
La dynamique de l'impunité : autour de la défense d'*ex turpi causa* en *common law* des délits civils

Pierre Legraud jr *

Exclus du droit ? Ce n'est pas si simple. Il n'y a pas intérêt à exclure jamais personne absolument. Le droit a besoin d'être publiquement appliqué à tous¹.

Prologue

« Quod quis ex culpa sua damnum sentit, non intellegitur damnum sentire »². Plus lapidairement encore, les juristes romains posaient que « culpa culpam abolet »³. Cette reconnaissance d'un effet libératoire à la faute du défendeur eu égard au comportement fautif de la victime elle-même, aujourd'hui obsolète dans son absolutisme, resterait toutefois d'actualité s'agissant des conduites *hors la loi*.

L'idée n'est pas neuve. Pour l'auteur d'un préjudice, le plus intuitif des moyens de défense est certes de s'en prendre à celui qu'il a lésé. En médissant de la victime, on justifierait la violation du droit. Or, il serait d'autant plus facile d'incriminer la victime que sa conduite participerait de l'illégal. Même la victime immorale ne serait, du reste, pas tout à fait innocente. Tel entendement affleure dans divers domaines du droit privé. Ainsi la victime de la faute contractuelle qui s'est associée à la transaction répréhensible perd son droit à la réclamation des bénéfices qui lui eussent autrement résulté de l'acte dans lequel elle a trempé. En droit des délits civils, la victime se verrait pareillement privée des dommages-intérêts compensatoires auxquels elle aurait pu autrement prétendre.

* Membre des Barreaux du Québec et de l'Ontario et professeur à la Faculté de droit de l'Université McGill.

© Revue de droit de McGill
McGill Law Journal 1991

¹Alain, « Histoire de mes pensées », dans *Les arts et les dieux*, Paris, Gallimard (« Bibliothèque de la Pléiade »), 1958 à la p. 47.

²Pomp. D. 50.17.203. Voir, pour une traduction française, *Les cinquante livres du Digeste ou des Pandectes de l'Empereur Justinien*, t. VII, trad. par Hulot, Metz, Behmer et Lamort, 1805 : « Celui qui souffre du dommage par sa propre faute n'a pas droit de s'en plaindre ».

³« La faute supprime la faute » [traduction libre] : R. Zimmermann, *The Law of Obligations [.] Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Cape Town, Juta, 1990 à la p. 1030, où l'auteur souligne que le droit romain faisait exception à la règle au cas de conduite dolosive du débiteur.

Cette tension trouble l'image simple d'un créancier aux prises avec son débiteur. Y a-t-il lieu de consolider la faute du défendeur pour raison de turpitude de la victime ? Convient-il, en d'autres termes, de donner suite à l'argument du défendeur qui avance que la conduite de la victime est telle qu'elle oblitérerait la faute qu'on lui reproche à telle enseigne que cette victime ne saurait maintenant se plaindre d'une telle faute ? L'on reléguerait, ni plus ni moins, la victime au dehors de la salle d'audience ; celle-ci, comme Garcin dans la pièce de Sartre, pourrait clamer son dépit : « Mais je suis hors jeu ; ils font le bilan sans s'occuper de moi »⁴. Comment, en effet, la victime pourrait-elle être écoutée, étant entendu qu'elle s'est d'elle-même mise au ban de la légalité ? Que pourrait-elle maintenant en appeler à l'assistance des juges ?

Mais ce thème est trop facile. Certes, il est bon que le juge puisse apprécier le degré de culpabilité du comportement de la victime. Rien ne justifie toutefois qu'on érige cette conduite en empêchement dirimant à la compensation. L'écart de conduite de la victime n'efface pas la nécessité de la réparation. Sans compter l'urgence de ne pas affadir le sens de la responsabilité civile chez les individus. Une étude consacrée à l'arbitrage qu'il convient d'opérer entre les intérêts en cause oscille obligatoirement entre le plaider et le réquisitoire : coupable, le demandeur suscite le blâme ; victime, il attire la sympathie.

La lecture des recueils de jurisprudence suggère que les tribunaux ont récemment eu à connaître, dans diverses juridictions de *common law*, de configurations factuelles plus ou moins condamnables dans le contexte desquelles la problématique qui m'intéresse s'est franchement soulevée. À cet égard, l'affaire *Norberg c. Wynrib* n'est pas en reste⁵. Parce qu'elle a, tout dernièrement, largement agité la question, à la faveur de faits d'ailleurs particulièrement scabreux, et parce qu'elle fera l'objet d'un pourvoi en Cour suprême du Canada, conduisant ainsi sans doute au prononcé d'un arrêt de principe, la décision de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique dans cette affaire me tiendra lieu de point d'appui tout au long de mon propos. Aussi convient-il de relater brièvement les faits saillants qui l'ont provoqué et de résumer succinctement les jugements auxquels elle a donné lieu, tant en première instance qu'en appel.

En décembre 1978, l'extraction d'une dent chez Laura Norberg [L.N.] la soulage de sérieuses migraines, non sans qu'elle se fut toutefois accoutumée, dans l'entretemps, au médicament connu sous le nom de « Fiorinal ». Cette servitude l'entraîne, en mars 1982, au cabinet du Docteur Morris Wynrib [le Docteur W.], septuagénaire, veuf et solitaire. Invoquant divers malaises, L.N.

⁴J.-P. Sartre, *Huis clos*, Paris, Gallimard, 1947, sc. v à la p. 81.

⁵(1990), 66 D.L.R. (4th) 553, 44 B.C.L.R. (2d) 47 (B.C.C.A.) [ci-après *Norberg* (C.A.) cité aux D.L.R.], conf. (1989), 50 D.L.R. (4th) 167, (1988), 27 B.C.L.R. (2d) 240 (B.C.S.C.) [ci-après *Norberg* (S.C.) cité aux D.L.R.]. La Cour suprême du Canada a accueilli, le 15 novembre 1990, une requête en autorisation de pourvoi déposée par la demanderesse-appelante.

obtient pendant plusieurs mois les prescriptions de « Fiorinal » qu'elle requiert de ce médecin. En décembre 1982, L.N. se voit toutefois contrainte de mettre fin à sa supercherie et d'avouer au Docteur W. sa condition de dépendance. Le médecin fait alors comprendre à L.N. qu'il reste disposé à lui prescrire le médicament qu'elle souhaite obtenir si elle se montre prête à satisfaire à ses exigences sur le plan sexuel. L.N. refuse cette proposition et entreprend d'obtenir des prescriptions d'autres médecins.

Vers la fin de l'année 1983, ses sources de « Fiorinal » s'étant taries, L.N. se résigne à consulter à nouveau le Docteur W. et à se conformer à ses désirs. S'ensuivent une douzaine de séances, tenues tant au cabinet du Docteur W. qu'à son appartement, pendant lesquelles celui-ci demande à L.N. de participer à divers actes sexuels. La preuve révèle qu'en aucune circonstance le Docteur W. n'a recours à la force et que jamais L.N. ne refuse ses avances. Pendant les quelque dix-huit mois que se poursuivent ces rencontres, le Docteur W. remet à L.N. plus de quarante prescriptions, sans compter les fois où il lui donne en mains propres les médicaments requis. L.N. est subséquemment accusée, puis condamnée pour obtention frauduleuse de stupéfiants en vertu de la *Loi sur les stupéfiants*⁶.

L.N. réclame du Docteur W. des dommages-intérêts compensatoires et punitifs. Elle allègue voies de fait (*assault*), négligence, violation de l'obligation fiduciaire due par un médecin à son patient et violation de contrat. En première instance, le juge Oppal, de la Cour suprême de la Colombie-Britannique, retient que les actes sexuels posés avec L.N., comme les prescriptions répétées à son endroit, violent l'obligation fiduciaire à laquelle est tenu le médecin. Bien que telle violation ouvre normalement la porte à un octroi de dommages-intérêts, la patiente ne peut, en l'espèce, prétendre à ce remède vu la pertinence de la défense d'*ex turpi causa non oritur actio* invoquée par le Docteur W.⁷ À cet égard, le raisonnement du juge paraît se dérouler en trois phases.

1. L'énoncé de la règle

[A]n injured plaintiff who engages in criminal conduct at the time of the injury may be denied all tort recovery for damages.

The defence applies equally to plaintiffs who have been engaged in immoral conduct⁸.

[...]

⁶*Loi sur les stupéfiants*, L.R.C. 1985, c. N-1.

⁷Le *Black's Law Dictionary*, 5e éd., St-Paul, Minn., West, 1979 offre la traduction suivante : « Out of a base [illegal, or immoral] consideration, an action does [can] not arise ».

⁸*Norberg* (S.C.), *supra*, note 5 aux pp. 172-73. La Cour s'appuie ici sur l'arrêt *Hegarty c. Shine* (1878), L.R. 4 Ir. 288 (Q.B.D.) [ci-après *Hegarty*].

If the defence of *ex turpi cause* [sic] is to be successful, the defendant must prove that there is a causal link between the plaintiff's injury and his participation in illegal or immoral activity [...]. An injury must have occurred as a natural consequence of the plaintiff's offence⁹.

2. L'énoncé du fondement de la règle

No court will lend its aid to a plaintiff who seeks to profit by his own wrongdoing.

[...]

It should be noted that this defence applies where it would be unconscionable for a court to give relief or compensation to a plaintiff. It does not in any sense relieve a defendant wrongdoer¹⁰.

3. L'énoncé de la pertinence de la règle en l'espèce

Both parties were voluntary participants in an illicit relationship. The plaintiff voluntarily agreed to participate in the sexual activity. Whatever hurt she has suffered is a direct natural consequence of her illegal agreement with the defendant. Her claim is founded on her illegal and immoral acts. While he capitalized on her addiction, she took advantage of his age and loneliness. She admitted this. One can sympathize with her addiction. However, there were alternatives which were open to her. It should not be forgotten that she was convicted of double doctoring herself during this period of time. Moreover, she was receiving drugs not for medicinal but for illicit purposes. The doctor's conduct, of course, was reprehensible. She was a reluctant but a willing party to the sexual encounters. She knowingly entered into an illegal bargain albeit not necessarily on terms which would be to her satisfaction¹¹.

L.N. interjette appel de cette décision. Le juge en chef McEachern, dans un jugement représentant l'opinion majoritaire de la Cour d'appel et confirmant le jugement entrepris¹², réfute l'argument se fondant sur une violation de son obligation fiduciaire par le médecin¹³. Quant à l'allégation de négligence, le juge en chef conclut à l'existence d'une obligation de diligence du médecin envers sa patiente de la guérir de son accoutumance au médicament ou, à tout le moins, de la référer à une clinique de désintoxication. Il estime, par ailleurs, que le Docteur W. a violé cette obligation, causant du coup un préjudice à L.N. Cette

⁹*Norberg* (S.C.), *supra*, note 5 à la p. 173. La Cour s'appuie ici sur *Mack c. Enns* (1983), 25 C.C.L.T. 134, 44 B.C.L.R. 145 (C.A.) [ci-après *Mack* (C.A.) cité aux B.C.L.R.].

¹⁰*Ibid.* aux pp. 173-74. La Cour s'appuie ici sur *Mack c. Enns* (1981), 17 C.C.L.T. 29, 30 B.C.L.R. 337 à la p. 345 (S.C.) [ci-après *Mack* (S.C.) cité aux B.C.L.R.].

