

De l'intention à l'incurie : le déclin de la culpabilité morale en droit pénal canadien

Anne-Marie Boisvert et André Jodouin

Volume 32, numéro 3, 2002

URI : <https://id.erudit.org/iderudit/1028092ar>

DOI : <https://doi.org/10.7202/1028092ar>

[Aller au sommaire du numéro](#)

Éditeur(s)

Éditions Wilson & Lafleur, inc.

ISSN

0035-3086 (imprimé)

2292-2512 (numérique)

[Découvrir la revue](#)

Citer cet article

Boisvert, A.-M. & Jodouin, A. (2002). De l'intention à l'incurie : le déclin de la culpabilité morale en droit pénal canadien. *Revue générale de droit*, 32(3), 759–795. <https://doi.org/10.7202/1028092ar>

Résumé de l'article

Notre conférence portera sur l'évolution de la théorie canadienne de la responsabilité pénale. Cette évolution est marquée par un effritement de la place centrale accordée à l'intention coupable comme moteur de la culpabilité criminelle par la common law traditionnelle au profit d'une tolérance plus grande de la négligence comme fondement de la responsabilité.

En outre, notre droit des peines considère dorénavant que le préjudice causé par la conduite coupable est un facteur aggravant de la responsabilité initiale sans qu'il soit nécessaire d'établir que les conséquences de la conduite étaient intentionnelles. Nous tenterons ensuite de proposer certaines explications de cette évolution. À cet égard, l'avènement de la *Charte canadienne des droits et libertés* et l'apparition d'un discours fondé sur les droits, en particulier le droit des victimes, n'est pas étrangère au phénomène.

De l'intention à l'incurie : le déclin de la culpabilité morale en droit pénal canadien

ANNE-MARIE BOISVERT

Professeure à la Faculté de droit de l'Université de Montréal

ANDRÉ JODOUIN

Professeur à la Faculté de droit de l'Université d'Ottawa

RÉSUMÉ

Notre conférence portera sur l'évolution de la théorie canadienne de la responsabilité pénale. Cette évolution est marquée par un effritement de la place centrale accordée à l'intention coupable comme moteur de la culpabilité criminelle par la common law traditionnelle au profit d'une tolérance plus grande de la négligence comme fondement de la responsabilité.

En outre, notre droit des peines considère dorénavant que le préjudice causé par la conduite coupable est un facteur aggravant de la responsabilité initiale sans qu'il soit nécessaire d'établir que les conséquences de la conduite étaient intentionnelles. Nous tenterons ensuite de proposer

ABSTRACT

This study will examine the evolution of the Canadian theory of criminal liability. This development has been marked by the erosion of the central role of criminal intent in the common law tradition as the basis for determining guilt, and its replacement by an increased acceptance of negligence as the basis for determining liability.

In addition, our sentencing practices now regard the harm caused by criminal acts as an aggravating factor in relation to basic liability, without any requirement to prove that the consequences of the act were intended. We will offer an explanation of this evolution in the theory of criminal liability. In this, the Charter of Rights and Freedoms, and the emergence

certaines explications de cette évolution. À cet égard, l'avènement de la Charte canadienne des droits et libertés et l'apparition d'un discours fondé sur les droits, en particulier le droit des victimes, n'est pas étrangère au phénomène.

of a rights-based approach to societal debate, especially the rights of victims, is an integral part of this evolution.

SOMMAIRE

Introduction.....	760
I. Le fondement conceptuel de la responsabilité	762
A. L'action mauvaise de l'accusé comme fondement de la responsabilité.....	762
B. Le préjudice subi par la victime comme fondement de la culpabilité	768
C. Le rôle des juges dans l'élaboration de la dogmatique pénale	771
II. La mesure de la responsabilité	774
A. Le pouvoir du juge de choisir la peine	776
B. La concurrence entre la gravité de l'infraction et la culpabilité morale	781
C. Les degrés de la responsabilité	789
Conclusion	793

INTRODUCTION

Les règles de la responsabilité pénale, selon Fauconnet, sont celles « qui prescrivent comment doivent être choisis, à l'exclusion de tous autres, les sujets passifs d'une sanction et comment la sanction doit être modifiée, dans sa grandeur ou dans sa nature, pour s'appliquer à ces patients, la modification pouvant aller jusqu'à l'annulation de la sanction »¹.

