (Gutwirth 1993).

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 irréflectis¹¹⁶. 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, mais bien les propos consacrés à l'intimidation. L'emportement de l'accusé peut fort bien l'empêcher de constater la teneur de ses paroles et surtout leur répercussion dans l'esprit de la victime¹¹⁷.

¹¹⁶ 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 » : *R. c. Nabis*, [1975] 2 R.C.S. 485, 493. Ce souci n'a pas échappé à la jurisprudence ultérieure de la Cour suprême du Canada qui s'emploie à disculper tout individu qui prononce des propos menaçants à la blague.

¹¹⁷ « *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*, [1998] B.C.J. n° 2988 (C. prov. C.-B.). Les acquittements prononcés à l'endroit d'inculpés s'étant emportés sont courants : *LSJPA – 1026*, (2010) 93 W.C.B. (3d) 128, 2010 QCCA 1241 (C.A. Qué.) ; l'intention d'exprimer sa frustration ne saurait équivaloir, en soi, à l'intention d'intimider son interlocuteur ; *R. c. Mleinek*, (2010) 87 W.C.B. (2d) 406, 2010 CM 3003 (C. mart.) ; *R. c. Nieuwendorp*, (2009) 87 W.C.B. (2d) 404, 2009 CM 1011 (C. mart.) ; *R. c. Sather*, 2008 ONCJ 98, 78 W.C.B. (2d) 285 (C. just. Ont.) ; *R. c. Désormeaux*, 2007 CanLII 43064 (C. mun. Qué.) ; *Roy c. R.*, 2006 QCCS 2628 (C.S. Qué.) ; *R. c. Tucker*, (2006) 69 W.C.B. (2d) 871 (C. prov. T.-N. & Lab.) ; *R. c. Botelho*, (2006) 70 W.C.B. (2d) 360 (C. just. Ont.) ; *R. c. Bozic*, (2005) 386 A.R. 147 ; [2005] A.J. n° 1257, par. 35 (C. prov. Alb.) ; *R. c. Wasyluk*, (2004) 246 Sask. R. 188 (C. prov.) ; *R. c. Hoyles*, [2004] N.J. n° 354 (C. prov. T.-N.) ; *Sigouin c. La Reine*, J.E. 2002-916 (C.S.) ; *R. c. P. (T.)*, (2001) 50 W.C.B. (2d) 542 ; [2001] O.J. n° 1316 (C.A.) ; *R. c. Medeiros*, (2000) 37 C.R. (5th) 53 ; [2000] O.J. n° 2697 (C. just. Ont.) ; *R. c. O'Connor*, [1998] O.J. n° 6198 (C. just. Ont., div. prov.) ; *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*, R.J.P.Q. 96-

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

Tout propos irréflecti échappe par définition à l'article 264.1 C.cr. Les paroles prononcées à la blague ou sous le coup de l'emportement ne sont donc pas les seules jouissant de l'impunité. Toute parole prononcée à la légère donne droit à l'acquiescement. Des propos de prime abord menaçants (« Je vais te tuer si tu ne te tais pas ») tiennent parfois de l'insulte et non de la menace à proprement parler. Il en est 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 paroles¹¹⁸.

La parole peut même, du reste, faire 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 menaçante¹¹⁹.

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

111 (C.A.) ; *R. c. Beyo*, [1996] O.J. n° 4942 (C. just. Ont., div. prov.) ; *R. c. Payne-Binder*, (1991) 7 C.R. (4th) 308 (C.A. Yuk.) ; *R. c. Lee*, C. dist. Ont. (juge Flinn), 19 janvier 1988, inédit, tel que résumé dans l'affaire *R. c. MacKinnon*, (1989) 75 Nfld. & P.E.I.R. 195 (C.A. Î.-P.-É.) ; *R. c. Texeira*, (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).