¹¹*Ibid.* à la p. 174.

¹²Le juge Gibbs concourt à cette opinion.

¹³Le juge en chef McEachern s'appuie sur l'arrêt *Lac Minerals Ltd c. International Corona Resources Ltd*, [1989] 2 R.C.S. 574 à la p. 647, 61 D.L.R. (4th) 14 pour conclure qu'une relation juridique témoignant d'incidences fiduciaires ne saurait, malgré tout, donner naissance à une réclamation pour violation d'une obligation fiduciaire que dans un cas de divulgation d'information confidentielle ou autres circonstances du genre (« or something like that ») : *Norberg* (C.A.), *supra*, note 5 à la p. 556.

dernière doit toutefois se voir imputer une faute contributive vu l'ingestion volontaire de médicaments de sa part¹⁴.

La défense d'*ex turpi causa*, avancée par le Docteur W., doit-elle modifier cette détermination ? Le juge en chef McEachern affirme d'abord qu'à la lumière de la jurisprudence¹⁵, cette défense ne saurait intervenir que dans les circonstances où, le demandeur et le défendeur ayant participé à une entreprise criminelle commune, le demandeur est victime de la négligence du défendeur dans le cours de cette opération. Dans ce contexte, en effet, les complices ne sont pas tributaires d'une obligation de diligence l'un envers l'autre. Or, malgré que l'affaire renvoie précisément à un cas où « plaintiff and defendant [...] were both engaged in a joint or common criminal enterprise to traffic unlawfully in a prohibited drug »¹⁶, le juge en chef retient que « the plaintiff is nevertheless entitled to proper medical treatment from the defendant »¹⁷. Il n'explicite guère cette atténuation de la règle tout juste énoncée. Il est cependant permis de croire que ce que le juge en chef paraît percevoir comme le particularisme de l'obligation médicale n'est pas étranger à cette conclusion¹⁸.

La subsistance de l'obligation de diligence du Docteur W. établie, le juge en chef n'en procède pas moins à sanctionner l'application de la défense d'*ex turpi causa* à l'espèce. C'est qu'il est, selon le juge en chef McEachern, un deuxième volet à cette défense. Au-delà de la dissuasion d'entreprises criminelles communes par le biais d'une suspension de l'obligation de diligence, cette défense permet, en effet, de sauvegarder le principe aux termes duquel

the court's assistance will not be furnished to a plaintiff who seeks damages for injuries resulting from illegal and immoral activity or out of an arrangement or transaction which had as one of its incidents an illegal or immoral consideration¹⁹.

Rejoignant ici le juge de première instance et choisissant, à son instar, d'accepter la pertinence de la défense d'*ex turpi causa* au vu des faits en litige, le juge en chef McEachern prend soin de préciser que « [i]n this case, of course, I rely far more heavily upon illegal than upon immoral conduct »²⁰.

La dissidence du juge Locke porte, de manière tout à fait circonscrite, sur l'application aux faits de l'espèce de la règle selon laquelle la défense d'*ex turpi*

¹⁴*Ibid.* à la p. 557.

¹⁵*Ibid.* à la p. 558. Le juge en chef s'appuie, pour l'essentiel, sur l'arrêt *Betts c. Sanderson Estate* (1988), 53 D.L.R. (4th) 675, 31 B.C.L.R. (2d) 222 (B.C.C.A.) [ci-après *Betts* cité aux D.L.R.].

¹⁶*Ibid.*

¹⁷*Ibid.*

¹⁸*Ibid.* à la p. 557 :

He owed a professional responsibility both to the plaintiff and to the state not to mistreat her in a medical way by extending her period of addiction without proper treatment regardless of her wishes.

¹⁹*Ibid.* à la p. 559.

²⁰*Ibid.*

causa n'est pertinente que dans le contexte d'une participation des parties à une activité criminelle commune lorsque le préjudice subi par le demandeur découle de cette opération même²¹. Selon le juge dissident, la seule entreprise qui puisse être dite « commune » — soit la relation à caractère sexuel — n'est pas criminelle. Il n'y a, en l'instance, aucune opération criminelle « commune », mais bien que deux crimes distincts :

In the instant case, though there was obviously joint sexual activity there was no common purpose. The plaintiff asserts she would not have indulged in sex except to obtain drugs. Her crime, if any, was "double doctoring". The defendant says nothing, but it is plain that sexual gratification by itself was his individual object, and any crime for which he could have been charged was trafficking in drugs. Sexual intercourse between consenting adults is not a crime. There was no one criminal illegality to which both were parties. The damage did not result from any joint motivation²².

Dans ces circonstances, le juge Locke conclut à l'octroi de dommages-intérêts symboliques, indiquant que le caractère immoral de la conduite de L.N. ne saurait, à lui seul, faire obstacle à sa réclamation à l'encontre du Docteur W. :

[R]ecovery in this action can only be sustained on the ground of negligent and wrongful supply of drugs. [...] Sexual immorality is not relevant to the wrongful supply of drugs. Recovery is therefore not defeated by any doctrine of immorality²³.

Par-delà les divergences de vues relevant de l'interprétation factuelle et de la qualification juridique, il me paraît que l'on peut extraire des opinions exprimées en Cour d'appel deux propositions fondamentales -lesquelles rejoignent d'ailleurs, pour l'essentiel, les énoncés du juge de première instance.

1. Tous les juges s'entendent pour affirmer la pertinence de la défense d'*ex turpi causa* dans le cas où le préjudice subi par le demandeur, et pour lequel celui-ci réclame compensation, lui est résulté de sa participation à une entreprise criminelle avec le défendeur. Le demandeur se voit alors déchu de son droit à tout remède judiciaire et notamment de toute créance de dommages-intérêts qui serait autrement sienne.

2. Selon la majorité, il en est ainsi parce que l'entreprise criminelle commune a pour effet de suspendre l'obligation de diligence que se devraient normalement les parties. Lorsque, comme en l'espèce, des circonstances exceptionnelles autorisent la survie de l'obligation de diligence, la défense d'*ex turpi causa* n'a pas lieu de s'appliquer sauf si sont en cause des circonstances où l'illégalité ou l'immoralité du demandeur commande au juge de ne pas compromettre l'inté-

²¹*Ibid.* aux pp. 567-68, où le juge Locke s'appuie principalement sur les arrêts *Mack* (C.A.), *supra*, note 9 [pourvoi en Cour suprême du Canada refusé : (1984), 52 N.R. 235] et *Betts*, *supra*, note 15.

²²*Norberg* (C.A.), *supra*, note 5 à la p. 567.

²³*Ibid.* à la p. 568.

grité du Droit et donc, de ne pas lui venir en aide. Telle illégalité ou immoralité doit alors rejoindre directement l'activité fondant la réclamation.

En tant qu'il postule, de manière particulièrement saisissante²⁴, une « gestion différentielle des illégalismes »²⁵, l'arrêt *Norberg c. Wynrib* fournit d'emblée les pistes de recherche nécessaires à mon analyse. Cette décision montre, en effet, comment la formule des « illégalismes privilégiés », d'inspiration foucauldienne²⁶, peut être heureusement transplantée de son contexte criminologique original au cadre délictuel²⁷. Aussi est-ce à partir des conclusions qu'entérine cette décision que je me propose de formuler les deux interrogations autour desquelles s'articulera ma réflexion. Premièrement, convient-il que l'acceptation de la défense d'*ex turpi causa* dans une instance donnée doive entraîner, pour le demandeur, le refus de quelque compensation que ce soit ? Deuxièmement, y a-t-il lieu de retenir l'application de la défense d'*ex turpi causa* au motif que la conduite reprochée au demandeur est immorale, lors même qu'elle n'a rien d'illégal ?

I. Le déni de compensation

Toute défense reconnue en droit des délits civils loge à l'enseigne de l'une ou l'autre de deux grandes catégories : elle est « excuse » ou « justification »²⁸. La notion de « justification » intervient dans les situations où la conduite du défendeur n'étant pas fautive, le demandeur ne peut fonder sa réclamation de compensation. Si, dire que la conduite du défendeur est justifiée, c'est, pour le Droit, nier le caractère fautif du comportement examiné, c'est en outre affirmer que la même conduite qui interviendrait ultérieurement dans des circonstances similaires ne serait pas, elle non plus, jugée fautive. Ainsi la justification

²⁴C'est le lieu de souligner que je ne me propose pas d'insister sur la présence d'une sollicitation de faveurs à caractère sexuel dans le cadre de ce litige. À la manière des juges de première instance et d'appel, je ne vois pas que les faits de l'espèce justifient des développements relatifs à cette question précise. Voir, par exemple, *Norberg (C.A.)*, *supra*, note 5 à la p. 556, où le juge en chef McEachern retient que L.N. se trouvait en effet en mesure de donner un consentement véritablement volontaire aux actes sexuels. Le caractère dégradant des gestes du Docteur W. ne paraît pas devoir modifier cette conclusion en l'instance. Il reste à voir dans quelle mesure les parties, les éventuels intervenants et la Cour suprême du Canada voudront rectifier cette détermination, ce qui aurait notamment pour conséquence de conduire à une reconnaissance de responsabilité civile fondée sur les notions d'infliction de coups (*battery*) et voies de fait (*assault*).

²⁵F. Acosta, « À propos des illégalismes privilégiés [:] réflexions conceptuelles et mise en contexte » (1988) 21 :1 Criminologie 1 à la p. 1.

²⁶Voir M. Foucault, *Surveiller et punir*, Paris, Gallimard, 1975.

²⁷Voir Acosta, *supra*, note 25 *passim*.

²⁸Voir, sur la distinction — d'inspiration pénaliste — entre « excuse » et « justification » en droit des délits civils, G.P. Fletcher, « Fairness and Utility in Tort Theory » (1972) 85 Harv. L. Rev. 537 aux pp. 558-59 ; J.L. Coleman, « Moral Theories of Torts : Their Scope and Limits » (1982) 1 Law & Phil. 371 à la p. 377 ; R. Sullivan, « Trespass to the Person in Canada : A Defence of the Traditional Approach » (1988) 19 Ottawa L. Rev. 533 à la p. 555.

implique carrément la sanction par le Droit, dans un contexte défini, d'une conduite donnée. Il est des décisions qui, ayant eu à connaître de la défense d'*ex turpi causa*, lui ont précisément conféré le statut de justification. Dans ces affaires, les juges ont retenu que le défendeur n'était tout simplement pas titulaire d'une obligation de diligence à l'endroit du demandeur, l'illégalité de l'entreprise à laquelle les deux individus avaient collaboré ayant eu pour conséquence de « suspendre » toute obligation qui eut normalement existé. Ainsi dans l'arrêt *Hegarty c. Shine*²⁹, la Cour souligne que l'obligation de diligence est une notion relationnelle, c'est-à-dire que cette obligation naît des relations des justiciables les uns envers les autres. Si ceux-ci sont engagés dans la poursuite d'une activité illégale, leur relation ne saurait plus fonder une obligation de diligence. C'est ce qu'écrit Lord Chancellor Ball : « To support obligation founded upon relation, it appears to me the relation must be one that we can recognise and sanction »³⁰. Dans le langage de Hohfeld, on parlerait de « negation of legal duty », c'est-à-dire d'un *privilegé* conféré au défendeur d'agir à l'encontre du demandeur en restant à l'abri de toute responsabilité civile. Tels agissements seraient « privilégiés » (*privileged acts*)³¹.