1. P. FAUCONNET, *La responsabilité : étude de sociologie*, Paris : Alcan 1920, p. 11.

En droit pénal canadien, ces deux questions, celle de la détermination du sujet passif de la sanction et celle de l'ajustement de la sanction sont l'enjeu d'un procès composé de deux étapes reliées mais conceptuellement distinctes. La première étape, celle qui conduit au verdict, sert à déterminer si l'accusé est coupable de l'infraction dont on l'accuse (ou d'une infraction implicitement comprise dans l'accusation)². La seconde, qui conduit à la sentence, donne lieu à l'imposition d'une peine dont la nature et la sévérité doivent refléter « la gravité de l'infraction et le degré de responsabilité du délinquant »³.

Le droit pénal canadien appartient à la tradition juridique de common law, de sorte que ses règles de responsabilité présentent les caractéristiques de cette tradition : absence d'énoncés législatifs affirmant les principes fondamentaux, utilisation de mécanismes procéduraux et de règles de preuve dans l'articulation des règles de fond, doctrine pénale élaborée au hasard des procès, par les juges saisis de l'affaire. L'absence de principes légiférés reconnaissant des variations de la responsabilité à l'étape de la détermination de la culpabilité sera, en théorie, compensée par les vastes pouvoirs discrétionnaires du juge : pouvoir d'innover quant aux moyens de défense, pouvoir de punir de manière à tenir compte de la véritable responsabilité du délinquant. Malgré ce contexte peu propice aux généralisations, on a pu dégager certaines lignes de force du droit criminel de common law, notamment l'idée de la responsabilité fondée sur la volonté coupable. Traditionnellement, cette idée fondamentale se manifestait tant dans le premier volet du procès pénal, celui qui sert à déterminer si l'accusé est ou n'est pas coupable, que

2. Il importe de noter qu'à cette étape, la personnalité du sujet n'est pas pertinente. La preuve de personnalité ou de propension criminelle est inadmissible. Il en va de même de la preuve des condamnations antérieures de l'accusé. Il ne s'agit pas de savoir si l'accusé est le genre de personne à commettre le genre de crime dont on l'accuse, mais bien de déterminer s'il a commis le crime précis pour lequel il subit son procès. À cet égard, le droit canadien considère la preuve de personnalité trop préjudiciable à l'accusé compte tenu de sa piètre valeur probante.

3. C'est à cette deuxième étape, totalement distincte de la première, que la personnalité du condamné est évaluée et considérée pertinente.

dans le second, où l'on décide, le cas échéant, quelle serait la sanction appropriée.

Le choix de la volonté coupable comme assise de la responsabilité a une double résonance politique. D'une part, le fait que la responsabilité, condition du droit répressif, incorpore un principe moral largement reconnu, le principe qu'il ne faut punir que les méchants, confère au droit répressif une autorité et une légitimité considérable, attributs dont profite l'État, par ricochet. Par ailleurs, ce même fait, en rendant plus complexe et nuancée la question de la culpabilité légale, rend la répression pénale plus délicate et plus aléatoire, de sorte que le recours aux solutions pénales paraîtra plus difficile et moins rentable, créant ainsi une sorte d'obstacle inhérent à la sur-utilisation du droit pénal.

Cependant, il semble que les attentes du public vis-à-vis l'État aient considérablement évolué et que ce dernier soit de plus en plus sollicité pour intervenir dans le domaine pénal. Le sentiment grandissant dans l'opinion publique que la sécurité est menacée, tant celle des personnes et des biens que celle des valeurs morales, génère une forte demande de pénalisation que l'État s'est empressé de combler. L'inflation pénale générée par ce phénomène s'accommode mal des limites imposées par des principes moraux. Il en résulte des transformations considérables de la responsabilité pénale. Ces transformations sont intervenues tant dans le fondement conceptuel de la responsabilité (I) que dans sa mesure par la peine (II). Paradoxalement, il semble bien que l'avènement d'une *Charte constitutionnelle des droits de la personne en 1982* ait servi de catalyseur à l'augmentation de la répression.

I. LE FONDEMENT CONCEPTUEL DE LA RESPONSABILITÉ

A. L'ACTION MAUVAISE DE L'ACCUSÉ COMME FONDEMENT DE LA RESPONSABILITÉ

La théorie de la conscience coupable exprimée en termes d'intention ou d'insouciance, mais non de négligence, est à la base du droit criminel. Dans le cas des crimes véritables, il existe la présomption que nul ne doit être tenu responsable de

son acte illicite, s'il est fait sans *mens rea*. [...] Blackstone a exposé ce principe depuis plus de deux cent ans en des termes toujours applicables : (traduction) «... pour qu'il y ait crime contre les lois humaines, il faut d'abord la volonté de nuire et, ensuite, qu'un acte illégal en résulte...»⁴

