Document generated on 07/17/2025 8:20 p.m.

Les Cahiers de droit

Droit et droiture : le critère de la malhonnêteté et la fraude criminelle

Pierre Rainville

Volume 33, Number 1, 1992

URI: https://id.erudit.org/iderudit/043130ar
DOI: https://doi.org/10.7202/043130ar

See table of contents

Publisher(s)

Faculté de droit de l'Université Laval

ISSN

0007-974X (print)
1918-8218 (digital)

Explore this journal

Cite this article

Rainville, P. (1992). Droit et droiture : le critère de la malhonnêteté et la fraude criminelle. *Les Cahiers de droit*, *33*(1), 189–230. https://doi.org/10.7202/043130ar

Article abstract

The aim of this article is to reconcile the need in criminal law to impose a single standard of honesty applicable to everyone with the requirement not to punish a person lacking a morally culpable mind.

This study emphasizes the links between private law and some property offences as well as the relevance of such links in the interpretation of criminal law. The offence of fraud set out in section 380 (1) of the *Criminal Code* does not purport to protect the complete range of prerogatives normally associated with property rights, it is concerned solely with the prejudicial economic consequences of despoliation. Penal sanctions are, therefore, properly restricted to those acts, the reprehensible nature of which the accused is capable of recognizing. The dishonesty in the agent's mind is a reflection of the creation and anticipation of a risk of prejudice to someone else's financial interests. This criterion satisfies both the need to punish only those who have a blameworthy state of mind and that of ensuring that criminal law rests on well defined and stable principles.

Tous droits réservés © Faculté de droit de l'Université Laval, 1992

This document is protected by copyright law. Use of the services of Érudit (including reproduction) is subject to its terms and conditions, which can be viewed online.

https://apropos.erudit.org/en/users/policy-on-use/

This article is disseminated and preserved by Érudit.

Érudit is a non-profit inter-university consortium of the Université de Montréal, Université Laval, and the Université du Québec à Montréal. Its mission is to promote and disseminate research.

https://www.erudit.org/en/

Droit et droiture : le critère de la malhonnêteté et la fraude criminelle*

Pierre RAINVILLE**

Le présent article a pour but de concilier l'impératif d'imposer une norme d'honnêteté d'application générale en matière de fraude criminelle avec l'exigence de discerner un état d'esprit proprement blâmable de la part de l'inculpé.

La démarche de l'auteur débouche sur l'étude des liens qu'entretiennent certaines infractions contre les biens et le droit privé afin d'en faire ressortir la pertinence au moment de l'interprétation de la règle de droit pénal. La fraude selon l'article 380 (1) du Code criminel *ne protège pas la plénitude des prérogatives normalement rattachées au droit de propriété : elle ne s'attarde qu'aux conséquences économiques néfastes de la spoliation. L'avantage de n'entendre protéger en droit criminel que certains attributs précis du droit de propriété est de confiner la répression pénale à ces seuls actes où l'accusé est à même d'en reconnaître le caractère répréhensible. Subordonner la malhonnêteté des intentions du fraudeur à la création et à l'anticipation d'un risque de préjudice à l'endroit des intérêts patrimoniaux d'autrui ménage tant la nécessité de retrouver chez l'accusé un état d'esprit blâmable que la recherche de critères stables et permanents en droit pénal.*

The aim of this article is to reconcile the need in criminal law to impose a single standard of honesty applicable to everyone with the requirement not to punish a person lacking a morally culpable mind.

* L'auteur tient à remercier le professeur Jacques Gagné de la Faculté de droit de l'Université Laval de même que M^e^ Marie-Nicole Ragusich à la suite des commentaires qu'ils lui ont aimablement transmis à l'occasion de leur lecture d'une version préalable du présent texte.

** Étudiant de troisième cycle à l'Université d'Oxford.

Les Cahiers de Droit, vol. 33 n° 1, mars 1992, p. 189–230
(1992) 33 *Les Cahiers de Droit* 189

This study emphasizes the links between private law and some property offences as well as the relevance of such links in the interpretation of criminal law. The offence of fraud set out in section 380 (1) of the Criminal Code *does not purport to protect the complete range of prerogatives normally associated with property rights, it is concerned solely with the prejudicial economic consequences of despoliation. Penal sanctions are, therefore, properly restricted to those acts, the reprehensible nature of which the accused is capable of recognizing. The dishonesty in the agent's mind is a reflection of the creation and anticipation of a risk of prejudice to someone else's financial interests. This criterion satisfies both the need to punish only those who have a blameworthy state of mind and that of ensuring that criminal law rests on well defined and stable principles.*

Pages

1. Le vocabulaire juridique et ses lacunes : l'emploi des mots « objectif » et « subjectif » dans le contexte de la fraude 191

2. Le cadre du débat juridique et ses failles : les notions d'intention générale et d'intention spécifique 193

3. Le test dit objectif 194

4. Le test subjectif « complémentaire » : la théorie subjective de la malhonnêteté 196

5. Le droit anglais : un modèle non transposable 199
5.1 La définition de la malhonnêteté : une question de fait ou de droit ? 200
5.2 Les failles d'une théorie subjective de la malhonnêteté 209
5.2.1 La théorie subjective absolue 209
5.2.1.1 Le souci d'une protection égale en faveur des membres de la société 210
5.2.1.2 Le souci d'imposer une norme de droiture unique et d'application générale 211
5.2.2 La théorie subjective atténuée : le principe de l'arrêt *Ghosh* 211
5.3 Conclusion à l'égard du modèle anglais 214

6. Les recommandations de la Commission de réforme du droit 215
6.1 Le rapport *Le vol et la fraude* 216
6.2 Le projet de code de 1987 : une seconde proposition 218

7. L'ébauche d'une solution nouvelle fondée sur la prise délibérée d'un risque à l'égard des intérêts patrimoniaux d'autrui 219
7.1 L'intention de rembourser eu égard à la nécessité d'un état d'esprit malhonnête 222
7.2 La croyance de l'accusé en la ratification de ses gestes 225
7.3 Les « autres moyens dolosifs » de l'article 380 (1) du *Code criminel* 226

Conclusion : les difficultés liées à un rapprochement des notions de malhonnêteté en matière de vol et de fraude en droit pénal canadien 228

De la parenté des mots devrait découler celle des concepts qu'ils incarnent. Le doute s'installe pourtant à l'étude des liens qu'entretiennent le droit et la droiture. L'affinité de ces deux termes ne se traduit pas sans difficulté sur le plan juridique comme en font foi les embûches que rencontre la jurisprudence actuelle en matière de fraude criminelle. Il faut dès lors se demander comment restituer au droit et à la droiture une complicité qui ne se confine pas à l'étymologie.

Le droit et la droiture s'accommoderaient fort bien l'un à l'autre si ce n'était que le droit s'est aussi lié par une promesse : celle de ne sévir qu'à l'endroit de ceux dont l'état d'esprit est moralement blâmable au moment de commettre une infraction.

Le présent article se propose d'examiner s'il est possible de concilier l'impératif juridique d'imposer pénalement une norme d'honnêteté d'application générale avec l'exigence d'un état d'esprit proprement blâmable de la part du prévenu.

Toute faussée qu'elle soit, la conviction d'un accusé que son comportement n'est pas malhonnête revêt-elle une importance quelconque à l'occasion de l'étude de la *mens rea* de la fraude ? L'attention doit-elle se porter sur le jugement de valeur qu'a pu porter l'inculpé au sujet de sa conduite[1] ?

Il se trouve sur cette question des arrêts de toutes tendances en droit comparé. La jurisprudence canadienne est elle-même vacillante par moments. Nous entreprendrons d'abord un survol des divers tests possibles avant de faire l'esquisse de la solution qui nous semble devoir prévaloir en droit canadien.

1. Le vocabulaire juridique et ses lacunes : l'emploi des mots « objectif » et « subjectif » dans le contexte de la fraude

Le flou des expressions juridiques est tel qu'on pourrait croire que le test dit objectif de la malhonnêteté fait fi de la nécessité de prouver la connaissance personnelle de l'inculpé par rapport à chaque élément essentiel de la fraude. C'est que les expressions « test objectif » et « test subjectif » embrouillent plus qu'elles n'éclairent la nature du critère utilisé.

Il est indéniable que la Couronne doit établir le caractère intentionnel de la perpétration de la fraude. L'accusé doit avoir une connaissance personnelle des circonstances donnant lieu à la fraude. Cette exigence se manifeste à deux niveaux.

1. L'article 380 (1) C.cr. réprouve la fraude en ces termes : « Quiconque, par supercherie, mensonge ou autre moyen dolosif, constituant ou non un faux semblant au sens de la présente loi, frustre le public ou toute personne, déterminée ou non, de quelque bien, argent ou valeur [...] ».

D'une part, l'usage d'un moyen dolosif ne doit pas l'être par inadvertance[2]. Au cas de mensonge, par exemple, la connaissance personnelle de la fausseté des représentations est obligatoire[3]. La théorie de l'aveuglement volontaire peut évidemment entrer en jeu[4].

D'autre part, la connaissance personnelle qu'a l'inculpé des conséquences de son geste doit être aussi établie. L'inculpé doit savoir que la spoliation de la victime est de nature à nuire aux intérêts patrimoniaux de cette dernière[5]. Il doit avoir anticipé les répercussions financières vraisemblables de son geste à l'égard de la victime. L'accusé n'a certes pas à connaître l'ampleur ou la teneur précise du préjudice auquel il expose sa victime. Il suffira qu'il sache qu'un préjudice à l'égard des intérêts patrimoniaux de la victime est une conséquence vraisemblable de son comportement. Là encore, la théorie de l'aveuglement volontaire peut venir faciliter cette preuve.

C'est donc en ce sens que l'exigence du caractère intentionnel de la fraude ne saurait faire aucun doute en droit canadien.

Ne pas tenir compte de l'évaluation personnelle que fait l'inculpé de sa conduite ne revient donc pas à rendre objective la preuve de la mens rea *de l'accusé.* Sa connaissance personnelle de la fausseté de ses représentations ou de son recours à une tricherie de même que son anticipation d'un risque de préjudice à l'endroit des avoirs de la victime font partie intégrante de la *mens rea*. Seule l'*opinion* de l'inculpé au sujet de gestes qu'il a faits sciemment et en pleine connaissance des risques qu'ils entraînaient pour la victime est jugée sans pertinence[6].

La véritable question n'est donc pas de savoir si le test est subjectif, mais bien s'il doit y avoir un *test subjectif complémentaire* qui tienne

2. Ce sujet sera repris à la partie 7.3.
3. *Daigle* c. *La Reine*, [1987] R.J.Q. 2374 (C.A.), (1987) 39 C.C.C. (3d) 542; *R.* v. *Bahinipaty*, (1987) 56 Sask. R. 7 (C.A.).
4. P. RAINVILLE, « Les aléas de la fraude en droit criminel », (1986) 27 *C. de D.* 813, 832-834; D. DOHERTY, « The Mens Rea of Fraud », (1983) 25 *Crim. L.Q.* 348, 356-357; J.D. EWART, *Criminal Fraud*, Toronto, Carswell, 1986, pp. 146-150.
5. Voir les extraits des arrêts *Long*, *infra*, note 127, et *Olan*, *infra*, note 32; *Champagne* c. *La Reine*, C.A. Québec, n° 200-10-000057-856, 21 octobre 1987, J.E. 87-1200 (C.A.); *R.* v. *Zimmerman*, (1979) 4 W.C.B. 311 (C. cté Ont.; pourvoi rejeté par la Cour d'appel de l'Ontario dans un jugement non motivé); *Ouellette* c. *La Reine*, C.A. Montréal, n° 500-10-000072-882, 21 septembre 1990, J.E. 90-1550 (C.A.), p. 8 des motifs du juge Beauregard: « l'intention malhonnête délibérée d'agir au préjudice du patrimoine d'autrui »; P. RAINVILLE, *loc. cit.*, note 4, 834-835.
6. Cet argument est repris à la partie 7. Il se rapproche des propos de G. WILLIAMS, *Textbook of Criminal Law*, 2e éd., Londres, Stevens, 1983, pp. 727-728: « The subjective approach to criminal liability, properly understood, looks to the defendant's intention and to the facts as he believed them to be, not to his system of values. »

compte d'une manière ou d'une autre de l'opinion du prévenu. Nous désignerons ce test subjectif complémentaire sous le nom de la « théorie subjective de la malhonnêteté ». Le mot « objectif » n'est donc employé dans les pages qui suivent que pour marquer le rejet du test subjectif complémentaire.

2. Le cadre du débat juridique et ses failles : les notions d'intention générale et d'intention spécifique

Certains arrêts ont abordé récemment le problème de la théorie subjective de la malhonnêteté en se plaçant sur le terrain de l'intention générale et de l'intention spécifique. Dans *R.* v. *Long*, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique semble se croire obligée de conclure que la fraude est un crime d'intention générale afin de rejeter la théorie subjective de la malhonnêteté[7]. Dans les affaires *Lacombe* et *Théroux*, la Cour d'appel paraît assimiler elle-même l'intention spécifique et la théorie subjective de la malhonnêteté[8].

Les concepts d'intention générale et d'intention spécifique sont en l'occurrence de bien mauvais repères. C'est que *la fraude peut fort bien être un crime d'intention spécifique sans que la théorie subjective de la malhonnêteté ne soit retenue pour autant.* Le passage suivant des motifs du juge Lebel dans l'arrêt *Champagne* c. *La Reine* l'illustre très bien : « Le texte même de l'article 338 (1) C.cr. [dorénavant 380 (1) C.cr.] [...] exige la preuve d'une intention bien déterminée, *spécifique*, celle de tromper, d'induire en erreur par des moyens que l'on sait *ou que l'on doit connaître comme malhonnêtes*[9]. »

La fraude est indubitablement un crime d'intention spécifique[10]. L'accusé doit avoir poursuivi un dessein précis : celui de provoquer la spoliation de la victime. L'emploi de moyens dolosifs doit tendre dans l'esprit du prévenu à une fin précise : la dépossession de la victime. Il ne suffit d'ailleurs pas de vouloir induire en erreur, ce qui est l'objet du mensonge ou de la réticence ; encore faut-il agir ainsi afin de frustrer autrui d'un bien, d'argent ou d'une valeur.

---

7. *R.* v. *Long*, (1990) 61 C.C.C. (3d) 156.
8. *R.* c. *Lacombe*, C.A. Montréal, nº 500-10-000288-868, 13 novembre 1990, J.E. 90-1732 (C.A.), (1990) 60 C.C.C. (3d) 489 ; *Théroux* c. *La Reine*, [1991] R.J.Q. 79 (C.A.), (1990) 61 C.C.C. (3d) 525 (requête en autorisation de pourvoi à la Cour suprême accordée le 23 mai 1991).
9. *Champagne* c. *La Reine*, précité, note 5, 10 ; l'italique est de nous.
10. *Champagne* c. *La Reine*, précité, note 5 ; *R.* v. *Zaritec Industries Ltd.*, (1975) 24 C.C.C. (2d) 180, 192 (Alb. C.A.) ; *R.* v. *Stewart*, (1989) 246 A.P.R. 6 (P.E.I.S.C.) ; *R.* v. *Kozar*, [1987] Ont. D. Crim. Conv. 5505-02 (C. distr. Ont.).

Le dessein de provoquer la dépossession ou la spoliation d'autrui est par ailleurs le seul qu'il importe à la Couronne de prouver. Il n'est nullement nécessaire d'établir que le prévenu était animé du désir de causer une perte financière à sa victime[11]. Tout comme il n'est pas requis de prouver que l'inculpé entendait s'enrichir grâce à son comportement. Le désir d'avantager un tiers ne disculpe sûrement pas l'accusé[12].