Il en va tout différemment de l'excuse. Alors que la justification appelle au déni de cause d'action, l'excuse participe plus volontiers du déni de remède. Excuser le défendeur de sa conduite, c'est, en effet, admettre que, malgré les raisons valables qu'il y aurait d'opérer compensation, le défendeur n'a pas à indemniser le demandeur dans les circonstances de l'espèce. Le cas classique de l'excuse reste sans doute la folie. Excuser le délit commis par le fou n'a pas pour conséquence de modifier l'impératif de ne pas s'engager dans cette conduite. La norme de diligence reste inchangée. Toutefois, le Droit estime qu'il y a lieu de reconnaître, dans l'instance, que le défendeur ne saurait se voir blâmé pour le délit en litige. Le comportement n'en restant pas moins fautif, il pourrait fort bien, intervenant dans d'autres circonstances, donner ouverture à réparation. Ce qui autorise à dire que contrairement à la justification — où l'acte est jugé non fautif — l'excuse proclame l'*agent* non fautif.

Parce que rien, au-delà d'un puritanisme oiseux, ne justifie l'oblitération de l'entreprise illégale à laquelle appelle nécessairement une négation de l'obligation de diligence entre les parties, il y a lieu de retenir, à l'exemple de la Cour

²⁹*Supra*, note 8.

³⁰*Ibid.* à la p. 294 ; voir aussi à la p. 299 (Lord Chief Baron Palles). Voir en outre, par exemple, *Smith c. Jenkins* (1969), 119 C.L.R. 397 notamment aux pp. 400 (M. le juge en chef Barwick) et 403 (M. le juge Kitto), [1970] A.L.R. 519 (Aust. H.C.) [ci-après *Smith* cité aux C.L.R.]; *Ashton c. Turner*, [1980] 3 W.L.R. 736 à la p. 745, 3 All E.R. 570, (Q.B.) (M. le juge Ewbank); *Hillen c. I.C.I. (Alkali), Ltd*, [1934] 1 K.B. 455 (C.A.), conf. pour d'autres motifs par, [1936] A.C. 65, [1935] All E.R. 555 (H.L.).

³¹W.N. Hohfeld, *Fundamental Legal Conceptions*, éd. par W.W. Cook, New Haven, Yale University Press, 1919 aux pp. 38-50 et spécialement aux pp. 45 et 49.

d'appel de la Colombie-Britannique dans l'affaire *Norberg c. Wynrib*³², que doivent subsister les règles élémentaires du droit des délits civils quand ce serait dans l'illicéité. Entendons-nous. Montaigne avait déjà ressenti qu'« il y a quelque degré d'honneur, mesmes au mal faire »³³. Ainsi il faut certes accepter, avec Gibson, que le neveu qui tue sa riche tante ne puisse réclamer devant les tribunaux à titre de bénéficiaire de la police d'assurance et que les voleurs qui ne s'entendent pas quant à la division du magot ne puissent porter leur querelle en cour³⁴. L'objectif compensatoire de la responsabilité civile devient alors à juste titre assujetti à d'autres valeurs³⁵. Hormis des conjonctures aussi nettement abjectes qui, se situant au degré cent mille de l'illégalité, méritent de se voir franchement confinées à l'obscurantisme, le judiciaire doit toutefois se faire fort de résister à la tentation de vouer l'entreprise illégale aux gémonies. Car tel processus de marginalisation relègue la situation illégale à un épiphénomène, à l'abri de toute influence juridique rédemptrice que ce soit. Par crainte de corroborer le demandeur dans son illégalité, la cour abandonne les parties à leur déloyauté réciproque. Plutôt qu'une telle pratique de l'abdication — une politique de l'autruche — il faut ainsi que les tribunaux privilégient la juridicisation, c'est-à-dire l'assujettissement de l'entreprise illégale aux préceptes fondamentaux du droit des délits civils. C'est pourquoi il me paraît que la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a su faire preuve de sagacité lorsque'elle a, comme dans *Norberg c. Wynrib*³⁶, refusé la mise au ban de l'illégalité de la demanderesse et choisi d'aborder la défense d'*ex turpi causa* à titre d'« excuse ».

D'autres arguments, sans doute plus pragmatiques, méritent encore d'être avancés à l'appui de cette position. Ainsi les obligations délictuelles devraient être constantes afin que les justiciables sachent à quoi l'on s'attend d'eux. Affirmer qu'un conducteur d'automobile a une obligation envers l'un de ses passagers — un acolyte — et pas envers l'autre — un observateur — paraît curieux.

³²*Norberg (C.A.)*, *supra*, note 5.

³³M. de Montaigne, « Essais » dans *Oeuvres complètes*, Paris, Gallimard (« Bibliothèque de la Pléiade »), 1962, liv. I, c. XXIII à la p. 118 [d'abord paru en 1580].

³⁴D. Gibson, « Illegality of Plaintiff's Conduct as a Defence » (1969) 47 R. du B. can. 89 à la p. 89, renvoyant à *Lundy c. Lundy* (1895), 24 S.C.R. 650 et *Everet c. Williams (The Highwayman's Case)* (1893), 9 L.Q.R. 197, respectivement. Ce sont de telles situations dont on peut dire qu'elles rejoignent la préoccupation que faisait valoir M. le juge Taylor dans *Mack (S.C.)*, *supra*, note 10 à la p. 345 :

The purpose of the rule today must be to defend the integrity of the legal system, and the repute in which the courts ought to be held by law-abiding members of the community. It is properly applied in those circumstances in which it would be manifestly unacceptable to fair-minded, or right-thinking, people that a court should lend assistance to a plaintiff who has defied the law.

Ce critère est d'ailleurs adopté par la Cour d'appel dans *Mack (C.A.)*, *supra*, note 9 aux pp. 149 et 151 (M. le juge Hutcheon, au nom de la Cour).

³⁵Voir F.A. Trindade et P. Cane, *The Law of Torts in Australia*, Melbourne, Oxford University Press, 1985 à la p. 439.

³⁶*Norberg (C.A.)*, *supra*, note 5.

Quoique l'ampleur de la responsabilité du conducteur puisse éventuellement varier eu égard à la conduite du demandeur, l'obligation due devrait, elle, demeurer inchangée. Par ailleurs, l'intégration de la défense d'*ex turpi causa* à la notion d'obligation ferait perdre au demandeur un avantage d'importance sur le plan de la preuve. Exiger du demandeur qu'il prouve l'absence d'illégalité risquerait d'être parfois décisif à son encontre. Aussi paraît-il plus équitable de réclamer du défendeur qui invoque l'illégalité qu'il en fasse lui-même la preuve³⁷.

Encore faut-il voir que cette défense déroge, à certains égards, à la notion traditionnelle d'« excuse ». En effet, s'agissant d'*ex turpi causa*, la négation de compensation n'est alors pas attribuable à la personnalité du défendeur mais bien à des considérations d'ordre socio-politique transcendant le litige en cause. Ce sont celles-ci qui suggèrent que, quoique fautif, le défendeur n'a pas à indemniser sa victime en l'instance, ce qui n'est pas dire que le même geste, posé en d'autres circonstances — c'est-à-dire dans un contexte où la conduite de la victime ne se révélerait pas elle-même répréhensible — n'aurait pas des conséquences autrement plus sérieuses de son point de vue. Alors que, dans sa forme courante, l'excuse met en conflit, au premier chef, deux intérêts individuels — soit l'intérêt du demandeur à la réparation et, par exemple, l'intérêt du défendeur à la protection de sa personne contre lui-même — il n'en va pas ainsi eu égard à la défense d'*ex turpi causa* alors que s'affrontent l'intérêt individuel à la réparation et l'intérêt collectif dans la dissuasion de certains comportements répréhensibles. Or, comme le montre l'arrêt *Norberg*³⁸, cette opposition se résout sans ambages en faveur de l'intérêt collectif. Soupesant les illégalismes en cause, le juge privilégie la condition du défendeur. J'estime telle négation de l'intérêt du demandeur à la réparation par trop radicale et je crois en outre que, contrairement à ce que l'on peut penser, l'intérêt collectif ne s'en porte pas mieux pour autant.

A. *L'intérêt du demandeur*

Trois raisons principales militent en faveur d'un tempérament à la règle classique.

1. Avant que sa portée ne se voit étendue au droit des délits civils, le lieu de la défense d'*ex turpi causa* fut d'abord le domaine du contrat³⁹. On le comprend sans peine : comment le Droit pourrait-il, en toute intégrité, venir en aide à la

³⁷Voir A.M. Linden, *Canadian Tort Law*, 4e éd., Toronto, Butterworths, 1988 aux pp. 448-49. Selon *Hegarty*, *supra*, note 8 à la p. 300 (Lord Chief Baron Palles), l'illégalité doit être plaidée et ne saurait donc être invoquée *proprio motu* par la cour.

³⁸*Norberg (C.A.)*, *supra*, note 5.

³⁹Voir *Smith*, *supra*, note 30 aux pp. 409-12, où le juge Windeyer offre un savant exposé relativement aux origines de ce brocard.

victime d'une violation de contrat afin de lui assurer le profit qu'elle entendait retirer d'une entreprise illégale ? Dans la sphère délictuelle, toutefois, il n'est plus question de « profit » mais bien simplement de réparation, c'est-à-dire de justice corrective⁴⁰. Mieux, le demandeur jouit d'un *droit* à la compensation. En effet, si l'on parle d'« excuser » le défendeur, l'on présuppose, dans l'ordre logique des choses, un droit du demandeur, conceptuellement entier. Autrement, la notion d'« excuse » est vidée de sa substance.

Or, il me paraît que ce droit que fait valoir la demanderesse en l'espèce n'est pas objectivement distinct du droit à compensation que ferait valoir tout autre demandeur. La seule différenciation qu'il soit possible d'opérer repose sur une donnée foncièrement extrinsèque au droit à la compensation, soit l'intégrité morale de cette demanderesse⁴¹. Celle-ci serait, si l'on veut, indigne d'exercer ce droit⁴². Or, Demolombe disait déjà des paroles qu'il vaut de répéter :

La justice est due toujours et à tous ! il nous paraît impossible d'admettre qu'il existe une catégorie d'affaires et une classe de plaideurs, auxquels on soit en droit de dire : l'accès du prétoire vous est fermé ! nous ne voulons pas vous entendre⁴³ !