C'est ainsi que commence une des décisions judiciaires les plus marquantes du droit pénal canadien, l'arrêt *Sault Ste-Marie*. Dans cette décision, rendue quatre ans avant l'entrée en vigueur de la *Charte canadienne des droits et libertés*, la Cour suprême du Canada consacrait clairement une des règles cardinales du droit pénal canadien : à défaut d'indication claire au contraire par le législateur, les crimes dans le vrai sens du mot⁵ exigent la preuve de l'intention coupable pour fonder un verdict de culpabilité. En common law, l'intention coupable ou la *mens rea* est le moteur de la responsabilité. La personne ayant causé un préjudice par inadvertance pourra être tenue de réparer le dommage par une cour civile, mais elle n'est pas criminelle. La faute morale de l'accusé constitue le juste fondement du droit de l'État de condamner et, finalement, de punir. Il ne faut pas s'y méprendre. Ce qui est présenté comme une simple règle d'interprétation de l'intention législative en cas de silence sur la norme de faute applicable à une infraction donnée est en fait un principe fondamental de common law. La décision de la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Sault Ste-Marie* a une portée normative; le paradigme de l'élément moral de l'infraction est l'intention criminelle (*dolus*) et lorsque la volonté du Parlement d'incriminer dans certains cas la

4. R. c. *La Corporation de la Ville de Sault Ste-Marie*, [1978] 2 R.C.S. 1299, à la p. 1303.

5. Le droit canadien opère une distinction entre les vrais crimes (du ressort exclusif du législateur fédéral) et les infractions réglementaires ou infractions contre le bien-être public (qui peuvent être édictées autant par le législateur fédéral que par les législatures provinciales) dans le contexte de la réglementation d'une activité par ailleurs légitime. Alors que le droit criminel définit et réprime le crime et est, de ce fait, essentiellement répressif, le droit réglementaire utilise la sanction pénale à des fins administratives. Dans l'arrêt *Sault Ste-Marie*, la Cour suprême reconnaît qu'en principe, la responsabilité pour les infractions réglementaires est fondée sur la négligence.

négligence est manifeste, on doit voir là une exception, à interpréter strictement⁶.

À l'époque de la décision de la Cour suprême dans l'affaire *Sault Ste-Marie*, l'intention criminelle a acquis un sens technique. Il n'est plus question de péché, de conscience mauvaise ou de malice, mais d'une relation d'esprit caractérisée entretenue par le sujet en relation avec les éléments matériels de sa conduite. Il est question de connaissance des circonstances entourant la conduite, d'insouciance (acceptation délibérée d'un risque) ou encore de désir de provoquer un résultat prohibé. La simple négligence n'est pas, selon les tribunaux, constitutive de faute⁷.

Si la notion d'intention a acquis un sens technique en regard des éléments constitutifs de l'infraction, l'idée d'intention coupable demeure tout de même une figure centrale de tout le discours sur la responsabilité. Dans l'analyse de la culpabilité, la démarche judiciaire consiste le plus souvent à se demander en premier lieu si l'accusé a réalisé les conditions matérielles de l'infraction avec la *mens rea* requise. C'est dans un deuxième temps qu'on évaluera s'il peut bénéficier d'un moyen d'exonération quelconque, sans égard à la question de savoir si ces moyens d'exonération constituent fondamentalement une pré-condition à la responsabilité (comme ce serait le cas lorsque l'accusé invoque des troubles mentaux

6. Il est intéressant de noter que le juge Pigeon ramenait expressément la notion de *mens rea* à une simple règle d'interprétation, son propos étant d'illustrer l'importance du processus d'interprétation : *R. c. Drybones*, [1970] R.C.S. 282, p. 306. Cette perspective, en insistant sur le fondement technique de l'élément moral de l'infraction fait ressortir l'aspect aléatoire de cet élément et occulte les dimensions historiques et sociales du droit. De plus, la constitutionnalisation éventuelle de la *mens rea* par son inclusion parmi les « principes de justice fondamentale », finira par donner tort au juge Pigeon. (Voir *infra*, note 16).

7. Dans l'arrêt *Sault Ste-Marie*, à la p. 1309, le juge Dickson s'exprime ainsi : « Dans le cas d'une infraction criminelle, le ministère public doit établir un élément moral, savoir, que l'accusé qui a commis l'acte prohibé l'a fait intentionnellement ou sans se soucier des conséquences, en étant conscient des faits constituant l'infraction ou en refusant volontairement de les envisager. L'élément moral exigé pour qu'il y ait condamnation exclut la simple négligence. Dans le contexte d'une poursuite criminelle, est innocente aux yeux de la loi la personne qui néglige de demander les renseignements dont s'enquerrait quelqu'un de raisonnable et de prudent ou qui ne connaît pas les faits qu'elle devrait connaître. »

affectant la capacité pénale). Il n'est en outre pas rare que l'analyse de moyens de défense qui pourraient se qualifier d'excuses ou de justifications soit envahie par des considérations relatives à l'impact de telle ou telle situation sur l'intention ou la *mens rea* de l'accusé. On se demandera par exemple si la contrainte ou la provocation soudaine « annule » la *mens rea*. En fait, une large partie du discours sur ce qu'il est convenu d'appeler les moyens de défense est subsumée dans l'idée de faute morale⁸.