¹¹⁸ En guise d'exemples, voir *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*, 2009 QCCQ 10478 (C. Qué.) ; insultes ponctuelles) ; *R. c. Tucker*, (2006) 69 W.C.B. (2d) 871 (C. prov. T.-N. & Lab.) ; *R. c. Moshos*, [2004] J.Q. n° 9880 (C. Qué.) ; menaces « vides de sens » afin d'avoir le dernier mot lors d'une série d'invectives) ; *R. c. Nidal*, 2004 CanLII 58286 (C. mun. Qué.) ; obiter dictum), et *R. c. Underwood*, [1987] B.C.J. n° 2972, (1987) 4 W.C.B. (2d) 266 (C. cté C.-B.) ; invectives habituelles).

¹¹⁹ *R. c. Sather*, 2008 ONCJ 98, 78 W.C.B. (2d) 285 (C. just. Ont.) ; l'inculpé se réfugie sur Facebook pour tenir, par dépit, des propos apparemment menaçants à l'égard d'une personne qu'il ne cherche aucunement à intimider lors de leurs rencontres multiples). Rapp. *R. c. Lee*, (2010) 89 W.C.B. (2d) 209, 2010 ONCJ 291 (C. just. Ont.).

3.2.2.4 Les énoncés ironiques

L'indulgence du droit envers l'humour immature ou irréfléchi se constate par l'impunité offerte aux propos inconsidérés. 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 édulcoré.

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 peut 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* » (Jankélévitch, 1997).

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 sécurité. 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.

i) L'ironie et la haine

Le législateur canadien interdit le fait de fomenter « volontairement » la haine contre un groupe identifiable¹²⁰. De nombreuses balises enserrent l'action répressive. L'article 319 (2) C.cr. se limite premièrement aux « *formes d'expression les plus intentionnellement extrêmes*¹²¹ » sans s'immiscer, de surcroît, dans les conversations privées¹²². Le vocable « haine » reçoit par ailleurs une acception particulière en droit pénal canadien. 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*¹²³ ».

Au surplus, la formulation de propos haineux ne consomme point l'infraction¹²⁴. 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*¹²⁵. La vocation des propos importe tout autant que leur teneur : il leur faut être *destinés* à l'éclosion de la haine. Le droit pénal s'intéresse à la finalité des paroles incriminées, non point à leur effet. Le crime interdit la « fomentation » de la haine. Cette expression signifie, selon la jurisprudence la plus autorisée, le fait de promouvoir activement la détestation¹²⁶. 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 haine¹²⁷. La finalité des propos intéresse donc, au premier chef, *l'élément matériel* du crime¹²⁸.

L'élément mental n'est pas en reste. La jurisprudence l'a soigneusement délimité¹²⁹. L'indifférence de l'accusé quant aux répercussions de ses paroles ne constitue pas, en l'occurrence, un état d'esprit suffisamment blâmable¹³⁰. Il lui faut rechercher l'éclosion de la haine ou encore prévoir 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

fortiori exclus du champ de la répression. Aussi le juge doit-il expliquer au jury qu'une expression déplaisante ne saurait suffire (*R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697, 778). Une condamnation ne saurait non plus être prononcée au seul motif que le juge désapprouve les propos ou les considère « offensants » : *Mugesera c. Canada*, 2005 CSC 40, par. 103.

¹²⁵ *Mugesera c. Canada*, 2005 CSC 40, par. 101.

¹²⁶ *Mugesera c. Canada*, 2005 CSC 40, par. 101.

¹²⁷ *R. c. Ahenakew*, (2008) 227 C.C.C. (3d) 428; [2008] S.J. n° 9 (C.A. Sask.). 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 répression. Cf. encore *R. c. Ahenakew*, [2009] S.J. n° 105 (C. prov. Sask.).

¹²⁸ Voir les nuances de bon aloi formulées dans l'arrêt *R. c. Ahenakew*, (2008) 227 C.C.C. (3d) 428; [2008] S.J. n° 9, par. 20, 48 et 49 (C.A. Sask.).

¹²⁹ 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.

¹³⁰ L'insouciance affichée à l'égard du retentissement vraisemblable des paroles prononcées ne saurait se traduire par une condamnation : *R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697, 775; *R. c. Buzzanga and Durocher*, (1979) 49 C.C.C. (2d) 369 (C.A. Ont.) *Mugesera c. Canada*, 2005 CSC 40, par. 104. En revanche, l'aveuglement volontaire pourrait asseoir un verdict de culpabilité : *R. c. Elms*, (2006) 217 C.C.C. (3d) 217; [2006] O.J. n° 3635, par. 21 (C.A. Ont.); *R. c. Harding*, (2002) 160 C.C.C. (3d) 225 (C.A. Ont.).