2. Le défendeur n'a aucun droit à l'impunité qui lui échoit. L'application de la défense d'*ex turpi causa* dans sa traditionnelle rigueur équivaut, en effet, pour la cour à sanctionner l'illégalité — c'est-à-dire le délit civil — du défendeur. On permet, par le jeu de la défense d'*ex turpi causa*, à une partie ayant commis un délit civil de se soustraire impunément à toute indemnisation que ce soit. Par crainte de donner son aval à une irrégularité, la cour en sanctionne une autre, soit le délit du défendeur. Or, rien, du point de vue du défendeur, ne paraît justifier telle immunité ; il était également partie à l'entreprise illégale et, qui plus est, a commis un délit civil. N'est-il pas ainsi paradoxal que la partie comptant à son débit deux illégalismes se voit ainsi exonérée aux dépens d'un demandeur dont la conduite est somme toute moins condamnable ? C'est le lieu d'appliquer la phrase de Bodenheimer, riche de simplicité, selon lequel : « The concept of responsibility [...] implies that the detrimental consequences of a person's actions are normally imputed to him »⁴⁴. Pourquoi le défendeur qui, sur le plan

⁴⁰Voir, par exemple, *Betts, supra*, note 15 à la p. 681 :

The principle that a person cannot use the law to profit from his or her own criminal conduct is well established in the law of property and in the law of contract. If it were applied strictly in the law of tort it would prevent an award of punitive or aggravated damages, but would extend no further. *An award of purely compensatory damages cannot be considered to be permitting a wrongdoer to profit from his or her crime* (le juge Lambert, au nom de la Cour ; c'est moi qui mets les mots en italiques).

Et ce, quoi qu'en dise Linden, *supra*, note 37 à la p. 464.

⁴¹Voir G. Ripert, *La règle morale dans les obligations civiles*, 4e éd., Paris, L.G.D.J., 1949 à la p. 184, no 104.

⁴²*Ibid.* à la p. 191, no 108.

⁴³C. Demolombe, *Cours de Code Napoléon*, t. XXXI, Paris, Lahure, 1882 à la p. 377, no 437.

⁴⁴E. Bodenheimer, *Philosophy of Responsibility*, Littleton, Colo., Rothman, 1980 à la p. 8.

pénal, reste comptable des conséquences pénales de son comportement à l'endroit de son complice — je songe, par exemple, à un cas d'homicide involontaire- ne serait pas même responsable des conséquences civiles de ses gestes envers celui-ci⁴⁵ ? Dans les mots de Cronkite :

When a defendant comes into court and argues that he should not make good the damage he has caused, and gives as his sole reason that the plaintiff is also a bad man, he is making the oldest retort of the human mind when charged with evil⁴⁶.

3. L'application sans nuance de la défense d'*ex turpi causa* pêche par arbitraire à l'endroit du demandeur. En privant celui-ci de sa compensation, le Droit ajoute par-là même à la sanction pénale, une autre sanction. Or, seuls les demandeurs ayant véritablement souffert un préjudice donnant autrement ouverture à compensation seront alors brimés. Parmi ceux-ci, les demandeurs ayant subi un préjudice civil plus important souffriront tout particulièrement comme, du reste, les demandeurs plus démunis. En outre, il faut bien constater l'incommensurabilité de la faute reprochée au demandeur et de la compensation dont il se voit privé. Il pourra, par exemple, avoir agi de façon absolument répréhensible et pourtant n'être que relativement peu affligé de l'application de la défense d'*ex turpi causa*, son préjudice civil étant mineur. Corrélativement, la victime ayant subi un préjudice important se verra privée d'une compensation d'envergure malgré une conduite, illégale certes, mais peut-être moins sévèrement condamnable⁴⁷. L'on assiste ainsi à une forme de criminalisation déguisée du recours civil ; Ripert parlait déjà de l'imposition d'une « pénalité civile »⁴⁸.

Et la tyrannie de la défense d'*ex turpi causa* se fait davantage marquée lorsque les juges se mêlent d'en atténuer la rigueur quand ils estiment que les circonstances de l'espèce font appel à un exercice de discrétion de leur part. Ainsi dans une affaire *Shelley c. Paddock*⁴⁹, le demandeur obtient une compensation malgré le caractère illégal de l'entreprise à laquelle il était mêlé avec le défendeur, la Cour ayant prononcé sur le caractère relatif de sa culpabilité.

B. L'intérêt collectif

Appelée à intervenir, à la demande de la victime, pour corriger l'injustice surgie de l'infliction d'un préjudice par ce défendeur à ce demandeur, donc appelée à intervenir pour rétablir un équilibre perturbé au sein d'un ordre relationnel autonome, la cour n'a pas, se situant sur le seul plan de la réparation,

⁴⁵Voir *Jackson c. Harrison* (1978), 138 C.L.R. 438 à la p. 465, 19 A.L.R. 129 (Aust. H.C.) (M. le juge Murphy) [ci-après *Jackson* cité aux C.L.R.].

⁴⁶F.C. Cronkite, « Effect of the Violation of a Statute by the Plaintiff in a Tort Action » (1929) 7 Can. Bar Rev. 67 à la p. 83.

⁴⁷Voir *Jackson*, *supra*, note 45 à la p. 464 (M. le juge Murphy).

⁴⁸*Supra*, note 41 à la p. 184, no 104.

⁴⁹[1980] Q.B. 348, [1980] All E.R. 1009 (C.A.) [ci-après cité aux Q.B.].

à verser dans l'instrumentalisme et à opter pour une politique de promotion du bien-être collectif et ce, aux dépens de cette victime même⁵⁰. Il n'en reste pas moins que l'on peut identifier, outre la réparation, un autre objectif poursuivi par le droit des délits civils qui lui est d'ailleurs antérieur dans la chronologie, soit la prévention. À cette étape préliminaire, la notion d'intérêt public reste déterminante dans la mesure où intervient une idée d'ordonnement de la conduite des parties au litige comme de *l'ensemble des justiciables*.

L'on veut donc laisser croire — l'arrêt *Hegarty c. Shine* offre un bel exemple de cette position⁵¹ — que l'immunité conférée au défendeur par le biais du recours à la défense d'*ex turpi causa* servirait l'intérêt collectif en ce que le demandeur, laissé sans compensation, se verrait alors dissuadé de répéter sa conduite répréhensible. Il faut voir d'emblée que cette dissuasion ne peut intervenir que lorsqu'un opprobre s'attache au comportement du demandeur. Or, l'on peut croire que, eu égard à la violation de lois pénales à caractère régulateur, la censure morale qui sanctionne de telles incartades reste des plus mitigées. Trindade et Cane en concluent que

while deterrence of breach by means, for example, of a fine may be desirable, the unpredictable and usually much more serious sanction of the denial of a civil remedy may seem an unnecessary and unduly harsh penalty⁵².

Cet « intérêt collectif » ne saurait toutefois faire abstraction de l'impact d'une telle décision sur la personne du défendeur. Celui-ci ne comprendra-t-il pas, en effet, que toute opération illégale conduite avec des complices le place d'office à l'abri de toute responsabilité civile à l'endroit de ces individus ? Peut-être incité à l'illégalité, sûrement encouragé à la légèreté advenant un contexte d'illégalité, le défendeur ne se voit en rien enseigner que sa conduite délictueuse mérite sanction⁵³. Ainsi dans la mesure où l'on se montre disposé à accepter qu'une décision judiciaire puisse infléchir la conduite des justiciables, il faut bien conclure, en l'espèce, que, loin d'avoir les intérêts lénitifs et salvateurs recherchés, un arrêt tel celui de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique dans l'affaire *Norberg c. Wynrib* opère un raffermissement de l'intérêt social qui reste tout à fait relatif⁵⁴. Encore ne parlé-je ici que des situations dans lesquelles la négligence du défendeur se révèle, en termes utilitaires, socialement moins dommageable que l'infraction pénale à laquelle participait le demandeur. Or, l'on peut imaginer, sans qu'il n'y ait lieu pour autant de verser dans de faciles

⁵⁰Voir E.J. Weinrib, « The Special Morality of Tort Law » (1989) 34 R.D. McGill 403 aux pp. 409-10, où l'auteur traite d'une structure morale autonome.

⁵¹*Supra*, note 8.

⁵²*Supra*, note 35 à la p. 437.

⁵³Voir, en ce sens, J.G. Fleming, *The Law of Torts*, 7e éd., Sydney, Law Book Co., 1987 à la p. 278.

⁵⁴*Norberg (C.A.)*, *supra*, note 5.

ratiocinations, des circonstances où l'équation utilitaire est renversée⁵⁵. Et l'intérêt collectif est-il bien servi qui permet l'exonération d'un défendeur ayant la capacité de payer — notamment parce qu'assuré — lors que la victime de sa négligence, sérieusement blessée et sans le sou, reste tributaire de l'infrastructure sociale⁵⁶ ?

Mais l'intérêt public est mis à contribution d'une autre manière encore quand, par le jeu de la défense d'*ex turpi causa*, le juge civil est conduit à s'immiscer dans la gradation des peines prévue par le législateur au Code criminel et dans les lois à caractère pénal. Car c'est bien là la conséquence, dans une perspective fonctionnelle, de l'accueil que fait le juge à cette défense et au rigorisme qu'elle appelle. Qui plus est, cet interventionnisme, comme je l'ai montré, est dépourvu de toute rationalité. Et c'est en raison de cette atteinte à la rationalité — donc à l'intérêt collectif — que Weinrib se voit conduit à rejeter, pour le droit des délits civils, ce rôle d'adjuvant du droit pénal :

The incidental nature of this method of reinforcing the criminal law is not susceptible to rational allocation in advance and should therefore find no place in a legal system that aspires to rationality⁵⁷.

J'irai plus loin. Il me paraît, en effet, qu'une décision qui refuse à un demandeur la compensation à laquelle les principes de justice corrective lui donnent légitimement droit de prétendre, au motif qu'il se serait lui-même conduit de manière condamnable, et qui procède, ce faisant, à l'exonération complète du défendeur, par ailleurs auteur d'un délit civil, est de nature à discréditer l'administration de la justice civile dans l'esprit des justiciables. Il suffit, pour s'en convaincre, de guetter la réaction des étudiants qui abordent cette matière⁵⁸.

Certes, le corollaire de cette intransigeance du droit des délits civils n'est guère préférable et il serait tout aussi dogmatique de fermer les yeux sur la conduite du demandeur en lui ménageant une pleine compensation. Ainsi l'on serait malvenu de prétendre que la situation d'illégalité du demandeur, ne concernant que l'État, ne doit en rien intéresser le litige et doit du coup commander le recours à la maxime *res inter alios acta* du point de vue du défendeur⁵⁹. Permettre au demandeur de s'engager ainsi impunément dans l'illégalité, sans crainte de quelque sanction que ce soit, serait pareillement ouvrir la porte à

⁵⁵E.J. Weinrib, « Illegality as a Tort Defence » (1976) 26 U.T.L.J. 28 à la p. 45, où l'auteur, s'appuyant sur Bentham, souligne précisément la fonction anti-utilitaire de l'intervention judiciaire ; voir J. Bentham, *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, éd. par J.H. Burns et H.L.A. Hart, Londres, Methuen, 1982, c. XIV [d'abord paru en 1789].

⁵⁶Voir Jackson, *supra*, note 45 à la p. 465 (le juge Murphy).

⁵⁷*Supra*, note 55 à la p. 45. À mon avis, Linden, *supra*, note 37 à la p. 464, se trompe lorsqu'il affirme que le droit civil a raison de conforter, dans cette situation, la sanction pénale.

⁵⁸Voir, en ce sens, *infra*, au texte accompagnant la note 110.

⁵⁹L'usage de cette expression est emprunté à G.H.L. Fridman, « The Wrongdoing Plaintiff » (1972) 18 R.D. McGill 275 à la p. 306.

l'anathématisation. Comment, dès lors, dénouer l'impasse suscitée par ce que l'on est convenu d'appeler un « illégalisme bilatéral » ?