L'insistance à rationaliser les moyens de défense par les répercussions que peuvent avoir ces moyens sur la *mens rea* entraîne un effet pervers à la fois subtil et important, celui de gommer la distinction classique entre les justifications et les excuses. Il en résulte qu'on exige la preuve des mêmes conditions d'application pour les deux types de moyens de défense. Mais les règles qui conviennent aux justifications, moyens de défense qui postulent l'existence d'une norme objective légitimant la conduite de l'accusé, sont trop rigoureuses pour les excuses, mécanismes destinés à reconnaître que des conditions particulières ont pu diminuer, voire dissiper le blâme qui se serait autrement attaché au comportement de l'accusé. Le fait d'assortir l'excuse à des conditions de « raisonnabilité » rend le moyen de défense moins disponible et partant, la culpabilité subjective joue un rôle plus réduit.

Ceci étant dit, le droit canadien incrimine depuis ses débuts la négligence par le biais des infractions de négligence criminelle (la négligence criminelle étant définie dans le *Code criminel* comme une conduite démontrant une insouciance téméraire et déréglée à l'égard de la vie ou de la sécurité d'autrui⁹) et de quelques infractions de mise en danger (conduite dangereuse d'un véhicule automobile¹⁰, manipulation négligente d'une arme à feu). Il n'en demeure pas moins que ces infractions sont exceptionnelles et ont posé de graves

8. Pour être juste, il faut mentionner que ces dernières années, la jurisprudence de la Cour suprême tend à dissiper ce genre de confusion. Voir, en particulier, *R. c. Hibbert*, [1995] 2 R.C.S. 973 et *R. c. Ruzic*, [2001] 1 R.C.S. 687. Malheureusement, la louable tentative par la Cour de dissiper la « confusion induite » (sic) qui régnait sur la question du fondement théorique des excuses, a considérablement compliqué la définition de la complicité. Voir le même arrêt *Hibbert*.

9. Art. 219 C. cr.

10. Art. 249 C. cr.

problèmes d'interprétation aux tribunaux qui se demandent régulièrement si ces infractions ne devraient pas s'interpréter comme exigeant à tout le moins la preuve d'une conscience du danger chez l'agent avant de conclure à la culpabilité¹¹. Peu importe comment la négligence est définie dans le texte d'incrimination, il est toutefois clair que la simple négligence qui donnerait naissance à une obligation de réparation au civil n'est pas constitutive de crime. La simple étourderie n'est pas criminelle¹².

La décision unanime de la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Sault Ste-Marie*, sous le couvert de l'élaboration d'une règle d'interprétation des textes législatifs, affirme un système de justice criminelle essentiellement basé sur une vision moraliste du droit de l'État de condamner et de punir. Cette vision procède d'une conception de l'être humain héritée des canonistes et, plus tard, de la philosophie des lumières. L'homme est un être intelligent et libre et il est juste de le condamner lorsqu'il a fait mauvais usage de son libre arbitre, lorsqu'il a choisi le mal. Sa faute morale lui mérite la condamnation et, aussi, la peine. Le caractère technique qu'a acquis la notion d'intention ne remet pas fondamentalement en question cet héritage qui associe justice et punition de la faute morale. Comme le rappelait la Commission de réforme du droit du Canada en 1977 :

11. Voir, par exemple, la décision dans *Tutton*, [1989] 1 R.C.S. 1392 où la Cour s'est divisée sur la question de savoir si la négligence criminelle constituait une norme de faute devant être subjectivement ou objectivement appréciée. Voir aussi *R. c. Hundal*, [1993] 1 R.C.S. 867, aux pp. 880-881.