¹²⁰ L'article 319 (3) C.cr. prévoit certains moyens de défense tirés de contextes particuliers.

¹²¹ Cette balise est posée dans l'arrêt *R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697, 783.

¹²² Est uniquement visée la « communication de déclarations autrement que dans une conversation privée » : art. 319 (2) C.cr.

¹²³ *Mugesera c. Canada*, 2005 CSC 40, par. 101; *R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697, 778. L'incitation à la haine ne se limite pas toutefois à l'incitation à la violence : *R. c. Noble*, [2008] B.C.J. n° 294, par. 48 (C. sup. C.-B.).

¹²⁴ *R. c. Ahenakew*, (2008) 227 C.C.C. (3d) 428; [2008] S.J. n° 9, par. 48 et 49 (C.A. Sask.). Des propos de moindre gravité sont a

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 certaine¹³¹ ».

Le procès de l'ironie n'est pas inenvisageable pour autant¹³². 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 la minorité franco-ontarienne. 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 municipal et à faire bâtir l'école malgré l'opposition 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 communauté¹³³.

La Cour d'appel de l'Ontario casse le verdict de culpabilité et ordonne un nouveau procès. Afin de se rendre coupables, il eut 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 condamner¹³⁴, autant il en ira autrement si sa faculté d'anticipation¹³⁵ 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.

ii) 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.

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

Jankélévitch (1997) 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

¹³¹ R. c. Keegstra, [1990] 3 R.C.S. 697, 777.

¹³² Ce thème n'est pas sans rappeler celui de l'incrimination de l'ironie sous le couvert de la diffamation (voir la partie 3.2.1) ou sous le couvert du crime de menaces (cf. l'acquiescement prononcé dans l'arrêt *Batista* abordé *supra*, partie 3.2.2.3).

¹³³ 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*, (1979) 49 C.C.C. (2d) 369, 376 (C.A. Ont.).

¹³⁴ Voir la jurisprudence abordée *supra*, note 130.

¹³⁵ 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 130).

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 [...]

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.

iii) 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 [...] » (Freud 1953).

La dissimulation orchestrée n'est pas sans aléas. Sans le vouloir, l'ironie favorise l'incompréhension. Comme le souligne Guérard (1998) : « *Le discours ironique est fragile, donc risqué : malentendus en cascade, absence ou mauvaise réception du message [...]* ».

Cet écueil est tout droit tiré de la ruse empruntée par l'ironiste¹³⁶. L'ironie et le mensonge possèdent un trait commun : l'un et l'autre emploient la dissimulation. Là cesse pourtant le parallèle. Autant le menteur entend tromper son interlocuteur, autant l'ironiste espère lui faire connaître le fond de sa pensée. L'ironie ne participe donc pas du mensonge. Il y a certes dissimulation mais non pas duperie¹³⁷.

¹³⁶ « 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 Robrieux (1998).

¹³⁷ Le Blanc (1998) 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).* » 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

L'ironie « *consent à être comprise, mais non directement* »¹³⁸. Elle se fait donc plus subtile que le cynisme¹³⁹ en privilégiant une « moquerie tacite » (Margat, 1998). 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...

Cet effort d'interprétation interpelle au premier chef le juriste. Le droit criminel n'a d'autre choix que de reconnaître les vellétés nobles de l'ironie en dépit de ses maladresses possibles¹⁴⁰. 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 vigilance. 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 s'aborder de pair avec l'ambiguïté*

« 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.). 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.

¹³⁸ Cette heureuse formulation de Kierkegaard est relatée par Margat (1998). 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. À rapprocher de la critique de la « fausse ironie » formulée par M. 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. »

¹³⁹ « *Sans sournoiserie aucune [...], le cynisme manifeste au contraire une moquerie affichée, impertinente et sans équivoque* » (Margat 1998).