À l'heure actuelle, la jurisprudence canadienne paraît bien avoir fait sa place à la défense d'*ex turpi causa* en matière de droit des délits civils. Dans la foulée des premières applications⁶⁰, le juge Addy, jugeant dans l'affaire ontarienne *Tomlinson c. Harrison*, écrit ainsi que « the defence of *ex turpi* is part and parcel of the law torts [*sic*] in this Province »⁶¹. Dans *Tallow c. Tailfeathers*, la Cour d'appel de l'Alberta, par le biais d'un bref panorama historique, indique que l'applicabilité de la défense d'*ex turpi causa* au domaine délictuel constitue d'ailleurs un phénomène fort ancien⁶². C'est sans doute ce qui a conduit la Cour suprême du Canada, par voie d'*obiter dictum* il est vrai, à sanctionner à son tour cette pénétration de la défense d'*ex turpi causa* dans le domaine délictuel. Au terme d'une revue jurisprudentielle et doctrinale de la question, le juge Estey conclut, au nom de la Cour :

Whatever the state of the law may be at the present time, however, I do not find these circumstances to be an appropriate occasion for the invocation of this defence. *If the loss suffered by the [victim] was occasioned by his voluntary participation in an illegal transaction, the courts should not come to his assistance. This does not seem to have been the case, however*⁶³.

⁶⁰Voir, par exemple, *Danluk c. Birkner*, [1946] O.R. 427, 3 D.L.R. 172 (C.A. Ont.) ; *Joubert c. Toronto General Trusts Corp.*, [1955] 3 D.L.R. 685, 15 W.W.R. 654 (Man. C.A.) ; *Ridgeway c. Hilhorst* (1967), 61 D.L.R. (2d) 398, 59 W.W.R. 309 (Man. Q.B.) ; *Rondos c. Wawrin* (1968), 68 D.L.R. (2d) 658, 64 W.W.R. 690 (Man. C.A.) [ci-après *Rondos* cité aux D.L.R.]

⁶¹[1972] 1 O.R. 670 à la p. 678, 24 D.L.R. (3d) 26 (H.C.) [ci-après *Tomlinson* cité aux O.R.]. Les hésitations de la Cour d'appel de l'Ontario sur ce point, dévoilées par le juge Cory, maintenant de la Cour suprême du Canada, dans une affaire *Phillips c. Vespini*, restent insuffisamment précises pour interroger ce jugement ; voir, pour un renvoi à cet arrêt inédit du 11 mai 1988, *Pugliese c. Macrillo Estate* (1988), 67 O.R. (2d) 641 à la p. 648 (H.C.) [ci-après *Pugliese*]. Mais voir, pour une décision de la Colombie-Britannique approuvant expressément *Tomlinson*, *Dolson c. Hughes* (1979), 107 D.L.R. (3d) 343 à la p. 348, 17 B.C.L.R. 350 (B.C.S.C.) (M. le juge Taylor).

⁶²(1973), 44 D.L.R. (3d) 55 aux pp. 59-61, [1973] 6 W.W.R. 732 (Alta C.A.) (M. le juge Clement) [ci-après *Tallow* cité aux D.L.R.]. La Cour renvoie notamment à l'arrêt *Colburn c. Patmore* (1834), 1 C.M. & R. 72 à la p. 83, 149 E.R. 999 à la p. 1003, où Lord Chief Baron Lyndhurst écrivait :

I know of no case in which a person who has committed an act, declared by the law to be criminal, has been permitted to recover compensation against a person who has acted jointly with him in the commission of the crime. It is not necessary to give any opinion upon this point ; but I may say, that I entertain little doubt that a person who is declared by the law to be guilty of a crime cannot be allowed to recover damages against another who has participated in its commission.

⁶³*Canada Cement LaFarge Ltd c. British Columbia Lightweight Aggregate Ltd*, [1983] 1 R.C.S. 452 à la p. 479, 145 D.L.R. (3d) 385 [ci-après *Canada Cement* cité aux R.C.S.] (c'est moi qui mets les mots en italiques). La traduction française me paraît déficiente dans la mesure où l'on y rend l'anglais « transaction » par « contrat ».

Considérant que ce litige avait trait au délit civil de complot (*conspiracy*) et que ce passage marque l'aboutissement d'une discussion précisément dévolue au rôle de la défense d'illégalité en

Ce faisant, la Cour suprême se démarque nettement d'une dissidence du juge Abbott lequel, dans une affaire *Miller c. Decker*, avait refusé de voir, pour la défense d'*ex turpi causa*, un quelconque rôle en matière délictuelle⁶⁴. Certes, cette dernière position s'est récemment vue réitérée, dans *Betts c. Sanderson Estate*, par la Cour d'appel de la Colombie-Britannique. Ainsi selon le juge Lambert, écrivant au nom de la Cour,

[t]he principle that a person cannot use the law to profit from his or her own criminal conduct is well established in the law of property and in the law of contract. [...] an extension of the principle into the purely compensatory aspects of the law of tort represents, not just an extended application of the principle, but a modification of the principle itself. That modification has only a very tenuous hold on the law of tort, if it has any place there at all⁶⁵.

Mais il faut voir que, malgré ce malaise, la Cour d'appel s'estime clairement liée par l'une de ses propres décisions — l'affaire *Mack c. Enns*⁶⁶ — consacrant, selon le tribunal d'appel, la pertinence de la défense d'*ex turpi causa* en matière délictuelle⁶⁷.

Les conditions auxquelles le droit positif tient le défendeur à un recours pour négligence qui souhaite invoquer la défense d'*ex turpi causa* sont, pour l'essentiel, au nombre de deux. L'illégalité imputée au demandeur doit être sur-

droit des délits civils, je ne puis admettre la lecture indûment restrictive qu'en suggère le juge Lambert, au nom de la Cour, dans *Betts, supra*, note 15 à la p. 682, qui écrit :

The[se] words [...] constitute a general statement of the legal principle in words appropriate to contract and property cases. [...] I consider that the application of the principle to tort cases cannot yet be regarded as having been settled by the Supreme Court of Canada.

Certes, ainsi que je l'ai mentionné au texte, cette formulation de la Cour suprême ne participe pas de la *ratio decidendi* de l'arrêt. Elle n'en demeure pas moins des plus nettes.

⁶⁴[1957] S.C.R. 624 aux pp. 627-28, 9 D.L.R. (2d) 1 [ci-après *Miller* cité aux S.C.R.]. La dissidence, à laquelle concourait le juge Taschereau, s'appuyait sur un passage tiré de *Foster c. Morton* (1956), 4 D.L.R. (2d) 269 à la p. 333, 38 M.P.R. 316 (N.S.C.A.) [ci-après *Foster* cité aux D.L.R.], où le juge MacDonald concluait que

in principle this doctrine of illegality should not afford a general defence to civil actions of negligence arising out of automobile accidents, particularly in Canada where many kinds of conduct are prohibited by the Criminal Code and by many Provincial Acts of a penal nature.

Dans cette affaire, la défense d'*ex turpi causa* n'avait finalement pas été jugée pertinente vu l'absence d'entreprise illégale commune. Il est à noter que la majorité, dans *Miller*, ne discute pas la défense d'*ex turpi causa*.

Des réticences similaires sont exprimées en Angleterre à la même époque. Dans *National Coal Bd c. England*, [1954] A.C. 403 à la p. 419 (H.L.), Lord Porter écrit : « the adage itself is generally applied to a question of contract and I am by no means prepared to concede where concession is not required that it applies also to the case of a tort ». Pour sa part, Lord Asquith renchérit, à la p. 428 : « Cases where an action in tort has been defeated by the maxim are exceedingly rare ».

⁶⁵*Supra*, note 15 à la p. 681.

⁶⁶*Mack (C.A.), supra*, note 9.

⁶⁷*Supra*, note 15 aux pp. 684-85 (M. le juge Lambert, au nom de la Cour).

venue dans le cadre d'une entreprise illégale commune avec le défendeur et le préjudice dont se plaint le demandeur doit lui être résulté de cette entreprise illégale même⁶⁸. C'est ce que reprend l'arrêt *Norberg c. Wynrib*⁶⁹. Le paradoxe auquel conduit la première de ces exigences n'a pas échappé à l'attention des tribunaux. Soit un demandeur blessé par la négligence d'un défendeur alors que ce demandeur s'adonne à une entreprise illégale. Si le défendeur se trouvait même impliqué dans l'entreprise illégale, il n'encourra aucune responsabilité civile. Toutefois, si le défendeur n'était pas partie à l'activité illégale, il devra répondre de sa négligence. Comme le dit le juge Lambert dans *Betts c. Sanderson Estate*, « [t]he net result of a principle intended to prevent a plaintiff from profiting from his own wrong would be to permit a defendant to profit from his own wrong »⁷⁰.

Ainsi reçue en matière délictuelle, la défense d'*ex turpi causa* se voit, à toutes fins pratiques, assimilée à la défense de *volenti non fit injuria*. Par exemple, dans *Blakely c. 513953 Ontario Ltd*, le juge Honey écrit péremptoirement : « I have no difficulty in analogizing the defence of *ex turpi* with the defence of *volenti* »⁷¹. Ce que disent les juges, c'est que le demandeur, en choisissant de s'engager dans une entreprise illégale, a tacitement accepté le risque d'une conduite délictueuse de la part du défendeur. Telle équation, même si elle ne se voit pas formellement exprimée par la Cour, transparait parfois des cir-

⁶⁸Voir, par exemple, *Tomlinson, supra*, note 61 à la p. 677 (M. le juge Addy) ; *Mongovius c. Marchand* (1988), 44 C.C.L.T. 18 aux pp. 28-31 (B.C.S.C.) (M. le juge Rowles) ; *Joubert c. Toronto General Trusts Corp., supra*, note 60 à la p. 690 (M. le juge en chef Adamson) [insistance sur la présence d'une entreprise illégale conjointe] ; *Betts, supra*, note 15 [absence d'entreprise illégale conjointe] ; *Mack (C.A.), supra*, note 9 à la p. 151 [absence d'entreprise illégale conjointe et de lien de causalité] ; *Blakely c. 513953 Ontario Ltd* (1985), 49 O.R. (2d) 651 aux pp. 653-54, 49 C.P.C. 120, 31 M.V.R. 10 (S.C.) (M. le juge Honey) [ci-après *Blakely* cité aux O.R.] [absence d'entreprise illégale conjointe] ; *Pugliese, supra*, note 61 à la p. 649 (M. le juge Chadwick) [absence d'entreprise illégale conjointe] ; *Foster, supra*, note 64 [absence d'entreprise illégale conjointe] ; *Rondos, supra*, note 60 à la p. 663 (M. le juge Guy) [insistance sur la présence du lien de causalité] ; *Canada Cement, supra*, note 63 [absence de lien de causalité] ; *Bond c. Loutit (Nounen)*, [1979] 2 W.W.R. 154 aux pp. 166-67 (Man. Q.B.) (M. le juge Hamilton) [absence de lien de causalité].