Les concepts d'intention générale et d'intention spécifique ne résolvent donc pas d'eux-mêmes la question devant laquelle nous nous trouvons. C'est une chose de dire que l'accusé doit avoir eu l'intention spécifique de spolier la victime ; c'en est une tout autre de soutenir qu'il doit avoir eu l'intention spécifique d'agir malhonnêtement[13]. La classification de la fraude en tant que crime d'intention spécifique est indéniable ; n'en découle pas pour autant l'adoption de la théorie subjective de la malhonnêteté.

3. Le test dit objectif

L'approche objective nie toute importance à l'opinion qu'a pu se faire l'inculpé sur le caractère honnête ou malhonnête de ses gestes. Ici et là note-t-on en jurisprudence canadienne une certaine propension à l'endroit de ce critère.

Dans l'arrêt *R.* c. *Lemire*[14], Lemire, directeur de la Police des liqueurs du Québec, avait présenté une demande d'augmentation salariale. Le premier ministre de l'époque, Maurice Duplessis, s'était dit d'accord pour augmenter le revenu de Lemire ; comme il craignait toutefois que l'octroi d'une augmentation de salaire comme telle n'ait un effet d'entraînement auprès d'autres fonctionnaires, il proposa à Lemire de soumettre de faux comptes de dépenses afin de parvenir à la même fin. L'accusé se prêta à

11. *R.* c. *Olan*, [1978] 2 R.C.S. 1175, 1182 ; *Wai Yu-tsang* v. *R.*, [1991] 4 All E.R. 664 (Conseil privé). Il faut néanmoins prouver que l'accusé est au fait du risque de préjudice pécuniaire auquel il expose le patrimoine de la victime : *supra*, note 5, et la partie 7. La possibilité de recourir à cet égard à la théorie de l'aveuglement volontaire renforce l'idée voulant que le *désir* de nuire aux intérêts d'autrui n'est pas nécessaire.
12. *Hamelin* c. *La Reine*, [1965] B.R. 979. À rapprocher de l'article 1 (2) du *Theft Act 1968* (R.-U.), 1968, c. 60.
13. Les motifs suivants de l'affaire *Théroux* font peu de cas de cette distinction essentielle : « Si l'intention de tromper et de transférer à des fins frauduleuses est pertinente, *ou encore* si la conduite doit être délibérément malhonnête, c'est qu'il s'agit là d'une intention spécifique » : précitée, note 8, 85 (R.J.Q.), 534 (C.C.C.) ; l'italique est de nous.
14. *R.* c. *Lemire*, [1965] R.C.S. 174. Voir aussi en ce sens *Richer* c. *La Reine*, C.A. Montréal, n° 500-10-000048-783, 16 juin 1980 ; *R.* v. *Currie*, (1984) 5 O.A.C. 280 ; *R.* c. *Hébert*, C.A. Québec, n° 200-10-000060-843, 5 novembre 1985 ; *Girard* c. *La Reine*, C.A. Québec, n° 200-10-000169-834, 10 avril 1989, J.E. 89-831 (C.A.).

cette simulation jusqu'à ce que son salaire soit officiellement augmenté huit années plus tard. L'accusé plaida qu'il se croyait autorisé d'agir de la sorte ; et il ajouta avoir eu confiance que la situation soit éventuellement régularisée[15]. Mais la Cour suprême repoussa ces deux arguments :

> there is no intent to defraud within the requirement of s. 323 (1) [désormais 380] if the accused person, while deliberately committing an act which is clearly fraudulent, expects that that which he is doing may, at a later date, be validated. To me the very statement of this proposition establishes its error in law.
>
> [...]
>
> To me the idea that it is an answer to a charge of fraud to say that the fraud was suggested by the superior of the accused is completely erroneous in law, as is also the proposition that the Province of Quebec and the public of Quebec were not defrauded by paying, out of public funds, false expense accounts, merely because Lemire's salary was less than what he and his superiors thought it ought to be[16].

La Cour d'appel a fait preuve de la même rigueur dans l'affaire *R.* c. *Dumont*[17]. L'accusé encaisse un chèque du ministère des Travaux publics à la suite de la présentation de fausses réclamations faisant mention de travaux n'ayant jamais eu lieu. L'accusé concède ne pas avoir effectué ces travaux ; mais il rétorque qu'il a prêté un plan à un employé du Ministère dans le cadre de travaux de nettoyage d'une rivière et que ce bon geste lui valait d'être dédommagé. Le juge au procès acquitte le prévenu au motif que le prêt du plan a permis au Ministère d'épargner plus que le montant figurant à la fausse réclamation présentée par Dumont. La Cour d'appel accueille le pourvoi : Dumont ne prétend pas avoir cru en un droit légal d'exiger quelque dédommagement que ce soit et aucune créance n'existait à sa connaissance contre le Ministère. Récemment encore, la Cour d'appel du Québec faisait sien ce raisonnement[18].

La Cour d'appel de la Saskatchewan s'est également montrée très catégorique dans *R.* v. *Bast*. Elle a refusé de faire droit à l'argument voulant que la conduite de l'appelant ne pouvait être malhonnête compte tenu de l'existence d'une pratique répandue dans le milieu au sein duquel travaillait le prévenu : « evidence of widespread abuse of the B.S.P. system

15. Le rejet de l'argument portant sur la croyance de l'accusé en la régularisation éventuelle de ses gestes doit toutefois être revu : voir la partie 7.2.
16. *R.* c. *Lemire*, précité, note 14, 193.
17. *R.* c. *Dumont*, [1967] B.R. 892, (1968) 1 C.C.C. 360.
18. *Girard* c. *La Reine*, précité, note 14. Voir aussi *R.* v. *Shaw*, (1983) 4 C.C.C. (3d) 348, 352 (C.A. N.-B.) ; *Richer* c. *La Reine*, précité, note 14 ; *St-Pierre* c. *La Reine*, C.A. Montréal, n° 500-10-000176-790, 15 juillet 1981, p. 3 des motifs du juge Beauregard : « Le moyen de défense de l'appelant n'en était pas un en droit : on ne peut justifier une fraude en montrant que le mobile de cette fraude n'est pas illégal. » Voir d'ailleurs *Wai Yu-tsang* v. *R.*, précitée, note 11.

in the travel industry cannot justify participation in that abuse where it constitutes a criminal offence[19] ».

Ces décisions attestent du refus de tenir compte de l'opinion que s'est faite l'accusé au sujet du caractère non répréhensible de sa conduite. Une formation de la Cour d'appel de l'Ontario s'est ralliée récemment à cette conception. De manière très laconique, la Cour déclare que l'arrêt de la Cour suprême dans *R.* c. *Vaillancourt*[20] ne signifie pas que la *mens rea* de la fraude exige une intention purement subjective de frauder de la part de l'accusé[21]. Les arrêts *Long* et *Sylvester* sont aussi de la même lignée[22].

4. Le test subjectif « complémentaire » : la théorie subjective de la malhonnêteté

À l'autre extrême se trouvent ceux qui accordent de l'importance à l'opinion que se fait l'accusé de sa conduite au point d'acquitter ce dernier s'il n'estimait pas que son comportement fût répréhensible. Cette approche a bien eu ses adeptes en Angleterre pendant un certain temps[23], mais les dangers qu'elle comporte ont eu tôt fait de favoriser un revirement jurisprudentiel[24]. Le droit pénal n'a pas pour mission d'offrir une échappatoire aux individus les moins scrupuleux de la société au motif qu'ils n'adhèrent pas à la norme d'honnêteté qu'on leur impose.

La Cour suprême du Canada s'est elle-même prononcée contre l'adoption de la théorie subjective de la malhonnêteté dans l'arrêt *Olan* précité. La Cour y exprime à l'unanimité que l'intention de l'inculpé de rembourser sa victime ne saurait valoir comme moyen de disculpation : « l'intention de rembourser n'a jamais permis d'excuser une fraude si la preuve révèle que la conduite de l'accusé a donné lieu à un détournement malhonnête à des fins personnelles. Au mieux, l'intention de rembourser serait retenue pour mitiger la sentence[25]. »

---

19. *R.* v. *Bast*, (1990) 84 Sask. R. 222, 224. La Cour laisse par ailleurs entendre qu'il en irait autrement s'il y avait eu tolérance de la part de la présumée victime. Or, cette preuve n'existait pas en l'espèce.
20. *R.* c. *Vaillancourt*, [1987] 2 R.C.S. 636 (décision rendue en matière de meurtre par interprétation).
21. *R.* v. *Moffat*, (1988) 30 O.A.C. 4.
22. *R.* v. *Sylvester*, (1990) 10 W.C.B. (2d) 447 (C.A. Ont.) ; *R.* v. *Long*, précité, note 7. Ces deux causes sont examinées à la partie 7.
23. *R.* v. *Gilks*, [1972] 3 All E.R. 280 (C.A.) ; *R.* v. *Landy*, [1981] 1 All E.R. 1172 (C.A.). Voir la partie 5.2.1.
24. *R.* v. *Ghosh*, [1982] 2 All E.R. 689 (C.A.). Voir la partie 5.2.2.
25. *R.* c. *Olan*, précité, note 11, 1194. Voir de surcroît *R.* v. *Moffat*, précité, note 21, selon lequel les motifs de l'arrêt *Olan* n'enfreignent pas l'article 7 de la Charte canadienne. Sur l'importance de ne pas citer hors contexte l'extrait mis en exergue de l'arrêt *Olan*, voir la partie 7.1.

Cet extrait fait désormais échec à la prétention d'un accusé *qu'il n'estimait pas sa conduite malhonnête puisqu'il entendait de toute manière rembourser sa victime* ou lui remettre éventuellement l'objet soutiré. Il sera impossible de croire en l'existence de la théorie subjective de la malhonnêteté en droit canadien tant que la Cour suprême s'abstiendra de revenir sur ces propos.

L'éventualité d'un revirement jurisprudentiel est d'autant moins grande que le Conseil privé vient à peine de reprendre à son compte le raisonnement énoncé dans l'arrêt *Olan*. Selon l'affaire *Wai Yu-tsang*, la poursuite d'un mobile légitime ne saurait absoudre celui qui a sciemment occasionné à autrui un risque de préjudice pécuniaire tout en se gardant bien d'en aviser cette personne[25a].

C'est dans cette optique qu'il faut aborder certaines décisions récentes de diverses cours d'appel du pays. Le libellé de quelques-unes d'entre elles pourrait laisser entendre que la théorie subjective de la malhonnêteté semble gagner l'approbation des tribunaux. Une lecture peut-être hâtive de ces jugements paraît de prime abord confirmer cette thèse. Le danger est d'oublier trop facilement de distinguer le test subjectif proprement dit (lequel porte strictement sur les éléments constitutifs de l'infraction) de l'existence d'un test subjectif « complémentaire » qui fait appel au jugement de valeur que peut avoir porté l'accusé sur son geste (la théorie subjective de la malhonnêteté)[26].

Une fois cette distinction faite, il devient évident que les jugements que nous allons aborder s'inscrivent tous dans la lignée de la jurisprudence traditionnelle de la *mens rea* de la fraude : la nécessité de prouver la connaissance *personnelle* de l'accusé des faits constitutifs du moyen dolosif de même que sa propre anticipation d'un risque de préjudice pécuniaire à l'égard du patrimoine de la victime. C'est là leur seule portée malgré une rédaction souvent maladroite.

La Cour d'appel du Québec pose ainsi la question dans *Lacroix* c. *La Reine* : « L'intention spécifique de malhonnêteté est-elle nécessaire ? Autrement dit, peut-on apprécier la malhonnêteté d'un acte objectivement sans égard aux motifs subjectifs de celui qui en est l'auteur ? » Et le juge Chouinard de conclure : « malgré le pléonasme apparent, l'intention coupable doit être sciemment malhonnête. Une conduite négligente ne suffit pas en la matière[27]. » Mais les motifs qui suivent font bien voir que l'accusé

25a. *Wai Yu-tsang* v. *R.*, précité, note 11.

26. Se rappeler la partie 1.

27. *Lacroix* c. *La Reine*, [1989] R.J.Q. 812, 815-816 (C.A.). Le même passage sera repris dans l'affaire *Allard* c. *La Reine*, J.E. 91-164 (C.A.).

n'avait jamais songé faire encourir à la banque avec laquelle il transigeait quelque risque de préjudice que ce soit. L'obtention non autorisée de crédit dont il s'était avantagé grâce à un stratagème d'ailleurs conçu par le directeur local de la banque avait précisément pour but de permettre à l'accusé de renflouer son entreprise et d'acquitter ainsi ses dettes auprès de l'établissement bancaire : « Jamais [...] l'un et l'autre n'ont cru à l'échec de l'entreprise de l'appelant et à une perte quelconque de la banque, escomptant l'amélioration future de la situation[28] ».

Il eût certes mieux valu parler en termes d'« anticipation personnelle du risque de préjudice » pour éviter de laisser croire que l'inculpé doive avoir été convaincu de la malhonnêteté de son geste avant de pouvoir être condamné. Mais l'arrêt n'a rien d'inédit en soi. Il fait, au contraire, une application juste de principes consacrés[29].

Les mêmes remarques peuvent être formulées à l'endroit de l'arrêt *R.* c. *Bobbie*. La Cour d'appel de l'Ontario y déclare ce qui suit :

> proof of dishonesty requires not only proof that the acts be judged objectively dishonest but also proof that the appellant knew the act was dishonest and intended to act dishonestly. They [les jurés] were never told, as they ought to have been, that their determination of whether the appellant's conduct was dishonest required that they determine what he knew, what he believed and a finding as to his state of mind[30].

À la lecture de ces motifs, la Cour semble épouser la thèse proprement subjective de la malhonnêteté. Il n'en est pourtant rien si l'on poursuit la lecture afin de découvrir les reproches précis de la Cour d'appel à l'égard des directives du juge aux jurés qui sont ainsi exprimés :

> it was misdirection for the trial judge to instruct the jury as he did regarding the relevance of the evidence as to *the appellant's belief he was acting in the best interests of his company*, that the board would ratify his actions, the absence of any personal gain, and the evidence with respect to the history of the company in making advances in the absence of authority[31].

L'accusé semblait n'avoir jamais cessé d'avoir à cœur l'entreprise de son employeur et ne pas avoir envisagé de risque de perte financière du fait de sa conduite. Voilà qui ne diffère pas de l'arrêt *Olan* où la Cour suprême

28. *Id.*, 816.
29. Il en va ainsi de l'arrêt *Lacombe*, précité, note 8. Cette décision préconise un critère analogue à celui qui a été dégagé dans *Lacroix* c. *La Reine*. Or, la Cour d'appel n'en conclut pas moins dans l'arrêt *Lacombe* à la malhonnêteté de l'appelant car ce dernier avait fort bien envisagé le risque de préjudice financier auquel il soumettait sa victime (voir les pages 496 et 497 de la décision).
30. *R.* v. *Bobbie*, (1988) 43 C.C.C. (3d) 187, 190 (requête en autorisation de pourvoi à la Cour suprême rejetée).
31. *Ibid.* ; l'italique est de nous.

reconnaissait, dans des termes d'une similitude frappante, que le fait de croire que l'on sert les intérêts économiques de la victime est un moyen de défense valable[32].

Reste le cas de ces arrêts qui semblent se rallier au test subjectif complémentaire parce qu'ils citent à l'appui des causes de droit anglais qui y sont favorables[33]. Ces arrêts ne doivent pas être pris au pied de la lettre car ils consacrent tous des solutions qui ne font de toute façon aucun doute en vertu des principes traditionnels[34].

Il importe donc de noter qu'aucune cour d'appel canadienne n'a encore prononcé, à notre connaissance, d'acquittement au motif qu'un accusé jugeait sa conduite non malhonnête et quoiqu'il eût différé en cela d'avis avec le tribunal. L'influence du droit anglais sur nos cours que certains ont cru déceler doit être envisagée à la lumière de cette constatation. Mais c'est de toute façon vers ce ressort qu'il faut se tourner pour étudier la pertinence de ses règles en droit canadien.