¹⁴⁰ Comp. l'acquiescement prononcé en appel dans l'affaire *Batista*, (2008) 238 C.C.C. (3d) 97 ; [2008] O.J. n° 4788 (C.A. Ont.) : l'ironie est repérée et l'humour en présence s'oppose à une condamnation pour menaces.

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.* » (Wilson 1979).

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 légère¹⁴¹. 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 indiqué.

4. Conclusion

Le « *domaine de l'interdit langagier* » (Vincent, 2010) 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 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 criminel¹⁴² ; il s'impose à plus forte raison lorsque l'élément infractionnel se résume à de simples paroles¹⁴³.

Un deuxième seuil a trait à la gravité du dessein du prévenu. Sans vouloir exposer une règle valable pour l'infraction des infractions criminelles¹⁴⁴, 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'inculpé¹⁴⁵, l'intention spécifique permet de départager les desseins discutables et les desseins proprement criminels. Cette notion 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 relaxe¹⁴⁶. D'autre part, l'absence de dessein proprement criminel peut aussi se traduire par un acquittement. Les paroles irréfléchies et les propos insensés bénéficient, le plus souvent, de cette distinction juridique.

Cette catégorisation a pour effet bénéfique de laisser en marge du droit criminel, la dérision inconsidérée, le non-conformisme et l'impertinence. Un comportement dérogatoire 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 proscrire, sans que le droit ne se soucie parallèlement de l'étude de la volonté précise du prévenu. 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 incontournable s'en ajoute une seconde. Le sens apparent des termes n'est pas forcément celui envisagé par l'inculpé. C'est sans

¹⁴¹ Rappr. *Mugesera c. Canada*, 2005 CSC 40, par. 106.

¹⁴² 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*, (2003) 176 C.C.C. (3d) 232, 241 (C.A. Ont.).

¹⁴³ À rapprocher des enseignements de la Cour suprême au sujet du crime de leurre sexuel réalisé informatiquement (*R. c. Legare*, 2009 CSC 56, par. 31 à 35 et 41). *Adde* le passage de l'affaire *E.P.* cité *supra*, note 16.

¹⁴⁴ La dangerosité du dessein 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 (Rainville, 2005).

¹⁴⁵ Le pénaliste Hugues Parent (2007) 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.* » (p. 192-193).

¹⁴⁶ Voir notre analyse de l'arrêt *Mathe* (crime de tentative) *supra*, partie 3.2.2.2, ainsi que *R. c. Pake*, (1995) 103 C.C.C. (3d) 524 (C.A. Alb., au sujet du crime de racolage prévu à l'art. 213 (1) C.cr.); Rainville (2005).

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. L'auteur de paroles désinvoltes peut très bien s'attendre à ce qu'elles ne soient pas prises au sérieux¹⁴⁷.

Le droit ne peut dès lors se désintéresser des « *interprétations du dicible et de l'indicible*¹⁴⁸ ». Au contraire de certaines infractions réglementaires¹⁴⁹, 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 employés.

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 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 paradoxe¹⁵⁰ 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* » (Bergeret 1973). Partant, l'humour ne se décèle pas forcément aisément.

¹⁴⁷ *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*, [1993] 2 R.C.S. 5, 21 et 26; R. c. *Clemente*, [1994] 2 R.C.S. 758; R. c. *McCraw*, [1991] 3 R.C.S. 72.

¹⁴⁸ Cette formulation habile est tirée des travaux de Vincent (2010).

¹⁴⁹ Voir, par exemple, les infractions à la législation aéronautique abordées *supra*, note 63.

¹⁵⁰ Comme le souligne Vogel (1989) en faisant sienne une réflexion de Fry: « [...] because of this playful nature [...] humor must necessarily be paradoxical ».

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 problématique¹⁵¹. Rappelons que la mystification consiste, entre autres, à braquer une arme à feu en feignant de vouloir tirer, à faire disparaître le bien d'autrui, 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 droit¹⁵²...

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'audience.