L'exigence d'un lien de causalité ne fut pas toujours reconnue. En droit américain, par exemple, on refusait compensation à une victime dans les cas où la participation de celle-ci à un acte illégal donnait au tiers l'occasion d'être négligent à son endroit. Dès lors, un demandeur qui, en violation du droit pénal, conduisait un dimanche, ne pouvait réclamer pour quelque préjudice que ce soit qu'il subissait dans le contexte de cette entreprise, que son acte illégal eut causé le préjudice ou qu'il n'en ait été que l'occasion. Voir, par exemple, pour une recension de nombreuses décisions illustrant cette justice somme toute guère achevée, H.S. Davis, « The Plaintiff's Illegal Act as a Defense in Actions of Tort » (1905) 18 Harv. L. Rev. 505 ; E.R. Thayer, « Public Wrong and Private Action » (1914) 27 Harv. L. Rev. 317 à la p. 338 ; *Prosser and Keeton on the Law of Torts*, 5e éd. par W.P. Keeton, St-Paul, Minn., West, 1984 aux pp. 231-33.

⁶⁹*Norberg (C.A.), supra*, note 5 à la p. 558.

⁷⁰*Supra*, note 15 à la p. 685.

⁷¹*Supra*, note 68 à la p. 654.

constances entourant la décision judiciaire. La plus belle illustration en est sans doute l'affaire *Tallow c. Tailfeathers*, alors que le juge Allen ayant expressément fondé son jugement sur la défense de *volenti* et le juge Clement ayant fait tout aussi nettement reposer le sien sur la défense d'*ex turpi causa*, après avoir clairement refusé de considérer la défense de *volenti*, le troisième juge, le juge Prowse, se fait fort de concourir simultanément aux deux jugements⁷².

Or, l'on n'ignore pas l'impopularité de la défense de *volenti* auprès des tribunaux qui, soucieux d'éviter un déni de compensation radical au demandeur, en astreignent l'usage à des conditions rigides. Celles-ci sont bien exprimées par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Dubé c. Labar* :

[L]e moyen de défense de *volenti* ne s'applique que lorsque les circonstances sont telles qu'il est manifeste que le demandeur, connaissant le risque presque certain de préjudice, a essentiellement convenu de renoncer à son droit de poursuite pour les blessures subies par suite d'une négligence quelconque du défendeur. L'acceptation du risque peut être expresse ou peut ressortir de façon nettement implicite de la conduite des parties, mais elle n'est opposable [...] que lorsqu'on peut vraiment dire que les deux parties ont compris que le défendeur n'assumait aucune responsabilité de diligence pour la sécurité du demandeur et que le demandeur ne s'attendait pas à ce qu'il le fasse.

[...]

Le bon sens révèle que ce n'est que rarement qu'un demandeur consentira vraiment à accepter le risque découlant de la négligence du défendeur⁷³.

C'est ainsi que Linden peut écrire que « courts rarely invoke the defence nowadays »⁷⁴.

Aussi peut-on comprendre qu'un examen de la jurisprudence délictuelle en matière d'*ex turpi causa* révèle, de même manière, un malaise des tribunaux face au radicalisme des conséquences qu'entraîne traditionnellement l'application de cette défense — soit le déni de compensation total. Dans *Tomlinson c. Harrison*, quoiqu'il se montre tout à fait prêt à accueillir la défense d'*ex turpi causa* en matière délictuelle⁷⁵, le juge Addy soulève la possibilité qu'elle ne joue pas au cas d'illégalismes « constituting a mere breach of a penal statute or a minor offence of the nature of those formerly known at common law as misdemeanours »⁷⁶. Pareillement, dans *Tallow c. Tailfeathers*, le juge Clement estime qu'il convient de confiner la portée de la défense d'*ex turpi causa* aux infractions criminelles ressortissant de la juridiction fédérale : « I conclude that the rule has no application to provincial laws nor to by-laws »⁷⁷.

⁷²*Supra*, note 62 aux pp. 56, 68 et 68, respectivement.

⁷³[1986] 1 R.C.S. 649 à la p. 658, 27 D.L.R. (4th) 653 (M. le juge Estey, pour une majorité de la Cour).

⁷⁴*Supra*, note 37 à la p. 451.

⁷⁵*Supra*, note 61.

⁷⁶*Ibid.*

⁷⁷*Supra*, note 62 à la p. 65.

Si, comme semble l'entendre la jurisprudence canadienne, la défense d'*ex turpi causa* doit avoir droit de cité en matière délictuelle, il me paraît, eu égard aux conséquences particulièrement rigoureuses résultant d'un alignement de cette défense sur celle de *volenti non fit injuria*, qu'un autre modèle mérite d'être retenu. Je suggère donc, à l'instar de Linden⁷⁸, une analogie entre la défense d'*ex turpi causa* et celle de négligence contributive. Cette conclusion me paraît d'autant plus heureuse qu'elle est autorisée par les textes législatifs en vigueur.

Une lecture des onze lois provinciales et territoriales relatives à la négligence contributive rend compte que, pour dix d'entre elles, il y a lieu à un prononcé de responsabilité civile partagée et, dès lors, à un octroi réduit de dommages-intérêts au demandeur dans tous les cas où celui-ci aurait commis une « faute »⁷⁹. Or, cette notion paraît certes suffisamment large pour englober la commission d'un acte criminel. Le législateur n'ayant pas entendu conférer aux infractions criminelles un statut qui les différencierait des autres types de fautes, il n'y a pas lieu de se lancer ici dans des distinguos plus ou moins subtils. Les civilistes connaissent bien le mot de Planiol selon lequel toute violation de la loi est constitutive de faute⁸⁰. L'acte criminel donnerait ainsi, pour les fins de ces textes, ouverture à la négligence contributive. S'il est vrai que la loi manitobaine a recours à la notion davantage circonscrite de « négligence » plutôt qu'à celle de « faute », je ne vois pas que cette préférence se révèle déterminante⁸¹. Comme le dit Gibson,

[n]egligent conduct is that which can reasonably be foreseen to involve an unreasonable risk of harm [...]. [I]llegal acts by the plaintiff which increase the foreseeable risk of harm, should be regarded as "contributory negligence"⁸².

⁷⁸*Supra*, note 37 à la p. 467.

⁷⁹Voir, pour une formulation typique, *The Contributory Negligence Act*, R.S.N. 1970, c. 61, art. 2 :

Where by the *fault* of two or more persons damage or loss is caused to one or more of them, the liability to make good the damage or loss shall be in proportion to the degree in which each person was at fault [c'est moi qui mets le mot en italiques].

Voir également *Contributory Negligence Act*, R.S.A. 1980, c. C-23, art. 1(1) (« fault ») ; *Negligence Act*, R.S.B.C. 1979, c. 298, art. 1 (« fault ») ; *Loi sur la négligence contributive*, L.R.N.-B. 1973, c. C-19, art. 1(1) (« faute ») ; *Contributory Negligence Act*, R.S.N.S. 1967, c. 54, art. 1(1) (« fault ») ; *Negligence Act*, R.S.O. 1980, c. 315, art. 4 (« fault or negligence ») ; *Contributory Negligence Act*, R.S.P.E.I. 1988, c. C-21, art. 1(1) (« fault ») ; *The Contributory Negligence Act*, R.S.S. 1978, c. C-31, art. 2(1) (« fault ») ; *Contributory Negligence Ordinance*, R.O.N.W.T. 1974, c. C-13, art. 2 (« fault ») ; *Contributory Negligence Act*, R.S.Y.T. 1986, c. 32, art. 1(1) (« fault »).

Voir, pour un bref historique de l'avènement de lois provinciales en matière de partage de responsabilité civile mettant en valeur l'influence du droit civil, W.F. Bowker, « Ten More Years Under the Contributory Negligence Acts » (1965) 2 U.B.C. L. Rev. 198 aux pp. 201-02.

⁸⁰Voir M. Planiol, note *sub* Paris, 8 février 1896, D.1896.2.457.

⁸¹*Loi sur les auteurs de délits civils et la négligence contributive*, L.R.M. 1987, c. T-90, art. 4.

⁸²*Supra*, note 34 à la p. 95.

Deux des quelques décisions qui ont eu recours à cet argumentaire méritent d'être relatées.

Dans une affaire *Lewis c. Sayers*⁸³, une cour ontarienne avait à connaître d'un accident de voiture survenu après qu'un propriétaire de véhicule ivre eut permis à son compagnon, également en état d'ébriété, de prendre le volant. Le propriétaire, blessé dans l'accident, ayant intenté un recours en responsabilité civile à l'endroit du conducteur, la Cour retient que la défense de *volenti* ne saurait trouver application étant entendu que le demandeur n'a jamais véritablement renoncé à l'exercice d'un éventuel droit d'action à l'encontre du conducteur. Le juge Gould entreprend, dès lors, de se tourner vers la *Negligence Act*⁸⁴ et conclut que la notion de « faute » qui y est mentionnée comprend le geste illégal posé par le demandeur :

It appears to me that in a case to which, by reason of its facts, s. 4 of the *Negligence Act* applies, the Ontario Legislature has quite deliberately substituted for the *ex turpi causa* rule a positive direction that the Court shall make a finding as to the degree of fault or negligence to be attributed to each party and shall apportion the damages accordingly. I realize of course that s. 4 was enacted primarily to do away with the absolute defence formerly available in cases of contributory negligence, but the wording is equally apt in relation to the defence now under discussion, to which the added words "fault or" seem to apply with particular force. The defence *ex turpi causa non oritur actio* seems necessarily to involve a situation where both parties are alleged to be at fault, and so long as it is remembered that s. 4 applies only where the fault of each has contributed to the damages, in my opinion the section leaves no room for the application of the maxim⁸⁵.

Dans *Bigcharles c. Merke*⁸⁶, un voleur par effraction, surpris alors qu'il quittait les lieux de son méfait, est abattu par le propriétaire de l'édifice. Quoique le *de cuius* eut été impliqué dans une activité criminelle, une cour de Colombie-Britannique retient que les personnes à sa charge doivent pouvoir profiter de la législation provinciale prévoyant compensation au bénéfice des personnes à la charge de justiciables décédés à la suite d'une faute. Le juge Seaton opère toutefois un partage de responsabilité en vertu duquel il impute une faute contributive au voleur dans une proportion de 75 % de la totalité des dommages-intérêts⁸⁷. En dépit du fait que l'entreprise illégale en cause n'ait pas été commune aux deux parties, cette décision intéresse par la subsumption qu'elle opère de la notion d'illégalité sous le concept de négligence contributive. D'autres prononcés judiciaires encore ont manifesté leur appui à ce raison-

⁸³(1971), 13 D.L.R. (3d) 543, [1970] 3 O.R. 591 (Dist. Ct) [ci-après cité aux D.L.R.].

⁸⁴*Supra*, note 79.

⁸⁵*Supra*, note 83 à la p. 598.

⁸⁶(1972), 32 D.L.R. (3d) 511, [1973] 1 W.W.R. 324 (B.C.S.C.) [ci-après cité aux W.W.R.].

⁸⁷*Ibid.* à la p. 329. Voir également *Teece c. Honeybourn* (1974), 54 D.L.R. (3d) 549, [1974] 5 W.W.R. 592 (B.C.S.C.).

nement⁸⁸, au point où d'aucuns, par trop optimistes, ont cru devoir parler d'une tendance⁸⁹.

Les réticences de Weinrib ne paraissent pas devoir emporter l'adhésion. Traitant tout de même d'une « acute suggestion », cet auteur souligne que

[a]lthough linguistically possible [...] it does seem to involve the artificial process of constructing a proportion out of two different components, the plaintiff's illegality and the defendant's negligence⁹⁰.