12. Dans *R. c. Hundal*, [1993] 1 R.C.S. 867, il est dit, au sujet de l'infraction de conduite dangereuse d'un véhicule à moteur :

« D'où il ressort clairement que c'est sur la négligence que repose un verdict de culpabilité de conduite dangereuse. La question à se poser n'est pas de savoir ce qu'a été l'intention subjective de l'accusé mais bien de savoir si, du point de vue objectif, il a satisfait à la norme appropriée de diligence. Il n'y a rien de particulièrement difficile à déterminer si un conducteur a manqué de façon palpable à la norme acceptable de diligence. Sans aucun doute, la plupart des Canadiens comprennent bien et reconnaissent facilement le concept de négligence. Or, la conduite négligente d'un véhicule automobile peut être considérée comme un continuum où l'on va de l'inattention momentanée qui entraîne la responsabilité civile, en passant par la conduite imprudente prévue au Code de la route d'une province, jusqu'à la conduite dangereuse sanctionnée par le *Code criminel*. » (à la p. 885).

La justice exige donc qu'une personne punie pour une action mauvaise ait eu l'intention de la commettre. Elle doit avoir agi intentionnellement, avec insouciance ou en connaissance de cause. La justice exige plus que la seule commission de l'acte. Pour les crimes véritables on ne peut donc faire jouer la responsabilité stricte.

On pourrait bien sûr asseoir notre droit pénal et réglementaire sur un fondement différent. Ce fondement pourrait être la notion de dangerosité. Ceux qui causent un tort sérieux à autrui ou qui les menacent intentionnellement, par insouciance, par négligence ou tout simplement par accident ou erreur, pourraient tous être considérés dangereux et soumis à des enquêtes qui auraient pour but de déterminer les causes et les remèdes du mal. Cette façon d'aborder le problème pourrait être efficace, voire à certains égards plus efficace que le droit pénal actuel. Tout de même, un tel principe nous amène à ignorer les distinctions que nous faisons habituellement entre les actions intentionnelles et celles qui ne le sont pas, entre la conduite délibérée et l'accident, entre la négligence et la diligence, distinctions qui sont au cœur des relations entre les personnes. Comme le disait le juge Holmes, « même un chien sait quand il reçoit un coup de pied et quand on ne fait que trébucher sur lui ». Notre droit pénal voit aussi cette différence, et il doit continuer à la voir pour demeurer un droit humain. Pour ce faire, il doit s'attarder à l'exigence de la faute, à la notion morale du blâme¹³.

Paradoxalement toutefois, cette affirmation de la Commission de réforme, reprise en grande partie dans l'arrêt *Sault Ste-Marie*, marque la fin d'une époque. Malgré ce qui est avancé comme tenant de l'évidence, on assistera dorénavant à un lent effritement de la conception traditionnelle de la culpabilité qui y est proclamée, à une tolérance progressive pour la négligence comme norme acceptable de faute pour

13. Commission de réforme du droit du Canada, *Notre droit pénal*, Ministère des Approvisionnements et Services Canada, 1977, aux pp. 23-24. Les travaux de la Commission de réforme du droit du Canada ont grandement influencé la jurisprudence de la Cour suprême du Canada. Cette influence est manifeste dans l'arrêt *Sault Ste-Marie*.

fonder la répression criminelle et à l'émergence graduelle d'une notion de culpabilité fondée sur l'ampleur des dommages causés par la conduite de l'accusé.

B. LE PRÉJUDICE SUBI PAR LA VICTIME COMME FONDEMENT DE LA CULPABILITÉ

Ce changement de paradigme s'amorce dans la littérature féministe remettant en cause la valeur de l'orthodoxie subjectiviste dans un domaine particulier, celui des infractions d'ordre sexuel. Fonder la responsabilité pour ces infractions sur l'intention ou la connaissance coupable de l'accusé a naturellement ouvert la porte à des défenses d'erreur sincères mais déraisonnables sur le consentement des plaignantes¹⁴. La responsabilité est assise sur l'appréciation de son comportement par l'accusé, non sur l'outrage ressenti par les victimes. Les victimes d'agressions sexuelles sont traitées, pendant le procès criminel, comme de simples témoins privilégiés de l'incident reproché à l'accusé. Elles réclament dorénavant, appuyées par une certaine doctrine, voix au chapitre. Elles veulent participer à la définition même du comportement coupable¹⁵.

L'avènement, en 1982, de la *Charte canadienne des droits et libertés*, leur fournira, de même qu'à toutes les victimes réelles ou potentielles, un instrument de taille.

L'article 7 de la *Charte* prévoit qu'on ne peut priver une personne de son droit à la vie, à la liberté ou à la sécurité de sa personne sans respecter les principes de justice fondamentale¹⁶. Très rapidement, la jurisprudence de la Cour suprême du Canada sur la portée des garanties offertes aux accusés par la *Charte* indiquera que les principes de justice fondamentale dont il est question à l'article 7 vont au-delà d'une

14. Voir en particulier *Sansregret c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 570.

15. Voir à cet égard, l'important article de la professeure T. PICKARD, « Culpable Mistakes and Rape: Relating Mens Rea to the Crime », (1980) 30 *U. of T. Law J.* 75.