5. Le droit anglais : un modèle non transposable

Trois cours d'appel canadiennes[35] ont souscrit au passage suivant du jugement de la Cour d'appel de l'Angleterre dans *R.* v. *Landy* :

> There is always a danger that a jury may think that proof of an irregularity followed by loss is proof of dishonesty. The dishonesty to be proved must be in the minds and intentions of the defendants. It is to their states of mind that the jury must direct their attention. What the reasonable man or the jurors themselves would have believed or intended in the circumstances in which the defendants found themselves is not what the jury have to decide ; but what a reasonable man or they themselves would have believed or intended in similar circumstances may help them to decide what in fact individual defendants believed or intended. An assertion by a defendant that throughout a transaction he acted honestly does not have to be accepted but has to be weighed like any other piece of evidence. *If that was the defendant's state of mind, or may have been, he is entitled to be acquitted.* But if the jury, *applying their own notions of what is honest and what is not*, conclude that he could not have believed that he was acting honestly, then the element of dishonesty will have been established. What a jury must not do is to say

32. « [...] le juge de première instance a eu raison de laisser au jury le soin de décider si les intimés croyaient sincèrement que la liquidation du portefeuille, dont le produit était réinvesti, était conforme aux meilleurs intérêts de Langley [la victime] » : *R.* c. *Olan*, précité, note 11, 1194. L'arrêt *Bobbie* s'appuie de plus sur l'arrêt *Currie*, lequel est un cas typique du rejet du test subjectif complémentaire : précité, note 14.

33. *R.* v. *Doren*, (1982) 36 O.R. (2d) 114, 66 C.C.C. (2d) 448 (C.A. Ont.) ; *Daigle* c. *La Reine*, précité, note 3 ; *R.* v. *Sebe*, (1987) 57 C.R. (3d) 348, 35 C.C.C. (3d) 97 (Sask. C.A.).

34. L'arrêt *Daigle*, précité, insiste sur la nécessité d'une appréciation subjective de la connaissance qu'avait l'accusé de la fausseté de ses déclarations. L'arrêt *Sebe* est abordé à la partie 7.3.

35. *Supra*, note 33.

> to themselves : « If we had been in his place we would have known we were acting dishonestly so he must have known he was. » What they can say is : « We are sure he was acting dishonestly because we can see no reason why a man of his intelligence and experience would not have *appreciated*, as right minded people would have done, *that what he was doing was dishonest* »[36].

La transposition pure et simple de ce passage en droit canadien fait sourciller. Ce passage contient bien certains éléments en harmonie avec des principes indéniables du droit canadien telle l'exigence d'une appréciation subjective *des faits* dont a connaissance l'inculpé. Mais le danger est de prétendre que cet extrait tient lieu de directives à donner aux jurés à l'égard de la *mens rea* de la fraude en droit canadien[37]. Les cours canadiennes qui se sont ralliées à l'exposé du droit dans l'arrêt *Landy* n'ont pas encore eu à en mesurer toutes les conséquences. Les passages de l'arrêt *Landy* que nous avons mis en italique ont pour but d'illustrer les écueils qu'il y a à suivre l'approche anglaise dans toutes ses ramifications.

Ces difficultés ont trait tant à la qualification de la malhonnêteté comme une question de fait en droit anglais (5.1) qu'aux failles que comporte une analyse proprement subjective de la malhonnêteté en matière de fraude (5.2).

5.1 La définition de la malhonnêteté : une question de fait ou de droit ?

La proposition de l'arrêt *Landy* que nous avons soulignée met tout d'abord en évidence la démarche des tribunaux anglais qui consiste à s'en remettre au jury afin de déterminer si la conduite de l'inculpé est empreinte de malhonnêteté. Ce principe fait partie intégrante du droit anglais depuis l'affaire *Feely*[38] et il n'a pas été démenti depuis[39] bien qu'il faille se garder d'exclure la possibilité d'un revirement jurisprudentiel[39a]. Ce n'est pas l'apanage des juges mais celui du jury que d'estimer si une certaine conduite est à l'emblème de la malhonnêteté et, partant, criminelle. Le *Theft*

36. *R.* v. *Landy*, précité, note 23, 1181 ; l'italique est de nous.
37. Tel que le fait l'arrêt *Daigle*, précité, note 3, 2378.
38. *R.* v. *Feely*, [1973] 1 All E.R. 341 (C.A.).
39. Voir *R.* v. *Ghosh*, précité, note 24, 696 : « In determining whether the prosecution has proved that the defendant was acting dishonestly, a jury must first of all decide whether according to the ordinary standards of reasonable and honest people what was done was dishonest. »

39a. Le jugement rendu depuis peu par le Conseil privé dans une affaire en provenance de Hong Kong (*Wai Yu-tsang*, précitée, note 11) est de nature à favoriser pareil revirement. Le Conseil y énonce des principes qui se concilient fort mal avec les décisions rendues par la Cour d'appel de l'Angleterre dans les affaires *Feely* et *Ghosh*. Il faudra pourtant attendre qu'une cause porte directement sur l'interprétation du *Theft Act 1968* anglais avant d'être fixé définitivement sur le sort des arrêts *Feely* et *Ghosh* en droit anglais.

Act 1968 réprime certains comportements ; mais les tribunaux anglais refusent de donner une définition juridique du terme *dishonestly* qui figure dans plusieurs articles du *Theft Act 1968*. La Cour d'appel de l'Angleterre se refuse même à donner des directives aux jurés au sujet du sens de ce mot :

> We do not agree that judges should define what « dishonestly » means [...] Jurors, when deciding whether an appropriation was dishonest can be reasonably expected to, and should, apply the current standards of ordinary decent people. In their own lives they have to decide what is and what is not dishonest. We can see no reason why, when in a jury box, they should require the help of a judge to tell them what amounts to dishonesty[40].

Or, ce qui est perçu comme une question de fait en droit anglais est nettement une question de droit au Canada. L'énoncé de principe de la Cour suprême dans l'arrêt *Olan* selon lequel l'intention de rembourser la victime ne peut en aucun cas effacer la malhonnêteté de l'accusé ne permet aucune autre conclusion. La Cour n'aurait pu exposer un principe qui ne souffre aucune exception si cette question avait été une question de fait[41]. La Cour suprême ne confie pas aux jurés le soin de décider si l'intention de rembourser la victime est de nature à ôter à un acte son caractère malhonnête. C'est tout le contraire en droit anglais : il appartient aux jurés et aux jurés seuls de décider si un acte est malhonnête ou non parce qu'un prévenu avait l'intention de rembourser sa victime. Les tribunaux anglais s'abstiennent de tout commentaire à ce sujet afin de ne pas empiéter sur le rôle exclusif du jury[42].

Ce qui est vrai de l'intention de rembourser l'est tout autant des moyens de commettre une fraude[43] : la forme active ou passive des moyens utilisés est sans incidence sur le caractère dolosif de la conduite[44]. C'est là

40. *R.* v. *Feely*, précité, note 38, 345. Voir de même *R.* v. *Glenister*, [1981] 5 Crim. L.J. 165 (Sydney, *Court of Criminal Appeal*). Dans l'arrêt *R.* v. *Doren*, précité, note 33, la Cour d'appel de l'Ontario s'est abstenue de statuer sur la justesse de ce passage de l'affaire *Feely* en droit canadien.
41. La prise en considération du mobile d'une fraude comme moyen de disculpation représente aussi une erreur de droit : *R.* c. *Dumont*, précité, note 17 ; *St-Pierre* c. *La Reine*, précité, note 18 ; *R.* c. *Lemire*, précité, note 14, 193-194. À rapprocher de la décision du Conseil privé dans l'affaire *Wai Yu-tsang*, précitée, note 11.
42. *R.* v. *Feely*, précité, note 38 ; *R.* v. *Melwani*, [1989] *Crim. L.R.* 565 (C.A.) ; *R.* v. *O'Connell*, [1991] *Crim. L.R.* 771 ; E. GRIEW, « Dishonesty : the Objections to Feely and Ghosh », [1985] *Crim. L.R.* 341, 343 : « At the end of a trial the jury may have to be asked not simply whether the defendant acted with the state of mind he claims to have had [...] but also [...] whether his act with that state of mind [...] was dishonest according to ordinary standards. »
43. *R.* c. *Lemire*, précité, note 14, 185-186.
44. *R.* c. *Olan*, précité, note 11, 1180 ; *Champagne* c. *La Reine*, précité, note 5.

un principe de droit qui ne varie donc pas au gré de l'opinion que peut se faire un jury sur la malhonnêteté d'une forme plutôt qu'une autre.

La Cour suprême s'est aussi employée à donner une définition juridique du risque de perte financière en matière de fraude. Elle en a fait une question de droit[45].

S'il fallait encore douter des intentions de la Cour suprême dans l'affaire *Olan*, il suffirait d'ajouter qu'il est révélateur que la Cour suprême ait étayé son jugement des quelques causes anglaises qui continuaient encore à l'époque à donner une définition juridique de la malhonnêteté au lieu de s'en remettre à la norme de la communauté telle qu'elle est dégagée par le jury[46]. La Cour suprême manifestait ainsi sa préférence pour un courant qui était déjà minoritaire en droit anglais depuis l'arrêt *Feely*. Que la Cour suprême se soit appuyée sur la décision de la Cour d'appel de l'Angleterre dans l'affaire *Allsop* et qu'elle ait passé sous silence celle de l'arrêt *Feely* qui précédait *Allsop* de peu est éloquent. Ce n'est pas là pure inadvertance. Selon l'arrêt *Feely*, la pertinence de l'intention de rembourser est du ressort du jury et non du tribunal : une solution que la Cour suprême s'empressera de contredire en interdisant de faire de l'intention de rembourser un moyen de défense à une inculpation de fraude. Le courant de pensée issu des arrêts *Allsop* et *Olan* conserve d'autant sa pertinence qu'il vient de recevoir l'appui déclaré du Conseil privé dans une affaire en provenance de Hong Kong[46a].

La décision de la Cour dans l'affaire *Olan* met en relief une autre caractéristique de notre droit qui s'oppose à l'application pure et simple du passage précité de l'arrêt *Landy*, soit la détermination de la Cour suprême à privilégier une application uniforme du concept de la malhonnêteté à travers le pays. La mise en accusation de deux personnes dont l'état d'esprit serait identique au moment de commettre un crime au Canada ne doit pas mener à deux verdicts différents selon la composition du jury. C'est pourquoi il ne revient pas au jury d'établir si l'intention de rembourser la victime d'une fraude peut avoir une incidence quelconque sur le caractère malhonnête de l'acte.

---

45. *R.* c. *Olan*, précité, note 11, 1196 : « la Cour d'appel a commis une erreur de droit en appliquant le critère de « l'absence de valeur » ou de « la valeur négligeable ». La bonne question est de se demander si Langley a subi un préjudice ou un dommage. »

46. La Cour suprême s'appuie ainsi sur l'arrêt *R.* v. *Allsop*, (1976) 64 Cr. App. R. 29 (C.A.), pour énoncer le rôle de la perte pécuniaire en matière de fraude et son effet sur la définition de l'intention coupable. Or, cet arrêt faisait indéniablement de la malhonnêteté une question de droit : E. GRIEW, *loc. cit.*, note 42, 351.

46a. *Wai Yu-tsang* v. *R.*, précitée, note 11.

La position catégorique de la Cour suprême au sujet de l'intention de rembourser a pour effet de soustraire cette question de celles qu'il incombe au jury d'étudier. La Cour suprême empêche par le fait même que deux jurys puissent parvenir à des résultats contradictoires en présence de faits identiques. Par exemple, un prévenu ne pourra être acquitté à Calgary parce que le jury considère que l'intention du prévenu de rembourser éventuellement sa victime nie toute intention malhonnête, alors qu'un jury constitué à Québec serait susceptible de parvenir à un verdict contraire en présence de faits analogues. Que la jurisprudence anglaise ne puisse valoir à titre de précédent devient des plus évident lorsqu'on constate que l'un des reproches les plus courants à son endroit est précisément qu'elle avalise des résultats contradictoires en refilant la définition de la malhonnêteté au jury[47]. Ce refus de la Cour suprême de permettre qu'une disposition du Code reçoive des interprétations divergentes au gré de la composition des jurys se vérifie du reste dans d'autres domaines du droit pénal. C'est ainsi que la Cour fait de la définition d'un crime une question de droit quoique les mots employés dans le Code le soient dans leur sens ordinaire ou courant[47a]. La Chambre des lords estime au contraire qu'il incombe au jury plutôt qu'aux tribunaux de définir les mots d'une disposition pénale dès lors que le législateur les emploie selon leur acception ordinaire[47b].

D'autres reproches peuvent être formulés à l'endroit de la règle voulant que le juge s'abstienne de définir le caractère malhonnête d'une conduite pour laisser le jury maître absolu du sujet. Du défaut de définir la malhonnêteté découle le risque de l'élasticité de certains moyens de défense. Un accusé est ainsi susceptible de se voir acquitter alors que sa conduite n'aurait pas satisfait aux critères de la défense de nécessité. Il suffit qu'un jury estime que la conduite de l'accusé ne contrevient pas à la norme d'honnêteté de gens raisonnables en raison de l'état dans lequel il se trouvait[48]. Faute de directives sur la malhonnêteté, un jury risque aussi de tenir compte de faits qui aboutissent à l'admission de moyens de défense non reconnus en droit. Un jury peut fort bien considérer par exemple que la

47. J.C. SMITH et B. HOGAN, *Criminal Law*, 6e éd., Londres, Butterworths, 1988, pp. 530-532 et *Criminal Law. Cases and Material*, 4e éd., Londres, Butterworths, 1990, p. 402 ; D. ELLIOTT, « Dishonesty in Theft : a Dispensable Concept », [1982] *Crim. L.R.* 395, 399 ; G. WILLIAMS, « Innocuously Dipping Into Trust Funds », (1985) 5 *Legal Stud.* 183, 184. Voir aussi la partie 6.1.

47a. Voir à titre d'exemple *R.* v. *McCraw*, (1991) 66 C.C.C. (3d) 517. La Cour ne se satisfait d'ailleurs pas de définir elle-même l'adjectif « grave » de l'article 264.1 (1) a) C.cr. L'appréciation des gestes de l'inculpé au regard de cette disposition représente elle aussi une question de droit (à la page 525).

47b. *Brutus* v. *Cozens*, [1973] A.C. 854.

48. E. GRIEW, *loc. cit.*, note 42, 348.

modicité de la somme ou du bien soutiré enlève au geste de l'inculpé son caractère malhonnête, alors que la maxime *de minimis* n'est toujours pas acceptée en droit canadien. On ne peut évidemment tolérer que la fraude devienne, selon les conceptions du jury du moment, sujette à des moyens de défense qui lui sont propres et qui peuvent de surcroît varier d'un jury à l'autre[49].

Le critère de la « norme d'honnêteté de la communauté » est aussi en partie l'œuvre d'une fiction[50]. Maints auteurs ont mis en relief que les avis diffèrent couramment entre gens raisonnables au sujet du manque d'honnêteté ou non d'une conduite donnée. Que l'évaluation de l'honnêteté d'une conduite donnée ne fasse pas toujours l'unanimité même entre gens raisonnables n'a rien pour étonner. Même les juges sont sujets à des divergences d'avis sur ce chapitre[51], et il est bien illusoire de croire qu'un jury puisse tout à coup découvrir une norme unique alors que l'existence même de cette norme unique se révèle souvent discutable[52].