Mais Weinrib fait insuffisamment de cas, selon moi, de la gémellité de la négligence et de l'illégalité ; ainsi au-delà du fait que l'illégalité, dans les cas qui nous occupent, constitue une faute, n'est-il pas vrai de dire que la négligence constitue une forme, peut-être diluée, de l'illégalité en ce que ne pas respecter son obligation de diligence imposée par le Droit, c'est bien contrevenir à la légalité⁹¹ ?

Les décisions dont j'ai fait état permettent, par leur recours à la notion de faute contributive, d'harmoniser les illégalismes en cause et l'intérêt social avec plus d'efficacité que ne saurait l'autoriser la défense d'*ex turpi causa*. Dans la foulée d'un éminent juriste anglais qui avait, dès 1951, entrepris d'analyser l'illégalité du demandeur à l'enseigne de la négligence contributive plutôt que comme application de la défense d'*ex turpi causa*⁹², Irvine reprend cette opinion à son compte :

[O]ne is left with the feeling that contributory negligence apportionment provides a far safer tool for doing substantial justice on a case-to-case basis, and produces results more likely to appeal to "fair-minded and right thinking [sic] people" than this stark and retributive defence of illegality⁹³.

Présentant l'état du droit américain sur la question, Prosser souligne que les tribunaux y ont, depuis longtemps, écarté la thèse selon laquelle un justiciable vio-

⁸⁸Ainsi dans *Pugliese, supra*, note 61 à la p. 649, le juge Chadwick écrit :

If I was to apply the doctrine [of *ex turpi causa*] in this situation I would be inclined to follow the reasoning of Linden and proceed by way of contributory negligence in the reduction of the plaintiff's damages as opposed to total exclusion as a result of the plaintiff's conduct.

Voir, pour un renvoi à d'autres décisions, D. Cheifetz, *Apportionment of Fault in Tort*, Aurora, Ont., Canada Law Book, 1981 aux pp. 193-95.

⁸⁹Voir L.D. Rainaldi, éd., *Remedies in Tort*, t. 2, Toronto, Carswell, 1987, no 200.

⁹⁰*Supra*, note 55 à la p. 36, n. 29. Voir, en outre, les réserves de F. Pollock dans P.A. Landon, éd., *Pollock's Law of Torts*, 15e éd., Londres, Stevens, 1951 à la p. 127.

⁹¹*Contra* : W.J. Ford, « Tort and Illegality : The *Ex Turpi Causa* Defence in Negligence Law » (1977) 11 *Melb. U. L. Rev.* 32, 164 aux pp. 178-79.

⁹²Voir G.L. Williams, *Joint Torts and Contributory Negligence*, Londres, Stevens, 1951 aux pp. 333-35.

⁹³J. Irvine, « Annotation » *sub Mongovius c. Marchand, supra*, note 68 à la p. 21.

lant une loi à caractère pénal serait privé de toute protection contre les délits civils d'autrui⁹⁴.

S'il me paraît donc heureux de traiter l'illégalité du demandeur comme devant entraîner une diminution — plutôt qu'une élimination — des dommages-intérêts auxquels il est normalement en droit de prétendre en tant que victime, il convient néanmoins de réserver les cas où la loi à caractère pénal qui est violée entend franchement priver le demandeur de toute compensation⁹⁵. Quant aux circonstances où le demandeur aurait véritablement renoncé à son éventuel recours contre le défendeur, la défense de *volenti* devra trouver application ainsi qu'à l'habitude.

II. L'immoralité de la victime

Je n'ai pas traité, dans mon analyse, de l'acte immoral, la seule immondicité n'étant pas constitutive de faute civile et n'ayant pas, dès lors, vocation à être considérée au titre de négligence contributive. Cette question, en effet, ne participe en rien de la discrétion judiciaire étant entendu que celle-ci n'a trait qu'aux matières d'ordre *juridique*⁹⁶. Le caractère intrinsèquement relatif de la notion d'immoralité permettant au juge l'exercice d'un arbitraire sans borne me conforte dans mon opinion que les tribunaux n'ont pas à tirer des conséquences *juridiques* — tel le déni ou la minoration de compensation — d'une évaluation strictement morale du comportement de la victime.

Imperçu, le danger d'aléatoire n'a pas empêché la Cour suprême de la Colombie-Britannique, dans l'affaire *Mack c. Enns*, d'englober, dans la défense d'illégalité, l'immoralité de la victime. Le juge Taylor écrivait alors :

The operation of the rule is appropriate, I think, where there is proof of *morally reprehensible activity* on the part of the plaintiff, involving an actual or intended breach of the public peace, and the loss or injury complained of is so connected with the plaintiff's unlawful activity as to make it unconscionable that a Court should come to his aid.

[...]

⁹⁴Voir *Prosser and Keeton on the Law of Torts*, *supra*, note 68 aux pp. 231-33. Voir, en outre, *Restatement (Second) of Torts* (1963), § 469.

⁹⁵Voir *Jackson*, *supra*, note 45 aux pp. 465-66 (M. le juge Murphy).

⁹⁶Voir A. Barak, *Judicial Discretion*, New Haven, Yale University Press, 1989 à la p. 10 : « the term *discretion* assumes the existence of a legal problem for which there is more than one lawful solution » [le mot en italiques est de l'auteur] ; à la p. 20 : « judicial discretion [...] always derives its force from the law » ; à la p. 19 : « Discretion exercised by virtue of law is never absolute ».

Voir, pour un cas d'obligation faite au juge québécois de prononcer sur les transactions juridiques des parties à l'aune des « bonnes moeurs », art. 13, 990 et 1062 du *Code civil du Bas Canada*. Ces textes ont trait au contrat.

The key question is whether the unlawful conduct of the plaintiff leading up to the events on which the action rests has been so *reprehensible* as to disentitle him to the assistance of a court of law.

[...]

I must ask whether it would offend the *conscience of right-thinking, law-abiding members of the community* if a court were to lend the plaintiff its assistance in the circumstances in securing monetary compensation for his injuries. I am compelled to the conclusion that it would indeed offend the view which such people hold of the purpose for which the Courts are maintained⁹⁷.

Il n'est certes pas de mon propos de nier qu'il est des notions juridiques dont le contenu fait nécessairement appel à l'injection par le juge de considérations morales dans le processus adjudicatif. En d'autres termes, une notion juridique agit bien souvent à titre de véhicule invitant à des considérants d'ordre moral ; et je songe ici, par exemple, aux notions d'« unconscionability », telle qu'envisagée par le *Uniform Commercial Code* américain⁹⁸, de négligence, de raisonnablement et quoi encore. Mais je ne saurais admettre qu'au-delà de ces coquilles vides par le remplissage desquelles le juge est à même d'opérer une moralisation du droit, il soit légitime pour lui de procéder à des infusions de morale dans le droit qui ne seraient pas relayées par une quelconque notion juridique, si floue ou si variable soit-elle par son contenu. Car voilà qui a, on me l'accordera, une autre allure. L'on franchit alors, en effet, ce qui m'apparaît comme le seuil d'acceptabilité du rôle de la morale en droit. Ce que je dis, c'est que la morale, la seule morale n'est pas — et ne doit pas être — une source de droit. Or — Ripert l'a bien vu — la règle en vertu de laquelle le demandeur ne pourrait obtenir réparation eu égard à sa conduite jugée répréhensible (mais non illégale), cette règle, donc, relève précisément de la seule morale : ce n'est pas une règle juridique⁹⁹. Et l'entreprise du juge ne se voit pas autrement justifiée lorsqu'elle prétend se camoufler, plus ou moins piteusement, derrière l'écran de la « politique juridique » (*public policy*). Eisenberg a raison de faire intervenir ici une distinction :

Policies characterize states of affairs as conducive or adverse to the general welfare. In contrast to moral norms, which characterize conduct as right or wrong, policies characterize states of affairs as good or bad¹⁰⁰.

Il ne saurait donc être question de cautionner telle confusion des genres. Aussi Corbin avait-il tort d'écrire que « [i]n determining what public policy requires,

⁹⁷*Supra*, note 10 aux pp. 345 et 347 [c'est moi qui mets les mots en italiques].

⁹⁸U.C.C. § 2-302.

⁹⁹*Supra*, note 41 à la p. 190, no 108.

¹⁰⁰M.A. Eisenberg, *The Nature of the Common Law*, Cambridge, Harvard University Press, 1988 à la p. 26. Voir aussi, par exemple, C.F. Mooney, *Public Virtue*, Notre Dame, Ind., University of Notre Dame Press, 1986 à la p. xi : « Morality and public policy may be related [...]. But the two are also clearly distinct, since not every ethical value promotes the common good ».

there is no limit whatever to the 'sources' to which the court is permitted to go »¹⁰¹. La seule « morale judiciaire » n'a pas voix au chapitre.

Du reste, de quoi cette « morale judiciaire » s'alimenterait-elle ? Faudrait-il s'en remettre à la moralité personnelle du juge ? Cette solution, ne fut-ce qu'en raison de son caractère anti-démocratique, est loin de s'imposer¹⁰². Il n'y a guère lieu d'insister que la moralité des uns reste à jamais l'immoralité des autres. Savatier fait preuve de perspicacité qui voit là comme

un vaste océan d'incertitudes où chaque juge se guide personnellement au moyen d'une boussole morale à lui propre, qui se trouve loin de marquer toujours le même nord que celle du juge voisin¹⁰³.

S'agirait-il de puiser plutôt à la morale sociale ? Au-delà des appréhensions de Ripert — qui me semblent relever de la dramatisation — selon lequel « [l']assentiment général n'est souvent que l'accoutumance au vice »¹⁰⁴, la référence à cette (hypothétique) morale sociale pose immédiatement le problème de sa détermination. Comment en arriver à la cerner de manière empirique ? Et comment s'assurer que telle ou telle autre morale dite « sociale » ne se fasse pas que le reflet de la morale d'un groupe dominant ou particulièrement en vue au sein de la société ? Ces arguments, notamment élaborés par Ely¹⁰⁵, paraissent faire justice de cette notion finalement fruste et mirifique. Ainsi la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a-t-elle eu raison, dans l'affaire *Mack c. Enns*, de soigneusement éviter d'endosser le rôle qu'avait voulu faire jouer le tribunal de première instance à la notion de moralité¹⁰⁶.

Faisant fi des raisons qui appellent à un confinement de la morale pure et dure au non-droit, la jurisprudence anglaise récente a, pour sa part, choisi de privilégier, sous le couvert de la flexibilité, la plasticité conceptuelle et l'improvisation. L'arrêt *Shelley c. Paddock* marque le point de départ de cette évolution jurisprudentielle¹⁰⁷. Dans cette affaire, on l'a noté¹⁰⁸, Lord Denning retient la res-

¹⁰¹A.L. Corbin, *Corbin on Contracts*, t. 6A, St-Paul, Minn., West, 1962 à la p. 19, no 1375.

¹⁰²*Contra* : K. Greenawalt, « Policy, Rights, and Judicial Decision » (1977) 11 Ga. L. Rev. 991 aux pp. 1051-52.

¹⁰³R. Savatier, note *sub* Req., 8 juin 1926, D.P.1927.1.113 à la p. 115, cité dans P. Le Tourneau, *La règle « Nemo auditur ... »*, Paris, L.G.D.J., 1970, à la p. 142, no 128.