16. L'article se lit comme suit : « Chacun a droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne; il ne peut être porté atteinte à ce droit qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale. »

garantie d'équité dans la procédure et concernent la théorie fondamentale de la responsabilité et du châtiment¹⁷. Les principes de justice fondamentale impliquent le droit des personnes moralement innocentes de ne pas être condamnées¹⁸. Ces premières décisions laissent entrevoir la consécration constitutionnelle de la traditionnelle vision moraliste de la culpabilité.

Or, il n'en sera rien. En quelques années à peine, la constitutionalisation de la théorie criminelle et l'émergence d'un discours dorénavant fondé sur les droits et les revendications individuels d'ordre constitutionnel opéreront une transformation radicale du discours sur la responsabilité.

Tout d'abord, le discours qui s'élabore sur la protection constitutionnelle des droits fondamentaux des personnes accusées n'est plus véritablement en lien avec l'élaboration d'une dogmatique criminelle souhaitable. C'est plutôt un discours qui pose des exigences de protection minimale, un discours qui affirme la règle du plus petit commun dénominateur. Le droit de n'être condamné qu'en cas de faute caractérisée (l'intention ou le dol) traduit peut-être une conception idéale de la justice, mais la Constitution ne garantit pas l'idéal. Elle garantit un minimum de justice. Sauf dans le cas de certaines infractions particulières¹⁹, la Constitution garantit tout au plus à l'accusé qu'il ne sera pas condamné en l'absence d'un minimum de faute personnelle. Or la négligence constitue ce minimum de faute. La personne négligente n'est pas moralement innocente au sens de la Constitution et, sauf en ce qui concerne de très rares exceptions, le législateur est libre d'incriminer la

17. *Renvoi sur la Motor Vehicle Act* (C.-B.), [1985] 2 R.C.S. 468.

18. « Depuis des temps immémoriaux, il est de principe dans notre système juridique qu'un innocent ne doit pas être puni. Ce principe est depuis longtemps reconnu comme un élément essentiel d'un système d'administration de la justice fondé sur la foi en la dignité et la valeur de la personne humaine et en la primauté du droit. Il est si ancien que c'est en latin qu'il a été énoncé pour la première fois : *actus non facit reum nisi mens sit rea* ». *Renvoi sur la Motor Vehicle Act* (C.-B.), [1985] 2 R.C.S. 468, à la p. 513.

19. Ce serait le cas du meurtre, de la tentative de meurtre et du vol.

négligence²⁰. En outre, la personne qui s'adonne à un acte illégal dangereux n'est pas moralement innocente. Il n'est donc pas inconstitutionnel de la punir pour les conséquences, même fortuites, de sa conduite.

La jurisprudence de la Cour suprême sur la portée de la Constitution aura graduellement un impact sur la common law traditionnelle. La common law évoluera dorénavant sur la base du plus petit dénominateur commun. Sans aucune référence à l'arrêt *Sault Ste-Marie*, certains crimes seront interprétés par la Cour suprême comme étant fondés sur la négligence puisque les dommages causés par inadvertance sont aussi dévastateurs que ceux causés intentionnellement²¹. En outre, la common law relative aux infractions fon-

20. « Par contre, la question soulevée devant notre Cour ne se rapporte pas à la politique la plus appropriée que devrait adopter le gouvernement, mais plutôt à l'exigence en matière de faute qui est requise sur le plan constitutionnel lorsque l'accusé risque l'emprisonnement. La conscience peut bien représenter la norme minimale de faute dans les cas d'emprisonnement ou pour toute infraction prévue au *Code criminel* — question sur laquelle je m'abstiens de me prononcer —, mais il ne s'ensuit pas que cette norme de faute soit consacrée par la *Charte*. Comme je l'ai dit dans l'arrêt *R. c. Lippé*, [1991] 2 R.C.S. 114, à la p. 142, « la Constitution ne garantit pas toujours la situation « idéale ». Comme notre Cour l'a déclaré dans l'arrêt *Vaillancourt*, les principes de justice fondamentale commandent que la négligence soit le degré de faute minimal quand l'accusé risque d'être condamné à l'emprisonnement, sauf quant à certaines infractions, comme le meurtre ». *R. c. Wholesale Travel Group, Inc.*, [1991] 3 R.C.S. 154, à la p. 186 (le juge Lamer).