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 certitude¹⁵³. S'il est vrai que la preuve de l'élément mental *peut* se déduire des propos du prévenu, à moins d'explication contraire de sa part¹⁵⁴, le sens premier des mots prononcés ne suffit pas forcément à emporter une

¹⁵¹ Au contraire de l'ironie et de la mystification, le calembour possède un double sens explicite. Cette triple différenciation est formulée par Grojnowski (1997).

¹⁵² 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'imite, 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 [...]* » (Jankélévitch, 1997; accentuation dans l'original).

¹⁵³ 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. *Starr*, 2000 CSC 40, par. 242; R. c. *Lifchus*, [1997] 3 R.C.S. 320.

¹⁵⁴ *Mugesera c. Canada*, 2005 CSC 40, par. 105; R. c. *Pake*, (1995) 103 C.C.C. (3d) 524, 530 et 531 (C.A. Alb.); R. c. *Clemente*, [1994] 2 R.C.S. 758; R. c. *Théroux*, [1993] 2 R.C.S. 5, 18 et 21.

condamnation¹⁵⁵. 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. 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 gestes¹⁵⁶. 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 incriminés¹⁵⁷ et, au premier chef, du degré de réflexion de l'inculpé quant au sens de ses paroles *et* quant à leurs répercussions prévisibles.

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 aucunement¹⁵⁸.

¹⁵⁵ Cf. la jurisprudence citée *supra*, notes 97, 98, 117, 118 et 119, ainsi que *LSJPA – 1026*, (2010) 93 W.C.B. (3d) 128, 2010 QCCA 1241 (C.A. Qué.).

¹⁵⁶ *R. c. Robinson*, [1996] 1 R.C.S. 683.

¹⁵⁷ *LSJPA – 1026*, (2010) 93 W.C.B. (3d) 128, 2010 QCCA 1241 (C.A. Qué.); *R. c. Noble*, (2010) 88 W.C.B. (3d) 592, 2010 MBCA 60 (C.A. Man.); *R. c. Sather*, 2008 ONCJ 98, 78 W.C.B. (2d) 285 (C. just. Ont.). Certains indices favorisent 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. 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 dans la dernière partie de notre ouvrage paru en 2005). 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'acquiescement.

¹⁵⁸ En témoigne l'arrêt *R. c. Bryan*, (1993) 83 C.C.C. (3d) 66 (C.A. Ont.). Deux détenus conversent dans une prison dans l'attente de leur procès. L'un d'eux 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

Les enseignements de la Cour suprême du Canada sur le mensonge participent du même principe. Un mensonge n'est pas forcément un parjure¹⁵⁹. Il est admis que le menteur puisse – parfois – vouloir attirer ainsi l'attention du juge sur la fausseté de ses dires¹⁶⁰. 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 contrainte. 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 vérité*¹⁶¹ ». 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. (Laurens, 2008).

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.

Références

ANOUILH, J. (1991), *Ornifle ou le courant d'air*, Mayenne, Éditions de la Table ronde.

BERGERET, J. (1973), « Pour une métapsychologie de l'humour », *Revue française de psychanalyse*, vol. 37, p. 539.

BERGSON, H., (1997), *Le rire*, 9^e éd., Paris, Quadrige, P.U.F.

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.

¹⁵⁹ *R. c. Morrisette*, 2011 QCCQ 1692 (C. Qué.) de pair avec la jurisprudence analysée dans cette décision.

¹⁶⁰ *R. c. Hébert*, [1989] 1 R.C.S. 233, 235.

¹⁶¹ Freud (1953) dira de même qu'il est possible de dire la vérité au moyen d'un mensonge.