¹⁰⁴*Supra*, note 41 à la p. 72, no 39.

¹⁰⁵Voir J. H. Ely, *Democracy and Distrust*, Cambridge, Harvard University Press, 1980 aux pp. 63-69. Curieusement, Ely avance — avec circonspection, il est vrai — que ses arguments à l'encontre de l'existence d'une morale sociale ne vaudraient pas en *common law* du même poids qu'ils valent en droit constitutionnel ; voir *supra* aux pp. 67-68. Eisenberg, par ailleurs en désaccord avec Ely relativement à l'existence d'une morale sociale même, a raison de dire que cette distinction est artificielle et d'ajouter que, si Ely voit juste, c'est à la fois en droit constitutionnel et en *common law* que la notion de morale sociale doit échapper ; voir Eisenberg, *supra*, note 100 à la p. 20. Voir, pour l'argument de Eisenberg en faveur du recours à la morale sociale : *supra* aux pp. 14-26.

¹⁰⁶*Supra*, note 9 aux pp. 149-51 (M. le juge Hutcheon, au nom de la Cour).

¹⁰⁷*Supra*, note 49.

¹⁰⁸*Supra*, au texte accompagnant la note 49.

ponsabilité civile du défendeur, malgré la défense d'illégalité avancée par ce dernier, au motif que sa conduite est plus répréhensible que celle du demandeur¹⁰⁹. Les libertés que s'autorise la Cour eu égard aux principes traditionnels sont notamment soulignées par le juge Brandon qui écrit : « I still feel some doubt whether the defendants are not entitled to succeed in law even though such a result would appear to any ordinary person to be extremely unfair »¹¹⁰. Dans *Thackwell c. Barclays Bank plc*, le juge Hutchison se montre prêt à nier son remède au demandeur quoiqu'il n'ait pas participé à une entreprise illégale commune avec le défendeur¹¹¹. Le juge dit de ces arrêts relatifs à la défense d'*ex turpi causa* qu'ils constituent « an exercise in the application of public policy according to the court's conscience »¹¹². Cette large place faite à la « moralité judiciaire » se voit confirmée dans *Saunders c. Edwards*, où le juge Kerr écrit :

These cases [*Shelley et Thackwell*] show that the conduct and relative moral culpability of the parties may be relevant in determining [sic] whether or not the *ex turpi causa* defence falls to be applied as a matter of public policy¹¹³.

Ayant jugé que la culpabilité morale du défendeur l'emportait sur celle du demandeur, le juge détermine que la défense d'illégalité ne saurait trouver application. L'affaire *Euro-Diam Ltd c. Bathurst* paraît marquer l'aboutissement de ce développement¹¹⁴. Le juge Kerr énonce en ces termes les principes pertinents :

The *ex turpi causa* defence ultimately rests on a principle of public policy that the courts will not assist a plaintiff who has been guilty of illegal (*or immoral*) conduct of which the courts should take notice. It applies if, in all the circumstances, it would be an affront to the public conscience to grant the plaintiff the relief which he seeks because the court would thereby appear to assist or encourage the plaintiff in his illegal conduct or to encourage others in similar acts¹¹⁵.

Le juge retient que la défense ne s'applique pas en l'espèce. Quoiqu'il se soit agi, dans cette affaire, d'un contrat d'assurance, il ne fait pas de doute, selon moi, que l'énoncé a une portée davantage générale. À l'instar d'une jurisprudence remontant aux dix-septième et dix-huitième siècles¹¹⁶, l'arrêt *Euro-Diam* paraît ainsi vouloir consacrer l'immoralité des « situations acquises » pour

¹⁰⁹*Supra*, note 49 aux pp. 356-57.

¹¹⁰*Ibid.* à la p. 357.

¹¹¹[1986] 1 All E.R. 676 à la p. 689 (Q.B.).

¹¹²*Ibid.* à la p. 688.

¹¹³[1987] 1 W.L.R. 1116 à la p. 1127 et, dans le même sens, aux pp. 1132-33 (M. le juge Nicholls), [1987] 2 All E.R. 651 (C.A.).

¹¹⁴[1988] 2 W.L.R. 517, [1988] 2 All E.R. 23 (C.A.) [ci-après cité aux All E.R.].

¹¹⁵*Ibid.* aux pp. 28-29 [c'est moi qui mets les mots en italiques].

¹¹⁶Voir, par exemple, pour de vieilles décisions étendant la notion d'illégalité à l'immoralité en matière contractuelle, *Holman c. Johnson* (1775), 1 Cowp. 341 à la p. 343, 98 E.R. 1120 (Lord Mansfield) ; *Hegarty, supra*, note 8 aux pp. 294-95 (Lord Chancellor Ball) et 299-300 (Lord Chief Baron Palles).

mieux stigmatiser l'immoralité du recours¹¹⁷. Par-delà les critiques que j'ai déjà fait valoir relativement à l'illégitimité du renvoi à la seule morale eu égard, notamment, à la fugacité et à l'insaisissabilité qui la caractérisent, le paradoxe même auquel provoque cette décision ne saurait laisser indifférent. Fridman n'a pas tort qui conclut que, somme toute, le recours par le droit des délits civils à la défense d'*ex turpi causa* ne s'est guère révélé heureux¹¹⁸.

Épilogue

À propos du rôle de la défense d'*ex turpi causa* en droit des délits civils, le hasard des litiges a posé à la Cour d'appel de la Colombie-Britannique, avec l'affaire *Norberg c. Wynrib*¹¹⁹, une question à laquelle je crois que le droit civil français aurait répondu de façon plus convaincante. Il paraît ainsi utile de souligner que le droit français, qui n'hésite pas à se montrer tout à fait légaliste (voire — à tort, selon moi — moraliste) en matière contractuelle¹²⁰, ne fait en rien obstacle à l'action civile visant la réparation du préjudice causé par une infraction pénale, le demandeur eut-il lui-même participé à la commission de cette infraction¹²¹. Dans la même veine, il me paraît que :

i. s'agissant de l'une de « ces formules toutes faites, [de l'un de] ces brocards admis sans examen [...] qui apparaissent bientôt, parce qu'on en ignore ou qu'on en oublie l'origine et qu'on les redit machinalement, comme aussi inébranlables et aussi évidents que les axiomes des sciences mathématiques »¹²², la défense d'*ex turpi causa* ne devrait pas, en *common law*, avoir droit de cité en matière de délits civils¹²³ ;

ii. si cette défense n'en est pas moins autorisée par les tribunaux, elle devrait être assimilée à la négligence contributive (sauf le cas d'un texte législatif interdisant le recouvrement de dommages-intérêts)¹²⁴ ;

¹¹⁷Ripert, *supra*, note 41 à la p. 187, no 106.

¹¹⁸Voir G.H.L. Fridman, *The Law of Torts in Canada*, t. 1, Toronto, Carswell, 1989 à la p. 352.

¹¹⁹*Norberg (C.A.)*, *supra*, note 5.

¹²⁰Voir *supra*, note 96 pour les articles correspondants du *Code civil du Bas Canada*.

¹²¹Voir, par exemple, *Juris-classeur civil*, « Règle 'nemo auditur ...' », app. art. 1131 à 1133, fasc. 10-1, par P. Le Tourneau, nos 43-51 ; J.-B. Denis, « L'action civile de la victime en situation illicite », D.1976.Chron.243.

¹²²E. Gounot, *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé*, Paris, Rousseau, 1912 à la p. 11.

¹²³Voir Weinrib, *supra*, note 55 à la p. 50 : « the easy assumption that the *turpis causa* contract maxim is readily transferable to the field of torts should be fiercely resisted ». Voir aussi, par exemple : J.P. Swanton, « Plaintiff a Wrongdoer : Joint Complicity in an Illegal Enterprise as a Defence to Negligence » (1981) 9 Sydney L. Rev. 304 ; N.H. Crago, « The Defence of Illegality in Negligence Actions » (1964) 4 Melb. U. L. Rev. 534.

¹²⁴Voir, en ce sens, *Betts*, *supra*, note 15 aux pp. 683 et 685 (M. le juge Lambert, au nom de la Cour), appuyant *Jackson*, *supra*, note 45 aux pp. 465-66.

iii. en tout état de cause, la conduite non illégale du demandeur ne devrait pas être prise en considération par les tribunaux.

La défense d'*ex turpi causa* va à contre-courant du refus par le Droit de sanctionner l'absolutisme dont témoignent, par exemple, l'évolution législative en matière de négligence contributive et le rétrécissement par les juges de la portée de la défense de *volenti non fit injuria*¹²⁵. Du reste, en droit des contrats même, le rôle de l'illégalité, et partant de l'immoralité, sont remis en cause. Ainsi selon Collins, « courts exercise the jurisdiction to regulate the moral standards of the community more warily, preferring to leave such questions to the democratic legislature. Hence this moralistic power to refuse legal sanctions to offensive agreements normally applies only to contracts which violate criminal law or some other legislation »¹²⁶.

Les objectifs fondamentaux poursuivis par le droit des délits civils nous rappellent que l'on ne gagne rien à reconnaître au défendeur un privilège de porter atteinte aux intérêts légitimes du demandeur à travers une défense aussi dirimante. Sur le plan des obligations primaires, l'objectif fondamental reste la prévention du délit, ce que l'accueil fait à la défense d'*ex turpi causa* ne contribue évidemment pas à favoriser. Sur le plan des obligations secondaires, l'objectif de compensation — on l'a vu — est carrément laissé pour compte. C'est sans doute ce qui permet à Trindade et Cane d'affirmer que « [c]onfusion about the proper role of tort law [...] comes to some sort of head in this area »¹²⁷.

Ciselant avec acuité le rôle du juge en droit des délits civils, Weinrib note que « tort law is not public law in disguise »¹²⁸. Ce n'est ainsi qu'avec la plus grande circonspection que les juges doivent exproprier le droit du demandeur à réparation. L'immortel poète anglais s'étonnait déjà : « Condemn the fault, and not the actor of it »¹²⁹ ? Ainsi importe-t-il que, dans nos salles d'audience, l'illégalité ne participe plus de l'indécible ; après sa déjuridicisation, il convient, autant que faire se peut, de juridiciser à nouveau l'illégalité. Et s'agissant de la conduite immorale du demandeur, il y a lieu de redonner à l'impavidité judiciaire ses lettres de noblesse et de demander à celles de nos cours qui le font encore qu'elles cessent de s'emmitoufler de tant de pudibonderie. Dans les mots de Holmes, « [m]oral predilections must not be allowed to influence our minds in settling legal distinctions »¹³⁰. Haro, donc, sur les juges catéchistes !

¹²⁵Voir Linden, *supra*, note 37 à la p. 464.

¹²⁶H. Collins, *The Law of Contract*, Londres, Weidenfeld & Nicolson, 1986 aux pp. 117-18.

¹²⁷*Supra*, note 35 à la p. 437.

¹²⁸L. Green, « Tort Law: Public Law in Disguise » (1960) 38 *Texas L. Rev.* 257, cité par Weinrib, *supra*, note 50 à la p. 410.

¹²⁹Shakespeare, *Measure for Measure*, act. II, sc. ii.

¹³⁰O.W. Holmes, *The Common Law*, Boston, Little, Brown, 1881 à la p. 148.