Non seulement cette norme souffre-t-elle d'incertitude, mais elle est aussi à l'abri de tout contrôle à posteriori. L'exclusivité du pouvoir d'appréciation des jurés oblige à rien de moins. Ce danger est bien mis au jour dans un article de M. Proulx : « Le danger évident de laisser le jury maître de décider de cette notion, réside surtout dans le fait que les standards utilisés comme mesure sont inconnus (ce qui empêche l'accusé de les contester) et qu'ils peuvent s'avérer trop ou pas assez exigeants[53]. »

---

49. Le danger inverse est aussi à craindre. Le second volet du test de l'arrêt *Ghosh* est si imprécis qu'il est tout à fait possible qu'un jury condamne le prévenu alors que ce dernier aurait joui de la défense d'apparence de droit si la définition de la malhonnêteté avait été conçue en tant que question de droit : J. SMITH, *The Law of Theft*, 6e éd., Londres, Butterworths, 1989, p. 98 ; *R.* v. *Wooton*, [1990] *Crim. L.R.* 201 (C.A.).
50. E. GRIEW, *loc. cit.*, note 42, 344. L'arrêt *Ghosh* emploie de plus des expressions de façon interchangeable alors que leur sens n'est pas forcément le même : voir les expressions *ordinary man's idea of honesty* et *ordinary standards of reasonable and honest people* qui sont employées indifféremment dans le texte de l'arrêt : précité, note 24, 696-697.
51. Voir la candeur des propos du juge Fullagar à ce sujet dans *R.* v. *Salvo*, [1980] V.R. 401, et la convaincante étude de D. DOHERTY, *loc. cit.*, note 4, 393-395.
52. « It is a partially idealised test with a necessary component of moral evaluation which will vary from jury to jury » : K. CAMPBELL, « The Test of Dishonesty in R. v. Ghosh », (1984) *Cambridge L.J.* 349, 359. Et Williams de se montrer soucieux quant aux chances d'unanimité au sein d'un même jury : « indeed, it is not impossible that they [les jurés] will fail to achieve unanimity or near-unanimity except upon a standard lower than the average » : G. WILLIAMS, *op. cit.*, note 6, p. 726.
53. M. PROULX, « Le concept de la malhonnêteté dans la fraude pénale », dans *Droit pénal—Orientations nouvelles*, Formation permanente du Barreau du Québec, Éditions Yvon Blais, 1987, p. 209, à la page 222.

Il est arrivé que des juges canadiens fassent référence à l'occasion à la norme d'honnêteté des gens raisonnables[54]. Deux arrêts récents en font une composante de l'*actus reus* de la fraude[55]. Il ne faut pourtant pas en conclure que la norme d'honnêteté des gens raisonnables est devenue *le* critère de la fraude. Nous avons vu en quoi pareille conclusion se heurte à l'approche préconisée dans l'arrêt *Olan*.

Il se trouve du reste des arrêts pour rappeler à juste titre que la norme de la communauté ne saurait se substituer au critère que fournit le libellé même de l'article 380 du *Code criminel* : « Using the words of David H. Doherty, I conclude that in cases of fraud by deceit or falsehood the court « ... need not enter into a consideration of whether the accused's conduct would be considered dishonest according to the current standards of ordinary decent people »[56]. »

Il est bel et bien superflu de s'en remettre au critère de la personne honnête et raisonnable au cas de mensonge ou de supercherie : le Code pose comme postulat qu'il s'agit là de modes malhonnêtes. Du reste, ceux qui s'en remettent à la norme de la communauté en tant qu'élément de l'*actus reus* se voient ensuite contraints de requérir la preuve que l'accusé est conscient que sa conduite ne serait pas normalement perçue comme honnête[57]. Or, n'est-ce pas déborder singulièrement le cadre de l'article 380 (1) du Code que d'exiger de la Couronne qu'elle prouve que l'accusé sait que le mensonge ou la supercherie sont des moyens dolosifs ou malhonnêtes ?

La démarche de plusieurs tribunaux canadiens continue par ailleurs de faire obstacle à l'implantation du critère de la personne raisonnable et honnête. C'est ainsi que la Cour d'appel de Terre-Neuve a énoncé récemment les caractéristiques que doit comporter une fausse représentation avant d'acquérir une connotation malhonnête. La démarche de la Cour ne l'a pas conduite à s'enquérir au préalable de l'existence d'une prétendue

54. *R.* v. *Bruton*, [1986] B.C.D. Crim. Conv. 5505-02 (C. cté C.-B.) ; *R.* v. *McLean*, (1984) 13 W.C.B. 475 (C. cté Ont.) ; *R.* v. *Tucker*, (1988) 210 A.P.R. 6, 18-19 (N.S.C.A.) ; et les motifs du juge Tourigny dans *Ouellette* c. *La Reine*, précité, note 5. Rappelons par ailleurs que la Cour d'appel de l'Ontario a refusé de se prononcer sur la justesse de cette norme dans l'affaire *R.* v. *Doren*, précitée, note 33.

55. *R.* c. *Lacombe*, précité, note 8, 494 ; *R.* v. *Long*, précité, note 7, 164.

56. *R.* v. *Irmen*, (1986) 56 Sask. R. 234, 239 (Q.B. Sask.) ; *R.* v. *Deslauriers*, (1990) 9 W.C.B. (2d) 313 (C. Prov. Man.).

57. *R.* c. *Lacombe*, précité, note 8. Les motifs du juge Proulx dans l'affaire *Théroux* comportent la même exigence : la connaissance de l'accusé que les moyens utilisés sont malhonnêtes : précité, note 8, 86 (R.J.Q.), 535 (C.C.C.). Ce sujet est abordé à la partie 5.2.2.

norme de la communauté sur le sujet. La Cour a aussi traité de l'existence de ces caractéristiques en tant que question de droit[58].

Il n'y a pas lieu de raisonner autrement lorsqu'il s'agit des autres moyens dolosifs que le Code s'est abstenu de définir[59]. Rappelons à ce sujet la jurisprudence constante qui, à la suite de l'arrêt *Olan*, statue que la réticence constitue un « moyen dolosif » au sens de l'article 380 (1) du Code[60]. C'est là un principe consacré, et les tribunaux qui l'ont défini n'ont pas eu recours à l'exercice futile de s'enquérir au préalable de l'opinion de la personne honnête et raisonnable avant de conclure que la réticence est un moyen dolosif.

Au surplus, les juges d'ici favorables à la norme de la communauté ne se sont jamais vraiment aventurés jusqu'à laisser le jury maître exclusif de la question comme le font leurs homologues anglais. Les quelques arrêts qui font état de cette norme n'en continuent pas moins de donner une définition judirique de la fraude[61]. La norme d'honnêteté de la communauté sert alors de point de repère et semble permettre aux tribunaux de donner malgré tout *leur* propre définition de la malhonnêteté.

S'il peut sembler légitimer la définition de la malhonnêteté que donnent les tribunaux canadiens, ce recours à une norme « communautaire » demeure superflu et dangereux. En toute logique, les tribunaux canadiens devraient éventuellement convenir que les jurés sont tout aussi aptes qu'eux à dégager une norme censée refléter l'opinion de la communauté et que ces derniers devraient en définitive le faire sans que les tribunaux ne se gardent un droit de regard sur le sujet. Et, pouvoir exclusif du jury ou non, il n'en reste pas moins que le recours à une norme communautaire donne cours à l'argument voulant que l'accusé en ignorait l'existence et ne devrait pas par conséquent être condamné. C'est le débat qu'a engendré l'arrêt anglais *Ghosh* au sujet duquel nous consacrerons la prochaine partie (5.2.2) de notre article.

---

58. *R.* v. *Mugford*, (1990) 58 C.C.C. (3d) 172.
59. Voir la partie 7.3.
60. *Sakkal* c. *La Reine*, C.A. Montréal, n° 500-10-000117-836, 7 novembre 1984, J.E. 85-132 (C.A.) ; *Champagne* c. *La Reine*, précité, note 5 ; *R.* v. *Michaelnuk*, [1984] Alta. D. 5505-01 (C.A.).
61. Le juge Tourigny, par exemple, reconnaît dans l'arrêt *Ouellette* c. *La Reine*, précité, note 5, la nécessité d'un lien ou d'une position privilégiée entre l'accusé et sa victime avant qu'une fraude puisse être commise. Et la Cour d'appel de donner dans *R.* c. *Tucker*, précité, note 54, une définition juridique de l'intention de frauder : « The mens rea of fraud is to intend by dishonest means to deprive someone of « property, money or valuable security » or to place someone at a risk of such deprivation » (p. 14). Dans l'arrêt *R.* v. *Long*, précité, note 7, à la page 181 de la décision, la Cour d'appel va jusqu'à déplorer que le juge du procès n'ait pas *défini* le mot « supercherie » aux jurés.

Certains ont soutenu que même l'arrêt *Olan* dénote la préférence des cours à ne pas préciser la norme d'une conduite honnête afin qu'elles puissent s'en remettre à leur conception du monde des affaires[62]. L'extrait suivant des motifs de l'arrêt *Olan* est cité au soutien de cet argument : « L'utilisation des biens d'une compagnie à des fins personnelles plutôt qu'à l'avantage de celle-ci peut constituer un acte malhonnête si on accuse ses administrateurs de fraude. L'arrêt *Cox et Paton* appuie ce principe[63]. »

Cet extrait pourrait signifier au dire d'un auteur qu'une telle utilisation de biens constitue un acte *neutre* qui sera qualifié d'honnête ou de malhonnête uniquement après que l'on aura scruté toutes les transactions suivant sa conception d'une saine pratique commerciale[63a].

Mais c'est oublier, il nous semble, que la Cour suprême a précisé dans le même arrêt la mesure du préjudice que doit encourir la compagnie afin de découvrir si le geste de l'administrateur a eu un caractère frauduleux. La Cour recourt au critère de la « nette disproportion » de valeur des biens échangés afin de conclure à l'existence d'un préjudice créé par les administrateurs de la compagnie[64]. Elle met donc elle-même en avant le critère applicable. C'est ce critère, et non un tour d'horizon des pratiques commerciales, qui fait conclure au caractère malhonnête du comportement de l'accusé. L'arrêt *Olan* est tout à fait conforme au principe voulant que la malhonnêteté demeure une question de droit sous le régime du *Code criminel* canadien[65].

La conséquence de décisions telles *Landy*, *Feely* ou *Ghosh* en droit canadien serait de faire de la fraude une infraction comparable à celle de l'obscénité. L'infraction telle qu'elle est définie dans le Code ne serait plus complète en soi ; il faudrait s'en remettre à l'opinion d'une communauté formée de gens honnêtes et raisonnables pour apprécier l'un de ses éléments essentiels. Ne serait pas pour autant consommé le crime de fraude en présence d'un accusé déterminé à déposséder sa victime d'un bien, argent ou valeur à l'aide d'un mensonge, d'une supercherie ou d'un autre moyen dolosif et tout en lui faisant sciemment encourir un risque de préjudice. Encore faudrait-il prouver que pareil comportement serait jugé malhonnête aux yeux de gens raisonnables.

Il est beaucoup plus plausible de soutenir dans le contexte du droit canadien que pareil jugement de valeur a déjà été porté par le législateur ; et qu'un acte est malhonnête dans la mesure où l'accusé est animé de l'intention de faire les gestes qui sont décrits dans l'article 380 (1) du Code et

62. M. PROULX, *loc. cit.*, note 53, 226.
63. *R.* c. *Olan*, précité, note 11, 1182.
63a. M. PROULX, *loc. cit.*, note 53, 226.
64. *R.* c. *Olan*, précité, note 11, 1193.
65. *Supra*, note 45.

définis au besoin en jurisprudence. Cette interprétation se justifie d'autant plus que la malhonnêteté est moins sujette que l'obscénité à varier selon les époques.

Dans deux de ses décisions les plus récentes en matière de fraude, la Cour suprême s'est employée à illustrer le « danger qu'il y a à se tourner vers d'autres ressorts pour faciliter l'interprétation de la notion de fraude à l'art. 338 [dorénavant 380] du Code[66] ». Ces propos ont été tenus avant tout dans le contexte de l'étude des composantes matérielles de l'infraction de fraude. Il y a tout lieu de croire que cette mise en garde doive être servie à nouveau au sujet de l'évaluation du caractère malhonnête ou non d'une conduite.

Même s'il fallait rejeter ce point de vue et s'en remettre aux critères de la communauté afin de définir la malhonnêteté, il ne s'ensuit pas pour autant qu'un accusé puisse être acquitté au motif qu'il ignorait que sa conduite serait perçue comme malhonnête par ses concitoyens. Le raisonnement qu'énonce le juge Lambert dans l'affaire *Long* et que reprend la Cour d'appel du Québec dans l'arrêt *Lacombe* n'a rien de péremptoire. De ce que l'*actus reus* de la fraude obligerait à s'en remettre à la norme des gens honnêtes et raisonnables, le juge Lambert en déduit qu'il est essentiel que l'accusé ait su que sa conduite enfreignait cette norme[67]. Or, un argument comparable a déjà été écarté en matière d'obscénité alors qu'il est pourtant permis de s'en remettre à l'avis de la communauté afin de définir l'obscénité.

La Cour d'appel de l'Ontario a ainsi statué que la croyance de l'accusé que sa publication n'allait pas au-delà des critères de tolérance de la communauté canadienne ne lui était d'aucun secours. À supposer qu'il faille renvoyer au critère de la communauté même au cas de fraude, les arguments retenus par le juge Martin en matière d'obscénité deviendraient pertinents au regard d'une inculpation de fraude : « whether the allegedly obscene matter exceeded the community standard of tolerance constitutes what Glainville Williams calls a value-judgment to which the doctrine of mistake of fact is inapplicable[68] ».

66. *R.* c. *Campbell*, [1986] 2 R.C.S. 376, 386 ; *Vézina* c. *La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 2, 22.

67. « [...] knowledge on the part of the accused that his conduct would be considered dishonest by reasonable and honest people is required by the *Sault Ste. Marie* description of mens rea. » *R.* v. *Long*, précité, note 7, 183.

68. *R.* v. *Metro News Ltd.*, (1986) 29 C.C.C. (3d) 35, 66 ; 53 C.R. (3d) 289, 32 D.L.R. (4th) 321 (requête en autorisation de pourvoi à la Cour suprême rejetée). L'argument élaboré par le juge Martin en matière d'obscénité a été également retenu en ce qui a trait à l'article 462.2 C.cr. : *R.* v. *Ramji*, (1989) 103 A.R. 23, 28-29 (Alb. P.C.). Mentionnons, cette fois purement à titre de comparaison, que le critère appliqué pour déterminer si une agression est de nature sexuelle est proprement objectif : *R.* c. *Chase*, [1987] 2 R.C.S. 293 ; *R.* c. *S. (P.L.)*, [1991] 1 R.C.S. 909.

Advenant que le recours à la norme de la communauté en vienne à prévaloir en matière de fraude, l'uniformité des principes qui sous-tendent le droit pénal exigerait alors que la nature des moyens de défense dont dispose un accusé ne diverge pas selon qu'il s'agit de fraude ou d'obscénité.

5.2 Les failles d'une théorie subjective de la malhonnêteté

Comme nous l'avons souligné, le libellé de certaines décisions canadiennes récentes se rapproche de la théorie subjective de la malhonnêteté[69]. Les tribunaux du Canada ne l'ont pourtant pas encore adoptée[70]. À deux exceptions près[71], ils n'ont toujours pas statué qu'un nouvel élément mental s'ajoute à la connaissance des éléments constitutifs de la fraude. Mais comme certaines décisions étrangères citées par les cours canadiennes l'ont fait, l'étude de la théorie subjective et de ses effets s'impose.

Il n'existe pas une seule conception de la théorie subjective, mais bien des variantes d'une même idée maîtresse. Deux formes retiennent notre attention : la théorie subjective absolue (5.2.1) et celle qui a été élaborée par la Cour d'appel de l'Angleterre dans l'arrêt *Ghosh* (5.2.2).

5.2.1 La théorie subjective absolue

Dans sa forme la plus pure, la théorie subjective de la malhonnêteté signifie que le concept d'honnêteté de l'accusé est pertinent à l'égard d'une inculpation de fraude. Un accusé ne sera pas coupable s'il estimait sincèrement sa conduite honnête *et* quoiqu'il ait pu savoir que sa conduite susciterait la désapprobation autour de lui.