- BLANCHOT, A. (1999), « Menaces », *Jurisclasseur Pénal*, art. 222-17 et 222-18.
- BLISS, S. (1915), «The Origin of Laughter», (1915) 26 *American Journal of Psychology* 236.
- BLONDEL, E. (1988), *Le risible et le dérisoire*, Paris, P.U.F.
- CARBONNIER, J. (2001), *Flexible droit*, 10^e éd., Paris, L.G.D.J.
- CHÂTEAU, J. (1950), «Le sérieux et ses contraires », *Revue philosophique*, vol. 140, p. 441-465.
- COLVIN, E. ET ANAND, S., (2007), *Principles of Criminal Law*, 3^e éd., Toronto, Thomson Carswell.
- CÔTÉ-HARPER, G, RAINVILLE, P., TURGEON, J. (1998), *Traité de droit pénal canadien*, 4^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais.
- DESROSIERS, J. (2009), *L'agression sexuelle en droit canadien*, Cowansville, Éditions Yvon Blais.
- ELGOZY, G. (1979), *De l'humour*, Paris, Denoël.
- FAVRE, R. (1995), *Le rire dans tous ses éclats*, Lyon, Presses de l'Université de Lyon.
- FREUD, S. (1953), *Le mot d'esprit et ses rapports avec l'inconscient*, 15^e éd., Abbeville, Gallimard.
- GROJNOWSKI, D. (1997), *Aux commencements du rire moderne. L'esprit fumiste*, Paris, Librairie José Corti.
- GUÉRARD, C. (1998) dans *L'ironie. Le sourire de l'esprit*, Paris, Éditions Autrement (préface).
- GUURLINGER, L. (1999), *De l'ironie à l'humour, un parcours philosophique*, Nantes, Éditions Pleins Feux.
- GUTWIRTH, M. (1993), *Laughing Matter. An Essay on the Comic*, Ithaca, Cornell University Press.
- JANKÉLÉVITCH, V. (1997), *L'ironie*, Manchecourt, Flammarion.
- KLINE, L. (1907), «The Psychology of Humor», *American Journal of Psychology*, vol. XVIII, p. 421.
- LAGORGETTE, D. (2010), « « Le crime est dans l'oeil de celui qui regarde le dessin »: l'analyse linguistique pour les tribunaux dans les procès Siné (2009) », *Langage et société*, vol. 132, p. 77-99.
- LAURENS, C. (2008), *Philippe*, Paris, Gallimard.
- LE BLANC, G. (1998), «Le premier étonnement» dans *L'ironie. Le sourire de l'esprit*, Paris, Éditions Autrement, p. 22-40.
- MARGAT, C. (1998), «Esthétiques de la provocation» dans *L'ironie. Le sourire de l'esprit*, Paris, Éditions Autrement, p. 61-77.
- MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*.
- NIETZSCHE (1997), *Le gai savoir («la gaya scienza»)*, Gallimard, coll. Folio Essais.
- NGUYEN, A. (1955), «Le rire et la dérision» dans *L'évolution psychiatrique*, Paris, Privat, p. 67-118.
- PAGNOL, M. (1990), *Notes sur le rire*, Paris, Éditions de Fallois, Paris.
- PARENT, H., (2007), *Traité de droit criminel, La culpabilité (actus reus et mens rea)*, 2^e éd., Montréal, Éditions Thémis.
- PENJON, A. (1893), «Le rire et la liberté», *Revue philosophique* 113.
- POIRIER, René (1984), «Recherches et réflexions sur le rire, le risible, le comique et l'humour», *Bulletin de la Société française de Philosophie*, t. 78.
- RAINVILLE, P. (2005), *Les humeurs du droit pénal au sujet de l'humour et du rire*, Québec, Presses de l'Université Laval; Cowansville, Éditions Yvon Blais.
- ROBRIEUX, J.-J., (1998) «Plume satirique» dans *L'ironie. Le sourire de l'esprit*, Paris, Éditions Autrement, p. 140-159.
- SMADJA, E. (1996), *Le rire*, 2^e éd., Paris, P.U.F.
- VINCENT, D. (2010), « Mésinterprétation, plagiat, insulte et diffamation: objets de litiges et matériaux de linguistes », *Langage et société*, vol. 132, p. 35-49.
- VOGEL, S. (1989), *Humor: A Semiogenetic Approach*, Bochum, Studienverlag Dr. Norbert Brockmeyer.
- WILSON, C. (1979), *Jokes. Form, Content, Use and Function*, Londres, Academy Press, 1979.
- ZIJDERVELD, A. (1983), «The Sociology of Humour and Laughter», *La sociologie contemporaine (Current Sociology)*, vol. 31, n°3, p. 1-103.