21. La décision de la Cour dans l'arrêt *R. c. Naglik*, [1993] 3 R.C.S. 122, en fournit un exemple éloquent. Appelée à déterminer la norme de faute applicable à l'infraction d'omission de fournir aux enfants les choses nécessaires à la vie, la Cour a conclu qu'il s'agissait d'une infraction de négligence. Une partie du raisonnement est fondée sur le fait que l'infraction en est une d'omission (raisonnement peu convaincant puisque la Cour avait préalablement toujours refusé de faire varier la norme de faute en fonction de la qualification de l'infraction comme en étant une d'omission plutôt que de commission). L'autre partie du raisonnement s'appuie sur les conséquences de l'omission et la protection des personnes vulnérables. Il y est dit :

«... [Il convient] donc examiner à nouveau et en fonction des principes de base la question du fondement de la responsabilité dans le cas de l'art. 215. En ce qui concerne le texte de cet article, bien qu'on n'y retrouve aucune expression du genre « aurait dû savoir » indiquant l'intention du législateur d'établir une norme objective de faute, le fait qu'il y est question de l'omission de remplir une « obligation » donne à entendre que la conduite de l'accusé dans des circonstances particulières est à apprécier selon une norme objective, c'est-à-dire une norme de la société. La notion d'obligation évoque une exigence sociale minimale fixée à l'égard d'une conduite donnée : comme dans le domaine de la négligence civile, une obligation serait vide de sens si chacun en défi-

dées sur la commission d'un acte illégal objectivement dangereux sera revue de manière à condamner la survenance de conséquences prohibées même si elles étaient imprévisibles²². Le minimum constitutionnel vital deviendra, dans ce domaine, une nouvelle règle de common law.

C. LE RÔLE DES JUGES DANS L'ÉLABORATION DE LA DOGMATIQUE PÉNALE

La *Charte* n'aura pas pour seul effet une érosion lente de l'héritage moral de la common law. Sous l'impulsion de la *Charte*, les tribunaux abandonneront graduellement leur rôle auto-proclamé de gardiens d'une certaine conception du droit de l'État de condamner et de punir, pour s'ériger plutôt en arbitres de revendications et de droits en opposition.

La théorie traditionnelle de la responsabilité, basée sur l'intention coupable comme juste fondement de la culpabilité, sera en effet dorénavant conceptualisée en termes de droits individuels, en termes de droits de la personne accusée. Par exemple, l'obligation de la poursuite de prouver la faute pour fonder une déclaration de culpabilité sera maintenant présentée comme un droit de l'accusé de ne pas être déclaré coupable en l'absence de la preuve d'un minimum de faute personnelle. Or ces droits de la défense devront être définis et évalués en regard d'autres droits avec lesquels ils sont en concurrence, notamment ceux des victimes à l'intégrité et à

nissait le contenu selon ses croyances et ses priorités personnelles. La conduite de l'accusé devrait en conséquence s'apprécier en fonction d'une norme objective ou d'une norme de la société afin de donner effet à la notion d'« obligation » du législateur. »

Voilà une interprétation que viennent appuyer les objectifs d'intérêt public visés par la disposition en cause. L'article 215 a en effet pour but l'établissement d'un niveau *minimal* uniforme de soins à fournir pour les personnes auxquelles il s'applique. Or, cela ne peut se réaliser que si ceux auxquels incombe l'obligation sont tenus de respecter dans leur conduite une norme de la société plutôt qu'une norme personnelle. Cet article ne va certes pas jusqu'à prescrire comment élever les enfants ou donner des soins, mais il établit en ce qui concerne la fourniture des choses nécessaires à l'existence un seuil que constituent, par exemple, les circonstances exposées au sous-al. (2)a)(ii). L'omission par négligence de remplir l'obligation en question aura des effets aussi graves que le refus intentionnel de le faire. » *R. c. Naglik*, [1993] 3 R.C.S. 122, pp.141-142.

22. *R. c. Desousa*, [1992] 2 R.C.S. 944; *R. c. Creighton*, [1993] 3 R.C.S. 3.

l'égalité. Par l'effet de ce nouveau processus d'équilibrage des droits, la responsabilité pénale ne se mesurera plus simplement à l'aulne de la turpitude morale du délinquant mais à l'ampleur du danger couru ou du préjudice subi par autrui²³.