Les travers d'une telle approche sont évidents : certains objectifs cardinaux du droit pénal deviennent contrecarrés. Mentionnons l'objectif d'assurer une protection égale en faveur de tous les membres de la

69. Voir la partie 4.

70. Voir la partie 3. et le dernier paragraphe de la partie 4.

71. *R.* c. *Lacombe*, précité, note 8, 494 : « there can be no conviction where the trier of fact is left with a reasonable doubt [...] that the accused acted knowingly and intentionally, *in the sense that he was aware his conduct would be ordinarily considered « dishonest »* and would result in « deprivation » (l'italique est de nous) ; *R.* v. Duvell, (1991) 11 W.C.B. (2d) 618 (C. Prov. Man.). Cet arrêt va à l'encontre des motifs de la majorité de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique dans l'arrêt *R.* v. *Long*, précité, note 7. Les motifs rédigés par deux membres de la Cour d'appel du Québec dans *Théroux* c. *La Reine*, précité, note 8, sont bien moins tranchés que dans l'affaire *Lacombe*. Enfin, dans l'affaire *La Reine* c. *Zlatic*, J.E. 91-522 (C.A.), (1991) 65 C.C.C. (3d) 86, le juge Gendreau semble se rallier au passage précité de l'arrêt *Lacombe* tandis que le juge Proulx n'aborde pas le sujet.

société (5.2.1.1) et celui d'imposer une seule et même norme de droiture à tous les citoyens (5.2.1.2).

5.2.1.1 Le souci d'une protection égale en faveur des membres de la société

Accorder de l'importance à l'opinion de l'inculpé revient à rendre particulièrement vulnérables certaines classes de la société. L'affaire anglaise *R.* v. *Gilks*[72] en est la preuve même. L'accusé avait été poursuivi en vertu de l'article premier du *Theft Act 1968* pour avoir accepté sans mot dire la somme trop élevée que lui avait remise par inadvertance un bookmaker. Il savait pertinemment qu'une partie de ce montant ne lui était pas due, mais il prétexta en défense que les bookmakers étaient une classe à part. Aussi, il serait malhonnête de garder l'argent que l'épicier remet en trop mais il en irait différemment d'un bookmaker. La directive suivante fut donnée aux jurés : « Well, it is a matter for you to consider, members of the jury, but try and place yourself in [la partie appelante] position at the time and answer the question whether in your view he thought he was acting honestly or dishonestly. »

La Cour d'appel se déclara satisfaite de ces directives et poursuivit : « On the face of it the appellant's conduct was dishonest ; the only possible basis on which the jury could find that the prosecution had not established dishonesty would be *if they thought it possible that the appellant did have the belief which he claimed to have*[73]. »

Voilà qui inquiète et qui rappelle le passage suivant de *L'avare* de Molière : « à vous dire vrai, [Harpagon] me donnerait, par ses procédés, des tentations de le voler ; et je croirais, en le volant, faire une action méritoire[74] ». Si ces propos sont de nature à attirer la sympathie d'un auditoire de théâtre, nul doute que le droit ne doit pas leur laisser avoir pareil effet auprès d'un jury. Ce n'est pas sans une certaine sagesse que le droit défend à un voleur d'en voler un autre[75]. L'un des commandements du droit pénal est d'offrir une protection uniforme au sein de la société. Or, c'est ce précepte du droit pénal que remettrait en cause l'adoption d'un critère subjectif de la malhonnêteté.

72. *R.* v. *Gilks*, précité, note 23.
73. *Id.*, 283.
74. Molière, *L'avare*, coll. « Folio », Paris, Gallimard, 1973, Acte deuxième, Scène 1, p. 215.
75. *Bourret* c. *La Reine*, C.A. Montréal, n° 500-10-000401-859, 8 octobre 1987, J.E. 87-1100 (C.A.).

5.2.1.2 Le souci d'imposer une norme de droiture unique et d'application générale

La théorie subjective à l'état pur va aussi à l'encontre d'un autre principe qui sous-tend le droit pénal : l'imposition d'une seule et même norme de droiture envers tous[76]. Nul n'est en droit d'ériger ses valeurs personnelles en règle de droit pénal. Tenir compte du code d'éthique de l'accusé revient somme toute à faire du *Code criminel* un régime auquel il est loisible de choisir d'adhérer ou non. Les tribunaux canadiens ont eu tôt fait de déceler ce danger et de rejeter la théorie subjective absolue[77].

5.2.2 La théorie subjective atténuée : le principe de l'arrêt *Ghosh*

La Cour d'appel de l'Angleterre a perçu les dangers de la théorie subjective à l'état pur et a élaboré en 1982 un test à deux volets visant à empêcher le code de conduite d'une personne de prévaloir sur celui que la société juge indiqué. Voici la teneur du test en question :

> In determining whether the prosecution has proved that the defendant was acting dishonestly, a jury must first find whether according to the ordinary standards of reasonable and honest people what was done was dishonest. If it was not dishonest by those standards, that is the end of the matter and the prosecution fails[78].

Le test se poursuit ainsi : « If it was dishonest by those standards, then the jury must consider whether the defendant himself must have realised that was he was doing was *by those standards* dishonest[79]. »

Il suffit donc d'avoir conscience que sa conduite est malhonnête aux yeux de gens raisonnables pour avoir soi-même un état d'esprit malhonnête au sens du *Theft Act 1968*[80]. Le code d'éthique de l'accusé ne lui permet donc plus de se disculper[81].

---

76. D. DOHERTY, *loc. cit.*, note 4, 370.
77. *R.* v. *Bast*, précité, note 19 ; *R.* c. *Lacombe*, précité, note 8, 495 : « the moral code of a fraudsman is not the legal test of his guilt » ; *R.* v. *Long*, précité, note 7, 183 ; *Théroux* c. *La Reine*, précité, note 8, 86 (R.J.Q.), 535 (C.C.C.).
78. Ce premier volet a déjà fait l'objet d'un examen approfondi : il fait appel à la nécessité de démontrer l'existence d'une norme d'honnêteté entre gens raisonnables. Nous l'avons jugé non conforme au droit canadien : se référer à la partie 5.1.
79. *R.* v. *Ghosh*, précité, note 24, 696 ; l'italique est de nous.
80. Du moins lorsque le texte de l'infraction contient le mot *dishonestly*.
81. « It is no defence for a man to say, « I knew that what I was doing is generally regarded as dishonest ; but I do not regard it as dishonest myself. Therefore I am not guilty. » [...] It is dishonest for a defendant to act in a way which he knows ordinary people consider to be dishonest, even if he asserts or genuinely believes that he is morally justified in acting as he did » : *R.* v. *Ghosh*, précité, note 24, 696.

Si l'inculpé croit par ailleurs que sa conduite n'enfreint pas la norme d'honnêteté de gens raisonnables ou s'il soulève un doute raisonnable à cet égard, il sera alors acquitté faute d'avoir eu un état d'esprit coupable. On ne lui reprochera donc pas de s'être trompé sur la norme d'honnêteté en vigueur[82].

Les tribunaux canadiens ne sont pas encore parvenus à s'entendre quant à la pertinence de ce test en droit pénal canadien[83].

Le test de l'arrêt *Ghosh* est-il aussi étanche qu'il en a l'air à l'endroit de ceux dont le code d'éthique diffère de celui des gens raisonnables ? Vraisemblablement non. La connaissance qu'a l'accusé de l'honnêteté lui vient avant tout de son entourage et de l'éducation qu'il a reçue[84]. Si son entourage se compose de gens peu scrupuleux et que son éducation a été empreinte de laxisme, nul doute que l'accusé risque d'ignorer la véritable norme d'honnêteté des gens raisonnables[85]. Il risque de l'ignorer encore plus dans ces cas où des gens raisonnables divergeraient eux-mêmes d'opinion sur l'honnêteté d'un comportement donné[86].

Le test de l'arrêt *Ghosh* fait les frais de sa propre logique. Le premier volet du test renvoie au critère d'honnêteté d'une personne raisonnable que seul le jury est habilité à dégager. Un élément de l'infraction — la malhonnêteté du comportement — demeure ainsi indéterminé tant que le jury ne s'est pas prononcé ; et il le demeure en fait chaque fois, puisque le verdict d'un jury n'a pas de force obligatoire à l'égard d'un autre jury différemment composé mais placé devant des faits analogues[87]. Et l'on suppose, par un tour de force, que l'accusé a pu prévoir le verdict du jury !

Poussons plus loin et reprenons les faits de l'affaire *Greenstein*[88] survenue quelques années avant l'adoption du test de l'arrêt *Ghosh*. C'était

82. « [...] if the mind of the accused is honest, it cannot be deemed dishonest merely because members of the jury would have regarded it as dishonest to embark on that course of conduct » : *R.* v. *Ghosh*, précité, note 24, 696.
83. *Supra*, note 71.
84. Voir à titre d'illustration *R.* v. *Bast*, précité, note 19.
85. J.C. SMITH et B. HOGAN, *Criminal Law*, *op. cit.*, note 47, p. 532 ; E. GRIEW, *loc. cit.*, note 42, 353. Voir aussi K. CAMPBELL, *loc. cit.*, note 52, 358 : « if the jury are entitled to draw in part on their own moral notions in deciding what the reasonable and honest man would think, then so is the accused entitled to draw on his with regard to limb (2). »
86. Sur le caractère fictif de la norme d'honnêteté des gens raisonnables, voir notre texte accompagnant les notes 50 à 52.
87. Voir J. SMITH, *op. cit.*, note 49, p. 101 : « But the answer given by the jury is of no authority in any future case, even on exactly similar material facts. » Ce qui fait dire à l'auteur : « Surely the law should supply the answer [...] It is not the function of the jury to make law. »
88. *R.* v. *Greenstein*, [1976] 1 All E.R. 1 (C.A.).

la première inculpation à survenir en Angleterre au sujet d'un procédé destiné à faciliter la souscription d'actions émises sur le marché public. Conformément au principe de l'arrêt *Feely* (depuis consacré au premier volet du test de l'arrêt *Ghosh*), le juge de première instance informa les jurés qu'il leur appartenait de décider pour la première fois du caractère criminel ou non de la méthode de financement conçue par les prévenus : « this is the first prosecution. *It has not yet been decided* if what they did did amount to a dishonest criminal deception *and it will be you who will decide* the answer to that question [...] Dishonest ? [...] Well that is [...] the 64,000 dollar question[89]. »

Devant de tels faits, un accusé ne pourrait-il pas soutenir, au profit d'une logique évidente, qu'il n'était pas en mesure de savoir que son action serait perçue comme malhonnête car la question ne s'était jamais posée auparavant ? Il appartient au jury de statuer sur la malhonnêteté d'un comportement en vertu du premier volet du test de l'arrêt *Ghosh*. Les cours ne formulent ni norme *ni* indices depuis que l'arrêt *Feely* leur défend même de tracer les grandes lignes de la définition de la malhonnêteté. On voit mal comment un accusé pourrait être blâmé de ne pas avoir soupçonné quelle serait la norme d'honnêteté en la matière alors que le droit ne le saura pas lui-même tant que le jury ne se sera pas prononcé pour la première fois[90].

Et que dire du cas où des verdicts contradictoires auront été rendus en des affaires semblables par des jurys différents ? Comment nier alors à un accusé le droit de prétendre qu'il ignorait que sa conduite serait ultimement jugée malhonnête[91] ? Nous voilà aux prises avec cette situation toute singulière où un accusé ne dispose pas d'un moyen de défense en vertu d'un test mais plutôt à cause des vices de conception du test lui-même. Ce sont les incertitudes qu'engendre le premier volet du test de l'arrêt *Ghosh* qui permettront éventuellement à un accusé de démontrer sa bonne foi et d'être acquitté par application du second volet...

L'application du test de l'arrêt *Ghosh* en droit canadien bouleverserait en fait l'économie du système actuel. Il est évident qu'un prévenu ne

89. *Id.*, 5 ; l'italique est de nous.

90. Sans compter que la norme dégagée par un jury n'a rien de définitif : *supra*, note 87.

91. On pourrait prétendre avec une certaine subtilité que le premier volet du test fait appel au critère des gens raisonnables et non à l'interprétation qu'en donne un jury. Mais comme les jurés sont les seuls interprètes autorisés de ce critère (selon l'arrêt *Ghosh*), l'argument devient dénué d'intérêt. Peut-on vraiment blâmer un accusé qui prétend s'être fié à ceux-là mêmes à qui les tribunaux ont confié la tâche de dégager la norme d'honnêteté acceptée ? Tout au plus se serait-il alors mépris sur la façon de vérifier la norme des gens raisonnables. Sa bonne foi en serait intacte et un acquittement s'imposerait de toute manière en vertu du deuxième volet du test de l'arrêt *Ghosh*.

pourrait en droit canadien se disculper au motif qu'il ignorait que des gens raisonnables et honnêtes jugeraient malhonnête de faire courir un *risque* de préjudice financier — par opposition à un préjudice financier actualisé — à autrui. Mais si l'on s'en remet aux prétendus critères de la communauté au lieu de donner une définition légale de la malhonnêteté, cela a pour effet de permettre à un accusé d'être acquitté au motif qu'il ignorait sincèrement qu'il était malhonnête de faire courir à autrui un risque relativement faible de préjudice financier[92]. Voilà qui annihilerait en bonne partie les effets de l'arrêt *Olan* selon lequel faire sciemment courir un risque de préjudice financier suffit à conférer l'épithète de malhonnête à l'auteur de ce comportement.

Sans battre en retraite, la Cour d'appel de l'Angleterre a néanmoins enserré depuis 1982 le second volet du test de l'arrêt *Ghosh* dans des balises très étroites. Il n'est pas nécessaire de faire part aux jurés du second volet du test, sauf s'il s'agit d'une cause où l'accusé pouvait avoir cru que le comportement qu'on lui reprochait était conforme à l'idée que se fait une personne ordinaire de l'honnêteté[93]. On se rapproche peu à peu d'une présomption de connaissance de la norme d'honnêteté de la communauté[94]. Et cela revient presque en pratique à requérir le témoignage de l'accusé avant de vouloir faire cas du deuxième volet du test de l'arrêt *Ghosh*[95].

5.3 Conclusion à l'égard du modèle anglais

Le test de l'arrêt *Ghosh* n'en demeure pas moins implanté en droit anglais en dépit des multiples réserves émises en doctrine depuis son adoption[96] ; et ceux qui souhaitaient sa disparition l'estiment aujourd'hui de plus en plus improbable[97].

92. Voir J. SMITH, Commentaire, [1986] *Crim. L.R.* 244, 245.
93. *R.* v. *Price*, (1990) 90 Cr. App. R. 409 ; *R.* v. *Brennen*, [1990] *Crim. L.R.* 118 ; *R.* v. *Squire*, [1990] *Crim. L.R.* 341 ; *R.* v. *Ravenshad*, [1990] *Crim. L.R.* 398.
94. Certains passages de l'arrêt *Ghosh* pouvaient le laisser présager : « the defendant himself must have realised that what he was doing was by those standards dishonest. In most cases, where the actions are obviously dishonest by ordinary standards, there will be no doubt about it. It will be obvious that the defendant himself knew that he was acting dishonestly. » : *R.* v. *Ghosh*, précité, note 24, 696.
95. *R.* v. *Brennen*, précité, note 93 ; *R.* v. *Buzalek*, [1991] *Crim. L.R.* 130 (C.A.) ; *R.* v. *O'Connell*, précité, note 42.
96. La Cour d'appel va jusqu'à préconiser de le réciter mot pour mot *(ipsissima verba)* aux jurés : *R.* v. *Ravendash*, précité, note 93.
97. Voir D. ELLIOTT, « *Brutus* v. *Cozens* ; Decline and Fall », [1989] *Crim. L.R.* 323, 329. Il reste que l'affaire *Wai Yu-tsang*, précitée, note 11, obligera possiblement la Cour d'appel à revoir sa propre jurisprudence : voir la note 39a.

À la décharge de la Cour d'appel de l'Angleterre, il faut noter que la voie lui avait été tracée au préalable par le Comité de réforme du droit dont le rapport a mené à l'adoption du *Theft Act 1968*[98]. Le Comité était d'avis que le mot *dishonestly* pouvait se passer d'une définition exhaustive[99] et il n'en proposa donc qu'une définition partielle. Il en résulta l'article 2 (1) du *Theft Act 1968* qui donne une définition délibérément incomplète du mot et qui ne vise d'ailleurs que l'infraction de vol à l'article 1 de la loi[100].

À moins de passer outre aux vœux du Comité dont le législateur avait lui-même tenu compte, la Cour d'appel se devait probablement de statuer comme elle l'a fait en s'abstenant d'énoncer une définition juridique du mot *dishonestly* dès lors que le Parlement s'en était volontairement empêché. Malgré ses failles indéniables, l'approche qu'a privilégiée la Cour d'appel dans l'affaire *Ghosh* lui avait été quelque peu dictée à l'avance.

Cela n'autorise évidemment pas la jurisprudence canadienne à emprunter la même démarche hasardeuse ; d'autant plus qu'elle s'écarterait alors d'une solution que tant d'auteurs anglais souhaiteraient voir prévaloir dans leur propre pays. La jurisprudence canadienne irait, ce faisant, à rebours en se départissant de la solution que la plupart des juristes anglais réclament. Cette proposition comporte trois éléments qu'il importe de bien délimiter : 1) l'adoption d'une définition juridique de la malhonnêteté ; 2) qui n'accorde d'importance ni à la conception personnelle que se fait le prévenu de l'honnêteté ; 3) ni à la conception de l'honnêteté que le prévenu a cru déceler chez les gens honnêtes et raisonnables[101].

Il ne serait pas plus opportun d'emboîter le pas à la jurisprudence anglaise au moment de l'adoption d'un nouveau *Code criminel*.

6. Les recommandations de la Commission de réforme du droit

Lors de la parution en 1979 du rapport intitulé *Le vol et la fraude*, la Commission de réforme du droit du Canada se prononçait en faveur d'une solution qui s'apparente à celle qui existe présentement en droit anglais. Cette solution ne fait plus aujourd'hui l'unanimité au sein de la Commission. Tandis que certains commissaires restent fidèles à cette façon de voir,

98. Voir le huitième rapport du CRIMINAL LAW REVISION COMMITTEE, *Theft and Related Offences*, Cmnd 2977, Londres, 1966.
99. *Id.*, p. 20 (39).
100. En raison de l'article 1 (3) du *Theft Act 1968* (R.-U.), 1968, c. 60.
101. Voir entre autres E. GRIEW, *loc. cit.*, note 42 ; D. ELLIOTT, *loc. cit.*, note 47 ; J.C. SMITH et B. HOGAN, *Criminal Law*, *op. cit.*, note 47, p. 532 ; J. SPENCER, « Dishonesty : What the Jury Thinks the Defendant Thought the Jury Would Have Thought », (1982) *Cambridge L.J.* 222, 224 ; J. SMITH, *op. cit.*, note 49, pp. 70-71, de même que son commentaire d'arrêt dans [1991] *Crim. L.R.* 130 ; G. WILLIAMS, *op. cit.*, note 6, p. 730.

d'autres sont d'avis que l'insertion des mots « de manière malhonnête » à titre de *mens rea* recèle plus de difficultés qu'elle n'en résout[102].

Il faut donc se pencher dans un premier temps sur les conclusions du rapport *Le vol et la fraude* puisqu'elles jouissent encore de l'appui d'un certain nombre de commissaires (6.1). Nous aborderons ensuite la nouvelle proposition que formulent certains commissaires dans le projet de code soumis par la Commission en 1987 (6.2).

6.1 Le rapport *Le vol et la fraude*

Les recommandations que contient le rapport *Le vol et la fraude* sur le chapitre de la malhonnêteté ne sont pas sans inquiéter. On y propose d'insérer le mot « malhonnêtement » comme seul repère en matière de *mens rea*. Une partie de la Commission s'y rallie encore et suggère la définition suivante dans le projet de code de 1987 : « Fraude. Commet un crime quiconque, *de manière malhonnête*, amène une autre personne, par une fausse déclaration ou une réticence, à subir ou à s'exposer à subir une perte financière[103]. »

Il est louable de vouloir ramener la définition de la fraude à l'essentiel et de désirer mettre en évidence la valeur qu'est censée protéger cette infraction. Mais les mots « malhonnêtement » et « de manière malhonnête » sont d'une simplicité trompeuse et il est à craindre que l'infraction de fraude ne se prête pas aussi bien que d'autres à un laconisme toujours souhaitable en matière de rédaction législative.

La démarche qu'empruntait la Commission en 1979 et que retiennent les commissaires qui ont proposé en 1987 le projet d'article précité est celle qui a conduit en Angleterre à tant d'incertitudes et à une solution qui s'est attirée en doctrine les virulentes critiques qu'on connaît. Il ne convient pas de reprendre une à une les critiques que suscite le projet d'article précité. Un auteur s'en est déjà fort bien acquitté[104].

Revenons au rapport *Le vol et la fraude* dont découle le projet d'article précité. La Commission entendait faire de la malhonnêteté une question de fait dans son rapport paru en 1979. Or, nous avons déjà abordé en détail les carences de cette approche[105]. Le projet de la Commission rejette par

102. COMMISSION DE RÉFORME DU DROIT DU CANADA, *Pour une nouvelle codification du droit pénal, Rapport n° 31*, Ottawa, Ministère des Approvisionnements et Services Canada, 1987, p. 88.
103. *Id.*, p. 91 ; l'italique est de nous.
104. D. DOHERTY, *loc. cit.*, note 4, 391 et suiv. ; B. ZIFF, « Theft and Fraud », (1984) 16 *Ott. L.Rev.* 431, 439-440.
105. Voir la partie 5.1.

ailleurs le test subjectif à l'état pur[106] ; mais l'on semble y déceler en filigrane un critère qui paraît être le précurseur de celui qui a été employé par la Cour d'appel de l'Angleterre dans l'affaire *Ghosh*[107]. Qu'il suffise de rappeler les lacunes d'un critère auquel nous avons déjà consacré des développements[108].

Peu s'en faut pour que le projet d'article précité, fût-il adopté comme tel, soulève un argument constitutionnel axé sur le caractère trop flou de la disposition législative. Pareille contestation ne manquerait pas de renfort en jurisprudence[109]. Prenant le parti de l'arrêt *Feely*[110], la Commission se refuse dans son rapport de 1979 à suggérer une définition juridique des expressions « malhonnêtement » ou « de manière malhonnête » au motif que tous s'entendent pour définir ce qui est malhonnête et ce qui cesse de l'être : « C'est un mot dont tout le monde connaît la signification : il se passe donc de définition[111]. »

C'est là une proposition audacieuse, d'autant plus que la pierre d'achoppement de l'adoption d'une infraction générale de fraude en droit anglais est précisément le défaut de s'entendre sur ce qui est malhonnête et ce qui ne l'est pas[112]. L'argument soulevé par la Commission en 1979 est aussi réfuté avec vigueur dans d'autres ressorts. De nombreux arrêts australiens s'emploient à souligner les incertitudes chroniques qui résultent du refus de définir l'expression « de manière malhonnête » législativement ou dans la jurisprudence (en faisant de cette définition une

106. Il en va de même du rapport de la Commission en 1987 : « s'il [l'inculpé] pense simplement que le vol n'est pas contraire à la loi ou que, même illicite, il est justifiable, il ne dispose d'aucun moyen de défense. Par conséquent, agir de manière malhonnête, c'est agir d'une façon que l'on qualifiera d'ordinaire de malhonnête, sans égard aux valeurs morales de l'agent. » : COMMISSION DE RÉFORME DU DROIT DU CANADA, *op. cit.*, note 102, p. 89.

107. COMMISSION DE RÉFORME DU DROIT DU CANADA, *Le vol et la fraude*, *Rapport n° 12*, Ottawa, Ministère des Approvisionnements et Services Canada, 1979, p. 32.

108. Voir la partie 5.2.2.

109. « To allow juries to determine such a question unaided is to introduce uncertainty and arbitrariness into the criminal law » : *R.* v. *Walsh*, [1984] 8 Crim. L.J. 184 (C.A. Melbourne, Australie). *Infra*, note 114, et B. ZIFF, *loc. cit.*, note 104, 442-443.

110. COMMISSION DE RÉFORME DU DROIT DU CANADA, *op. cit.*, note 107, p. 14. Et à la page 29 : « [L'approche] consiste à remplacer des termes techniques, que les jurés ne comprennent pas facilement, par un mot d'usage courant qui réfère aux normes acceptées par les honnêtes gens. »

111. *Id.*, p. 10 (voir aussi les pages 28 à 30). La Commission laissera pourtant échapper laconiquement à la page 34 : « Être malhonnête, c'est ignorer délibérément ou avec une insouciance téméraire le droit de propriété d'autrui. »

112. A. SMITH, « Conspiracy to Defraud : the Law Commission's Working Paper No. 104 », [1988] *Crim. L.R.* 508, 515.

question de droit)[113]. Les mêmes arrêts font aussi état des décisions contradictoires qu'entraîne inexorablement le défaut de définir les mots « de manière malhonnête »[114].

Quelle que puisse être la fortune en jurisprudence d'une contestation fondée sur le caractère trop flou de l'expression « de manière malhonnête », il suffit de mentionner qu'il est éminemment peu souhaitable de suivre pas à pas une démarche qui a abouti en droit anglais à un système boiteux. Il est à craindre que le projet d'article précité ne s'éloigne des objectifs de précision sur lequel doit reposer le droit pénal.

6.2 Le projet de code de 1987 : une seconde proposition

Les commissaires qui préconisent d'omettre les mots « de manière malhonnête » de la définition de la fraude suggèrent le libellé suivant : « Fraude. Commet un crime quiconque, sans droit, amène une autre personne, par une déclaration malhonnête ou une réticence malhonnête, à subir ou à s'exposer à subir une perte financière[115]. »

L'expression « de manière malhonnête » disparaît au profit des mots « sans droit », tandis que les termes « fausse déclaration » et « réticence » font place aux mots « déclaration malhonnête » et « réticence malhonnête ».

La juxtaposition du mot « malhonnête » et des mots « déclaration » et « réticence » ne semble pas heureuse ; elle risque de réintroduire l'ambiguïté même que la disposition a pour objet de chasser. Les mots « fausse déclaration » et « réticence » conviennent parfaitement si tant il est vrai que l'on souhaite ne pas ajouter d'élément moral non défini[116].

Les commissaires ont mandaté une équipe afin de coucher leurs propositions dans un projet de version législative. Les rédacteurs de la version législative semblent malheureusement avoir pris leurs aises par

113. Ces arrêts sont toutefois postérieurs au dépôt du rapport *Le vol et la fraude* et l'on ne saurait reprocher à la Commission de ne pas en avoir alors tenu compte.

114. Les propos du juge Fullagar dans l'affaire *R.* v. *Salvo*, précitée, note 51, mériteraient d'être repris en entier. Nous nous contenterons toutefois de l'extrait suivant (pp. 430-431) : « It is [...] important that the principles applied be legal principles and known principles. Feelings and intuitions as to what constitutes dishonesty, and even as to what dishonesty means, must vary greatly from jury to jury and from judge to judge and from magistrate to magistrate [...] respect for the law is greatly weakened when offenders receive different treatment as regards conviction, at the hands of different magistrates, justices or juries for almost identical actions in almost identical circumstances. » E. GRIEW, *loc. cit.*, note 42 ; D. DOHERTY, *loc. cit.*, note 4, 393 ; et *supra*, note 109.

115. COMMISSION DE RÉFORME DU DROIT DU CANADA, *op. cit.*, note 102, p. 93.

116. C'est là l'un des arguments retenus par les commissaires qui s'opposent aux recommandations contenues dans le rapport *Le vol et la fraude* : *supra*, note 102, p. 88.

rapport au texte retenu par les commissaires dans leur projet de code. Le libellé suivant ferait figure de texte législatif :

> Est coupable d'un crime quiconque amène une autre personne par une fausse déclaration concernant un fait passé, présent ou futur ou une omission de révéler un fait :
>
> a) soit à se départir d'un bien ;
>
> b) soit à subir une perte financière ou à s'exposer à un risque financier[117].

Le texte comporte l'ajout des mots « soit à se départir d'un bien » tandis que le projet des commissaires continuait de retenir l'exigence d'un risque financier. Faire de la dépossession obtenue par suite de faux prétextes ou de réticence le crime de fraude ne correspond pas à l'état du droit actuel. La *mens rea* qui résulterait de l'alinéa a) n'est pas du même ordre que celle de l'alinéa b). L'intention de tromper en amenant autrui à se départir de son bien — l'alinéa a) — correspond à la définition de la *mens rea* de la fraude que donnent certains juges australiens[118]. Or nous verrons que cette définition se passe souvent de tout élément de turpitude morale[119]. Il en va tout autrement de la conduite de celui qui cause sciemment un risque de préjudice relativement aux intérêts patrimoniaux d'autrui — l'alinéa b). Un élément de turpitude morale découle nécessairement de ce type d'action comme nous allons maintenant tenter de l'expliquer.

7. L'ébauche d'une solution nouvelle fondée sur la prise délibérée d'un risque à l'égard des intérêts patrimoniaux d'autrui

Nous avons examiné les lacunes que présente la théorie subjective dans l'une ou l'autre de ses formes. Encore faut-il s'assurer que son rejet en matière de fraude ne mène à des solutions injustes en punissant une personne qui n'aurait pas été animée d'un état d'esprit blâmable.

Un élément, exclusif à l'infraction de fraude, permet d'éviter pareille injustice : la connaissance personnelle de l'accusé que son comportement fait subir aux intérêts patrimoniaux de la victime un risque de préjudice. La nécessité de démontrer la prise de conscience chez l'accusé que son comportement a créé pareil risque suffit à déceler chez ce dernier un état d'esprit coupable.

Le rejet du test subjectif complémentaire ne revient pas à dire que la fraude ne nécessite pas un état d'esprit malhonnête de la part de l'inculpé. Il s'agit plutôt de souligner que cet état d'esprit malhonnête découle de lui-

117. *Id.*, pp. 213-214.
118. Notamment le juge Fullagar dans l'affaire *R.* v. *Salvo* : voir *infra*, note 156.
119. Voir notre conclusion.

même à partir de la connaissance de l'inculpé des circonstances entourant la dépossession et des conséquences financières du geste qu'il fait[120].

Exposer de propos délibéré le patrimoine d'autrui à un risque de préjudice d'ordre pécuniaire en lui taisant d'une manière quelconque la vérité : c'est là l'essence de la malhonnêteté de l'état d'esprit d'un individu coupable de fraude.

L'intention de se procurer un avantage par l'intermédiaire du mensonge ou d'un autre moyen dolosif ne suffit pas pour qualifier l'état d'esprit du prévenu de malhonnête. Il lui faut connaître de plus le péril financier qu'encourt sa victime avant de pouvoir se faire reprocher d'avoir commis une fraude[121]. Revenons aux faits de l'arrêt *Lacroix*. L'accusé a eu recours à un stratagème qui lui a permis de se procurer une marge de crédit non autorisée. L'intention de jouir d'un avantage sans que sa victime en soit initialement alertée ne faisait pas de doute. Mais le stratagème de l'accusé avait aussi pour objet exclusif de rentabiliser son entreprise et de lui permettre d'effectuer ainsi le remboursement de prêts que lui avait déjà consentis la banque. L'argent soutiré n'a servi qu'à essayer de relancer une entreprise titubante. L'accusé avait fait preuve d'un optimisme démesuré en espérant ainsi assurer la survie des activités de son commerce, mais il n'avait certes pas eu d'intention malhonnête.

C'est la reconnaissance de ce même facteur que l'on retrouve dans cet extrait de l'arrêt *Olan* : « le juge de première instance a eu raison de laisser au jury le soin de décider si les intimés croyaient sincèrement que la liquidation du portefeuille, dont le produit était réinvesti, était conforme aux meilleurs intérêts de Langley [la victime][122] ».

On a déjà laissé entendre que cet extrait atteste de la volonté de la Cour suprême de faire de la malhonnêteté une question relevant du jury à l'instar de l'arrêt *Feely*[123]. Il n'en est rien. La Cour détermine au contraire elle-même les éléments propres à la malhonnêteté (tels que la création d'un risque de préjudice d'ordre financier et son anticipation par le prévenu)

---

120. À rapprocher des propos de A. ARLIDGE et J. PARRY, *Fraud*, coll. « The Criminal Law Library », n° 1, Londres, Waterlow Publishers, 1985, p. 19 : « A defendant who takes even a slight risk with another's property, which he knows that the other would not allow him to take if he knew the true position, will invariably be dishonest. » J.D. EWART, *op. cit.*, note 4, p. 163 : « if there is the deliberate, knowing, infliction of deprivation by dishonest means [...] then it can also be said that moral turpitude is present ».

121. Voir la partie 1. ; *Champagne* c. *La Reine*, précité, note 5.

122. *R.* c. *Olan*, précité, note 11, 1194.

123. A.D. GOLD, « Recent Developments in the Law of Fraud », dans *Fraud and White Collar Crime. New Criminal and Civil Exposure for Clients and Their Lawyers*, Toronto, The Canadian Bar Association-Ontario, Continuing Legal Education, 1981, p. 19.

pour laisser aux jurés le soin de vérifier si *la preuve* des faits jugés pertinents par la Cour s'est avérée concluante dans l'espèce qui les occupe. L'évaluation de la preuve est du ressort du jury ; la détermination au préalable de sa pertinence est l'affaire du juge.

Prenons maintenant l'exemple suivant. Jeanne croit que Gaétane a dérobé un objet appartenant à son amie Denise. Jeanne convainc Gaétane de se départir de l'objet en question après lui avoir présenté de faux prétextes ; puis Jeanne s'empresse de remettre l'objet à Denise qui lui apprend que Gaétane est en fait l'unique propriétaire. Jeanne avait indéniablement l'intention de tromper et supposons, aux fins de l'exemple, qu'elle n'ait pas cru en l'existence d'un droit légal d'agir au nom d'autrui. Elle échappera néanmoins à une condamnation pour fraude car elle ignorait qu'elle causait quelque préjudice que ce soit à la personne qu'elle dupait.

L'apparence de droit ne règle donc pas tout. Mais il est des cas où il suffit de se savoir sans apparence de droit pour être au courant du risque de préjudice financier que l'on crée par son comportement. Il en est ainsi lorsqu'on sait positivement que l'on ne dispose d'aucun recours contre la victime et que cette dernière n'aurait, par conséquent, aucune obligation de se départir de son bien. L'amener à se départir d'un bien à l'aide d'un moyen dolosif l'expose donc à un risque de préjudice au su de l'accusé, et malgré que celui-ci puisse trouver fort injuste de ne pas avoir de droit légal. L'arrêt *R.* c. *Dumont*[124] en est une illustration. Notons qu'il ne suffit pas d'agir sans apparence de droit. Il faut établir que le prévenu agissait alors qu'il se savait dépourvu de tout droit d'action.

Faire reposer la malhonnêteté de l'esprit sur la création et l'anticipation d'un risque de préjudice économique ménage tant la nécessité de retrouver un état d'esprit blâmable que la recherche de critères stables et permanents en droit pénal.

Que la création délibérée d'un risque de préjudice envers autrui suffise pour qualifier les intentions d'un individu de malhonnêtes ressort à la lecture de la plupart des arrêts discutés dans notre étude du test dit objectif[125]. Deux décisions récentes fortifient aussi notre point de vue. La Cour d'appel de l'Ontario a refusé d'accorder de l'importance à la croyance de l'accusé voulant que sa conduite n'était pas malhonnête, après qu'il fut établi qu'il avait obtenu, à la suite de fausses représentations, un prêt du ministère du Revenu tout en sachant qu'un préjudice s'ensuivrait pour le

124. *R.* c. *Dumont*, précité, note 17 ; *Richer* c. *La Reine*, précité, note 14 : l'exécution exorbitante d'un contrat en raison de circonstances imprévues ne permet pas à la partie « lésée » d'amoindrir ses pertes en soumettant au cocontractant de fausses réclamations alors qu'elle se sait fort bien tenue de respecter l'entente initiale.

125. Voir la partie 3.

Ministère : « The Crown was only required to prove knowledge that, in all the circumstances, the application for the release was false or misleading *and* as a consequence of the misrepresentation the Ministry would suffer a detriment or loss[126]. »

La majorité de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique est parvenue à une conclusion semblable dans l'affaire *Long* :

> the assessment of the mental element of the offence of fraud must not be based on what the accused thought about the honesty or otherwise of his conduct [...] When considering the element of intent in fraud the principal concern is to determine what knowledge an accused had of the conduct which has been found to be dishonest, *and what knowledge or foresight he had of the consequences which amount to the deprivation alleged*[127].

Faire découler l'état d'esprit malhonnête d'un individu de sa création délibérée d'un risque de préjudice économique par rapport aux intérêts d'autrui oblige à aborder sous un nouveau jour deux moyens de défense souvent invoqués en pareille matière : l'intention de rembourser sa victime (7.1) et la croyance en la ratification subséquente des actes de l'accusé par la victime (7.2). Il faut désormais nuancer les arrêts traditionnels qui repoussaient systématiquement ces moyens de défense.

7.1 L'intention de rembourser eu égard à la nécessité d'un état d'esprit malhonnête

Nous ne voulons pas ici mettre en doute la justesse de l'énoncé de principe de la Cour suprême à ce sujet mais plutôt insister sur l'importance de ne pas citer hors contexte le passage suivant des motifs de l'arrêt *Olan* : « l'intention de rembourser n'a jamais permis d'excuser une fraude si la preuve révèle que la conduite de l'accusé a donné lieu à un détournement malhonnête à des fins personnelles. Au mieux, l'intention de rembourser serait retenue pour mitiger la sentence[128]. »

À la suite d'une série de transactions orchestrées par Olan et deux autres accusés, la compagnie victime avait consenti à céder un portefeuille de valeurs de grande qualité en retour de billets à demande non garantis d'une compagnie, Beauport Holdings, dont le fonds de roulement accusait un déficit supérieur à 1 100 000 dollars et sur laquelle la victime n'exerçait

126. *R.* v. *Sylvester*, précité, note 22 ; l'italique est de nous. Voir aussi *R.* v. *Allman*, (1984) 11 W.C.B. 397 (B.C. C.A.).

127. *R.* v. *Long*, précité, note 7, 166-167 ; l'italique est de nous. L'arrêt que vient de rendre le Conseil privé dans l'affaire *Wai Yu-tsang* va de surcroît dans le même sens : *Wai Yu-tsang* v. *R.*, précitée, note 11. Voir aussi D. DOHERTY, *loc. cit.*, note 4, 398 ; J.D. EWART, *op. cit.*, note 4, pp. 143, 144 et 173.

128. *R.* c. *Olan*, précité, note 11, 1194.

aucun contrôle. La preuve ne révélait nullement que Beauport Holdings eût été en mesure d'honorer ses engagements sur-le-champ[129].

Les accusés étaient au fait de la situation. Deux des trois accusés étaient d'ailleurs respectivement président et vice-président de Beauport Holdings. Ils connaissaient l'incapacité de Beauport Holdings de payer les billets à demande, mais ils n'en avaient pas moins procédé à la transaction. Leur thèse voulait que la Couronne n'ait pas montré leur intention de ne pas rembourser à la victime le montant des billets à demande. C'est d'une intention de rembourser *éventuellement* dont il était question. Cette intention de rembourser ne remettait nullement en question la connaissance des accusés du péril financier auquel ils exposaient *entre-temps* la corporation victime.

Les mêmes remarques valent pour d'autres arrêts où l'intention de rembourser n'a pas été reconnue comme un moyen de défense valable. Dans *R.* v. *Waugh*, par exemple, l'intention de rembourser demeurait aléatoire puisqu'elle était sujette à un profit incertain[130]. L'accusé savait pertinemment que la concrétisation de son intention de rembourser demeurait tributaire d'un événement sur lequel il n'exerçait pas de contrôle.

Que l'intention de rembourser ne soit pas décisive se comprend. La victime peut fort bien éprouver un préjudice durant l'intervalle au su de l'inculpé ; tout comme le désir de l'inculpé peut ne jamais se concrétiser et ce dernier en être fort bien conscient[131]. *Mais l'intention de rembourser retrouve sa pertinence comme un élément servant à déterminer si le prévenu réalise que la victime court un risque pécuniaire quelconque.* Ainsi en est-il lorsque la volonté arrêtée du prévenu de rembourser la victime ne lui permet pas d'entrevoir que celle-ci subit malgré tout un risque de préjudice financier, du moins durant l'intervalle qui s'écoulera entre la dépossession et le remboursement.

---

129. *Id.*, 1191.

130. *R.* v. *Waugh*, (1987) 196 A.P.R. 297, 304 (N.S. C.A.). *R.* v. *Nagle*, (1990) 10 W.C.B. (2d) 406 (Q.B. N.B.) ; *R. v. Mayan (No. 2)*, (1985) 16 W.C.B. 16, [1986] Ont. D. Crim. Conv. 5505-03 (C. distr. Ont.) ; *R. v. Cowan*, (1986) 16 W.C.B. 206 (C. distr. Ont.) ; *R.* v. *Winnipeg Mortgage Exchange Ltd.*, [1983] Man. D. 5505-04 (C. cté Man.) ; *R.* v. *Yanish*, (1981) 9 Sask. R. 212 (C. distr. Sask.) ; *R.* v. *Williams*, (1989) 6 W.C.B. (2d) 313 (C. distr. Ont.).

131. *R.* v. *Waugh*, précité, note 130, en est un exemple. Le même raisonnement vaut pour l'affaire *Zlatic*, précitée, note 71. L'accusé s'en alla miser au casino l'argent que lui avaient remis divers fournisseurs à titre d'avances contractuelles. Or, il y a fort à parier que peu de parieurs ignorent dans un tel cas le risque qu'ils font courir aux intérêts d'autrui car leur gain n'est pas assuré, loin de là. On peut être optimiste sans ignorer pour autant qu'il y a risque de perte. Il suffira que l'inculpé ait entrevu ce risque pour être reconnu coupable.

Supposons que la croyance de l'accusé qu'il pourra rembourser sa victime avant qu'elle souffre de l'absence de son bien s'avère ultimement un vain espoir par suite de tracas financiers imprévisibles au moment de la dépossession : cette croyance lui aura permis malgré tout d'établir son ignorance de la création d'un risque de préjudice financier à l'endroit de la victime. Il faut toutefois apporter un tempérament de plus. La certitude de pouvoir rembourser la personne dépossédée dans un avenir rapproché n'est pas un moyen de défense assuré si l'accusé sait ou soupçonne malgré tout que la victime est sujette à un préjudice dans l'intervalle. Il ne suffit pas d'avoir l'assurance de pouvoir effectuer un remboursement au cours des semaines à venir pour pouvoir exposer impunément autrui à un risque de préjudice financier dans l'intervalle.

Le facteur déterminant demeure donc la connaissance de l'accusé qu'il expose les intérêts patrimoniaux de la victime à un quelconque risque.

Il est difficile de savoir dans quelle mesure la décision de la Cour d'appel du Québec dans l'affaire *Théroux* c. *La Reine* s'inspire de ces principes. Le jugé Dubé semble nier que l'intention de rembourser ait quelque pertinence. Il ne paraît pas s'attarder à la possibilité que l'intention ferme du prévenu de rembourser la victime soit telle que celui-ci ignore l'existence même d'un risque de préjudice encouru par la victime. Les motifs du juge Proulx paraissent au contraire plus nuancés : « L'intention de rembourser les acheteurs, quand par ailleurs il a été établi que des moyens frauduleux ont été consciemment utilisés pour obtenir les dépôts d'argent tout en exposant les acheteurs, à tout le moins, *à un risque certain*, ne peut exculper [sic] l'appelant[132]. »

Le juge Proulx semble reconnaître à juste titre que l'intention de l'accusé de rembourser peut être parfois telle que la victime n'encourt aucun risque véritable de préjudice pécuniaire. D'où la nécessité de montrer qu'un risque de préjudice existait bel et bien. Encore faut-il selon nous que le prévenu soit à même de réaliser l'existence de ce risque : c'est là que son intention de rembourser peut lui permettre de se disculper selon le critère énoncé précédemment[133].

---

132. *Théroux* c. *La Reine*, précité, note 8, 87-88 (R.J.Q.), 537 (C.C.C.) ; l'italique est de nous.

133. L'affaire *Théroux* se complique d'une autre circonstance. Le mensonge de Théroux avait induit les victimes en erreur à double titre. Celles-ci croyaient à tort que leurs dépôts monétaires étaient garantis *et* qu'elles bénéficiaient des avantages du projet gouvernemental Corvée-Habitation. Dans la meilleure des hypothèses, Théroux menait son projet de construction à terme comme il l'escomptait et les victimes n'essuyaient aucune perte. Mais les victimes n'en seraient pas moins demeurées privées des avantages d'un projet gouvernemental auquel elles croyaient avoir droit en raison des dires de l'accusé. Si sincère fût-elle, l'intention de l'accusé de terminer son projet ne suffisait peut-être pas pour le disculper : le préjudice des victimes résultant du dol de Théroux ne se serait pas terminé avec le parachèvement des travaux de construction.

7.2 La croyance de l'accusé en la ratification de ses gestes

À l'instar de l'intention de rembourser, la croyance de l'accusé en la ratification à venir de ses actes est pertinente aux fins d'établir si le prévenu a anticipé l'existence d'un risque de préjudice à l'égard des intérêts patrimoniaux de la victime. Deux cours d'appel ont d'ailleurs reconnu récemment l'importance de considérer cet élément au moment de l'évaluation de la *mens rea* de l'accusé[134].

Croire sincèrement en la ratification future des gestes que l'on fait revient à ignorer que l'on crée un risque de préjudice à l'endroit de celui même dont on se dit assuré de l'assentiment. Mais la certitude de l'accusé en cette croyance doit elle-même être sondée. Se croire assuré d'obtenir une ratification est définitivement suffisant pour ne pas être conscient de la survenance d'un risque injustifié à l'endroit des intérêts économiques d'autrui. Tout autre est la situation si l'accusé croit que cette ratification est seulement possible ou encore s'il la croit improbable mais non exclue. Il se peut qu'il ait alors fait preuve d'aveuglement volontaire quant à la vraisemblance qu'il essuie un refus et que la victime subisse un risque de préjudice financier contre son gré. Douter de la certitude d'une ratification future revient souvent à se fermer les yeux en refusant d'admettre que l'on risque de faire encourir à autrui un préjudice financier potentiel ou réel.

Tenir compte, même à l'intérieur des paramètres décrits auparavant, de la croyance de l'accusé en la ratification de ses gestes équivaut à remettre en question la justesse de certains considérants précités de l'arrêt *Lemire*[135]. Rappelons que la Cour suprême n'a accordé aucune pertinence à la croyance de l'accusé voulant que le régime de paiements secrets auquel il prenait part soit éventuellement régularisé[136].

Cet énoncé de la Cour suprême semble avoir été mis en veilleuse depuis les affaires *Bobbie* et *Lacroix*[137]. Il est de toute façon possible de justifier l'arrêt *Lemire* différemment. La croyance de l'accusé Lemire en une éventuelle ratification demeurait sujette à caution. Le recours à de faux comptes de dépenses s'étala sur une période de huit ans et l'on peut se demander si, à la supposer initialement sincère, la croyance de Lemire en la ratification éventuelle de ses actes a pu survivre à tant d'années. Les constatations du juge du procès auraient d'ailleurs dû suffire à résoudre la question : « He [le juge du procès] goes on to hold that the respondent could

134. *R.* c. *Bobbie*, précité, note 30 ; *Lacroix* c. *La Reine*, précité, note 27. Voir toutefois *R.* v. *Williams*, [1989] Ont. D. Crim. Conv. 5505-01 (C. distr. Ont.).

135. Les faits de cettte affaire ont été relatés à la partie 3.

136. Voir l'extrait cité à la partie 3. *R.* c. *Currie*, précité, note 14.

137. *R.* c. *Bobbie*, précité, note 30 ; *Lacroix* c. *La Reine*, précité, note 27.

not have had an honest belief that he was entitled to obtain the moneys which he did obtain by rendering expense accounts which were false in fact[138]. »

Une fois l'augmentation salariale finalement accordée, Lemire se contenta du reste de la toucher sans voir à faire valider celle qu'on lui avait officieusement octroyée auparavant. Ce fait n'est d'ailleurs pas passé inaperçu en Cour suprême[139].

7.3 Les « autres moyens dolosifs » de l'article 380 (1) du *Code criminel*

Le *Code criminel* n'énumère à l'article 380 (1) que deux moyens dolosifs : la supercherie et le mensonge. Il incombait dès lors aux tribunaux de définir l'expression « autre moyen dolosif » à l'article 380 (1). La Cour suprême donne dans l'arrêt *Olan* une portée appréciable à l'expression en statuant qu'elle vise « tous les autres moyens qu'on peut proprement qualifier de malhonnêtes[140] ».

Certains laissent entendre que la *mens rea* pose un problème lorsque l'inculpé a usé de moyens dolosifs qui ne consistent ni en une supercherie ni en un mensonge[141]. Mais il n'est pas tout à fait exact d'opposer, en matière de *mens rea*, la supercherie et le mensonge aux autres moyens dolosifs. Il faut plutôt différencier les moyens dolosifs selon que leur nature est d'induire autrui en erreur ou non. Le mensonge, la supercherie et la réticence — laquelle constitue un « autre moyen dolosif » au sens de l'article 380 (1) — ont un dénominateur commun : ils servent tous trois à duper autrui. Le prévenu s'emploie à induire sa victime en erreur.

Or, il existe d'autres moyens dolosifs qui n'ont pas cette vocation. Il peut d'ailleurs s'agir de gestes purement anodins en soi : encaissement de chèques, virement de fonds, etc. Le président d'une compagnie qui tient à frauder ses créanciers n'a qu'à la dépouiller de ses fonds en en transférant les actifs au sein d'une autre compagnie qu'il crée à cette fin. Une fraude peut se parfaire sans qu'il faille berner quiconque au moment de la commettre[141a].

---

138. *R.* c. *Lemire*, précité, note 14, 179. Ne pas croire en l'honnêteté de la croyance de l'inculpé rend la détermination de la pertinence légale de cette croyance tout à fait futile : *R.* c. *Labrosse*, [1987] 1 R.C.S. 310.
139. *R.* c. *Lemire*, précité, note 14, 193.
140. *R.* c. *Olan*, précité, note 11, 1180.
141. Certains arrêts laissent même entendre que la définition de la *mens rea* est alors susceptible de varier : *R.* v. *Harris*, (1989) 8 W.C.B. (2d) 89 (C. distr. Ont.).
141a. Le prévenu peut d'ailleurs ne pas avoir eu le moindre contact avec la victime et être pourtant coupable de fraude : *La Reine* c. *Pereira*, J.E. 90-1685 (C.A.).

Il va sans dire que la malhonnêteté s'infère plus aisément lorsque le prévenu a essayé d'induire un individu en erreur en l'amenant à se départir d'un bien grâce à un leurre[142]. Le fait de chercher à déjouer la vigilance d'autrui est du moins un indice possible d'un état d'esprit malhonnête.

Il ne faut pourtant pas croire que la définition de la *mens rea* doive varier selon que l'accusé utilise un leurre ou non au moment de commettre une fraude. Il importe avant tout de savoir si l'inculpé faisait consciemment courir un risque de préjudice à l'égard des intérêts patrimoniaux d'autrui. Qu'il n'ait pas été nécessaire de leurrer autrui pour mener à bien une fraude demeure sans incidence sur la *mens rea*.

C'est dans cette optique qu'il faut aborder le passage suivant de l'arrêt *R.* v. *Sebe* : « *in the case of an act, the actor must know that the act is dishonest*. Indeed, the very term « other fraudulent means » implies that there must be a fraudulent intent, for without it there can be no fraud[143]. »

La Cour d'appel désirait formuler un critère subjectif qui soit analogue à celui qui est applicable en matière de mensonge ou de supercherie[144]. Or, elle est en fait parvenue à dégager par inadvertance deux critères fort distincts. Songeons à la fraude commise par supercherie ou par mensonge. On ne saurait prétendre qu'il incombe à la Couronne d'établir que l'accusé *a conscience qu'il est malhonnête* de mentir ou de recourir à la supercherie alors que ses actes vont occasionner à autrui un risque de préjudice financier au su de l'accusé. De même n'a-t-on pas à se demander si l'accusé sait qu'il est malhonnête de faire preuve de réticence au motif que la réticence est un « autre moyen dolosif ».

La Cour confond dans l'arrêt *Sebe* ce sur quoi doit porter la connaissance du prévenu. Elle doit porter en premier lieu sur les faits formant le moyen dolosif. L'accusé doit savoir qu'il ment, qu'il tait ou encore qu'il masque la vérité[145]. Les gestes qu'il fait ne doivent pas l'être non plus par inadvertance. Il lui faut savoir au surplus que sa conduite assujettit les intérêts patrimoniaux d'autrui à un risque de préjudice[146]. Reste la connaissance de l'accusé que le geste qu'il fait est malhonnête : cette connaissance est sans pertinence aucune une fois les éléments susmentionnés établis.

142. Encore faut-il aussi que le prévenu sache qu'il soumet les intérêts patrimoniaux d'autrui à un risque de préjudice. On n'est pas coupable de fraude si l'on dupe autrui tout en croyant que le bien ainsi récupéré est légalement le sien.

143. *R.* v. *Sebe*, précité, note 33, 353 (C.R.) ; l'italique est de nous.

144. « It would be totally unacceptable to have one state of mind applicable to « deceit » and « falsehood » and another state of mind applicable to « other fraudulent means ». » : *ibid.*

145. L'aveuglement volontaire peut pallier ce manque de connaissance au besoin.

146. Voilà d'ailleurs pourquoi Sebe n'était point coupable. Il croyait à tort que l'une de ses compagnies était endettée envers l'autre.

Conclusion : les difficultés liées à un rapprochement des notions de malhonnêteté en matière de vol et de fraude en droit pénal canadien

La fraude a une finalité propre qui la distingue d'autres infractions tel le vol. La fraude en droit pénal canadien ne protège pas la plénitude des prérogatives normalement rattachées au droit de propriété. C'est que le droit pénal de la fraude ne s'attarde, en droit canadien, qu'aux conséquences économiques néfastes — virtuelles ou actualisées — de la dépossession. La dépossession doit s'accompagner au moins de la mise en péril d'intérêts patrimoniaux. La protection de tous les privilèges que confère le droit de propriété, y compris celui de faire usage de son bien comme on l'entend, n'est donc pas assurée parfaitement par l'infraction de fraude en droit pénal canadien.

Une personne peut être amenée à se départir d'un bien en raison d'un moyen dolosif et alors qu'elle n'aurait pas accepté de le faire, n'eût été de cette tromperie. Or l'accusé ne sera pas forcément coupable du crime de fraude[147]. Il en est ainsi en raison de la nécessité de prouver que l'accusé met sciemment en danger les intérêts patrimoniaux d'autrui du fait de cette dépossession[148]. Cette précision n'est pas du reste inconnue en droit anglais : certains auteurs la reprennent en séparant la malhonnêteté relative aux moyens dolosifs de celle qui vise l'obtention comme telle du bien. La malhonnêteté doit se rapporter à la fois aux moyens dolosifs *et* à l'obtention du bien avant que l'on puisse conclure à une condamnation[149].

Il y a bien quelque avantage en droit pénal à n'entendre protéger que certains attributs précis du droit de propriété. L'un de ces intérêts est de confiner la répression pénale à ces seuls actes où l'accusé est à même de reconnaître le caractère répréhensible de son comportement. C'est parce que l'article 380 (1) s'attarde à l'aspect économique de la dépossession que l'état d'esprit de l'accusé est pleinement répréhensible aux yeux du droit pénal sans qu'il faille introduire un test subjectif complémentaire.

C'est là une différence notable entre le vol et la fraude en droit pénal canadien. La gamme des attributs du droit de propriété que protège le vol

147. Voir par exemple *Lacroix* c. *La Reine*, précité, note 27, abordé à la partie 7., et *Théroux* c. *La Reine*, précité, note 8, 86 (R.J.Q.), 535 (C.C.C.).

148. *R.* c. *Campbell* et *Vézina* c. *La Reine*, précités, note 66.

149. Voir les propos du professeur Smith à la suite de l'affaire *R.* v. *Feeny*, [1991] *Crim. L.R.* 561, 562 : « A deliberate deception necessarily involves dishonesty [...] but there must also be dishonesty in the obtaining. There may be a deliberate [...] dishonest, deception without dishonesty in the obtaining, as where there is a claim of right to the thing obtained or, *possibly*, where the defendant believes that no detriment of any kind will be caused to the alleged victim of his act. » (L'italique est de nous.) Le professeur Smith ne peut se montrer plus catégorique dans son compte rendu du droit anglais puisque la Cour d'appel refuse de définir ce en quoi consiste la malhonnêteté.

est plus complète qu'en matière de fraude. L'infraction de vol va jusqu'à comprendre la dépossession temporaire — l'intention de priver temporairement suffit[150] — sans qu'aucun élément de préjudice ne soit au surplus nécessaire. Au cas de privation temporaire d'un bien par pure plaisanterie, l'accusé n'a pas forcément *conscience de nuire aux intérêts du propriétaire*[151]. Or cet argument n'a pas d'équivalent en cas de fraude. L'accusé a inévitablement conscience de nuire aux intérêts d'autrui s'il fait consciemment courir à un individu un risque de préjudice financier de par l'emploi d'un moyen dolosif: c'est-à-dire en prenant soin de lui taire la vérité. Si l'accusé décide de faire fi du risque de préjudice financier qu'il perçoit et de mener à terme son projet, il est alors évident qu'il a eu conscience de mettre en danger les intérêts patrimoniaux d'autrui, et son mobile devient dès ce moment sans incidence. Cette différence fondamentale entre les comportements visés en matière de fraude et de vol nous amène à tirer deux autres conclusions.

La première a trait à la façon d'interpréter le mot « frauduleusement » dans l'article 322 du Code qui prohibe le vol. Une controverse oppose les partisans d'un test objectif et les adeptes d'un test subjectif. Le rejet du test subjectif complémentaire en matière de fraude n'a pas d'incidence sur la façon d'interpréter le mot « frauduleusement » dans l'article 322 du Code. En raison de la spécificité des actes prohibés par chacune de ces deux infractions, le débat qui a cours en matière de vol demeure étranger à l'infraction de fraude. Comme nous venons de l'expliquer, les actes réprimés dans l'article 380 (1) du Code comportent intrinsèquement un état d'esprit blâmable du fait de la prise délibérée d'un risque à l'égard des intérêts patrimoniaux d'autrui. Point besoin, donc, d'opter pour l'arrêt *De Marco*[152] ou de lui préférer l'arrêt *Lafrance*[153] lorsqu'il s'agit d'établir le critère d'appréciation d'un état d'esprit frauduleux ou malhonnête au regard de l'article 380 (1) du Code. Il n'y aurait par exemple aucun paradoxe à privilégier le test subjectif de l'arrêt *De Marco* au cas de vol et

150. Art. 322 (1) a) C.cr.

151. Peut-être est-ce d'ailleurs là le sens à donner au mot « frauduleusement » dans l'article 322 C.cr. *Ce mot acquerrait alors un sens propre qui le différencierait à la fois de l'intention de priver et du défaut d'apparence de droit.* Il existe en outre des précédents selon lesquels ces trois expressions ne sont pas synonymes: *R.* v. *Fisher*, (1987) 31 C.C.C. 303 (Sask. C.A.).

152. *R.* v. *De Marco*, (1973) 13 C.C.C. (2d) 369 (C.A. Ont.).

153. *Lafrance* c. *La Reine*, [1975] 2 R.C.S. 201.

à rejeter une évaluation subjective de la malhonnêteté en matière de fraude[154].

Notre seconde conclusion touche aux bornes de l'étude du droit comparé même entre juridictions préconisant le rejet de la théorie subjective de la malhonnêteté. Nous ne nions pas qu'il soit digne d'intérêt de s'en remettre par exemple à certaines causes australiennes afin d'être au fait des écueils de la théorie subjective ; nous l'avons d'ailleurs fait nous-même[155]. Mais là doit s'arrêter le parallèle. Il importe en effet de reconnaître que le test objectif de la malhonnêteté que certains arrêts australiens favorisent diffère sensiblement du nôtre. Dans l'arrêt *Salvo*, le juge Fullagar assimile l'intention de frauder à l'intention « to withhold from a person what is his right[156] ». Or, la seule intention de déposséder autrui est nettement insuffisante au regard de l'article 380 (1)[157]. S'il en était autrement, il faudrait alors se demander (comme on le fait en matière de vol en droit canadien) s'il est juste de prétendre que de s'accaparer le bien d'autrui sans avoir conscience de nuire aux intérêts patrimoniaux de cette personne révèle à coup sûr une intention frauduleuse. Qu'il soit permis d'en douter et de souhaiter d'ailleurs que la jurisprudence exige en raison du mot « frauduleusement » de l'article 322 du Code que l'accusé ait conscience de nuire aux intérêts patrimoniaux d'autrui afin d'être reconnu coupable de vol. Pareille interprétation reviendrait à rechercher chez le voleur *et* le fraudeur le même élément de turpitude morale : car la malhonnêteté de l'un et de l'autre procède du mépris éhonté du droit d'autrui.

154. Voilà pourquoi il nous semble nettement préférable de ne pas préconiser le rejet de l'arrêt *De Marco* à cette seule fin de désavouer la théorie subjective de la malhonnêteté en fait de fraude. Il n'est pas nécessaire de trancher de manière préliminaire le débat en vertu de l'article 322 avant de déterminer si un test objectif ou subjectif de la malhonnêteté est requis au cas de fraude. D'autres ont pourtant supposé le contraire : J.D. EWART, *op. cit.*, note 4, pp. 158-163, et, à sa suite, la majorité de la Cour d'appel dans *R.* v. *Long*, précité, note 7.

155. *Supra*, notes 109 et 114.

156. *R.* v. *Salvo*, précité, note 51, 432. Cette définition trop peu large a d'ailleurs été critiquée : J. SMITH, *op. cit.*, note 49, p. 70 ; D. ELLIOTT, *loc. cit.*, note 47, 406. Les mêmes reproches doivent être adressés au projet de version législative discuté précédemment (partie 6.2 et note 117) : en s'écartant de la définition de l'*actus reus* proposée par les commissaires, il élargit aussi indûment la définition de l'intention coupable.

157. Il faut de plus faire courir un risque de préjudice pécuniaire à l'égard des intérêts patrimoniaux d'autrui en raison de cette dépossession et en être conscient : voir les parties 1. et 7.