Le nouveau discours fondé sur les droits individuels entraîne en fait une redéfinition du rôle de l'État en matière de répression. Par la condamnation de l'accusé, l'État n'exerce plus seulement sa prérogative répressive, il rencontre son obligation de protéger les personnes vulnérables. L'ampleur de la responsabilité de l'accusé donne la valeur de sa victime. Les victimes, réelles ou potentielles, exigent la répression, en revendiquent le droit, comme mesure de leur dignité et de leur égalité. La *Charte* aura redonné ses lettres de noblesse à une certaine forme de vindicte. Dans un remarquable ouvrage, le professeur Kent Roach rend compte du phénomène :

The emergence of due process and victim's rights produced a new kind of political case in the 1990s. The old political case set off the accused's claims to liberty against the state's interest in crime control. The new one pitted the accused's due-process and free-expression claims against the security and equality rights of crime victims and potential victims. It was fought in cases involving what in the 1960s were called « victimless crimes », such as pornography, hate propaganda, euthanasia, prostitution, and abortion (Packer 1968). The criminal sanction was no longer defended as a manifestation of community morality, but as a means to recognize the rights of disadvantaged groups, to respond to the risks they faced, and to provide them with a symbol of the state's care and recognition.²⁴

À partir des années 90, de nombreuses dispositions législatives seront adoptées précédées d'un long préambule où le législateur expose ses préoccupations pour la protection des

23. « Le droit criminel se doit de tenir compte non seulement des préoccupations de l'accusé, mais aussi de celles de la victime et, lorsque cette dernière a été tuée, de celles de la société à l'égard du sort de la victime. Chacun de ces ordres de préoccupation doit peser dans la balance de la justice. » R. c. *Creighton*, [1993] 3 R.C.S. 3, à la p. 57 (la juge McLachlin).

24. K. ROACH, *Due Process and Victims' Rights, The New Law and Politics of Criminal Justice*, University of Toronto Press, 1999, pp. 4 et 5.

personnes vulnérables et sa volonté de promouvoir leurs droits²⁵. Et le procès « constitutionnalisé » de l'accusé sera l'occasion pour les groupes d'intérêts ayant obtenu le statut d'intervenant devant la Cour de venir s'y faire entendre. Le procès de la personne accusée sera devenu le forum d'une discussion sur les droits de l'accusé, les droits des victimes et les droits de la société en général.

Les tribunaux, lors de l'interprétation des dispositions législatives et lors de l'analyse de leur constitutionnalité, se feront donc les arbitres de revendications contradictoires. Mais il s'agit, quand on y regarde de plus près, d'arbitres bien timides. Après avoir avancé l'idée qu'aucun droit constitutionnel ne peut prétendre à une quelconque suprématie en regard des autres droits²⁶, les tribunaux finiront par admettre qu'il leur faut faire preuve d'une extrême déférence envers le législateur souverain lorsque ce dernier procède au délicat équilibre des droits des uns et des autres. L'élaboration de la dogmatique pénale, que les tribunaux ont longtemps considérée comme un exercice légitime du pouvoir judiciaire, sera dorénavant considérée comme relevant de la politique gouvernementale. Et le juge constitutionnel se gardera de s'aventurer trop loin dans la contradiction du

25. À cet égard, le préambule du Projet de loi C-72, adopté environ six mois après que la Cour suprême du Canada ait reconnu l'existence d'une défense d'intoxication extrême afin de retirer ce moyen de défense, fournit un exemple éloquent. Il se lit ainsi :

« Attendu :

- que la violence au sein de la société canadienne préoccupe sérieusement le Parlement du Canada;
- que le Parlement du Canada est conscient que la violence entrave la participation des femmes et des enfants dans la société et nuit gravement au droit à la sécurité de la personne et à l'égalité devant la loi que leur garantissent les articles 7, 15 et 28 de la Charte canadienne des droits et libertés;
- que le Parlement du Canada est conscient des liens étroits qui existent entre la violence et l'intoxication et est préoccupé du fait que l'intoxication volontaire puisse être utilisée socialement et légalement pour justifier la violence, plus particulièrement contre les femmes et les enfants;
- [...] »

Nous omettons les six paragraphes suivants.

26. *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835, à la p. 877. Voir, en particulier *R. c. Mills*, [1999] 3 R.C.S. 668, aux pp. 712-713 et *R. c. Darrach*, [2000] 2 R.C.S. 443, à la p. 461.

législateur de crainte de se faire taxer d'activisme judiciaire. Évidemment, la crainte de se faire attaquer sur la place publique pour cause d'activisme judiciaire n'explique pas tout. L'avènement de la *Charte* s'est accompagné de changements significatifs dans la composition du banc de la Cour suprême, certains nouveaux juges ne faisant pas de cachette au sujet de leur programme bien personnel en ce qui concerne la protection des victimes et la nécessité d'une répression plus grande.

En matière de responsabilité pénale, la tradition de common law et sa préférence pour l'intention comme moteur de la culpabilité ont donc perdu du terrain au profit d'une vision fondée sur le préjudice causé à la victime. Dans la mesure où il est possible d'adapter la sévérité de la peine à l'intensité de la turpitude morale du délinquant, on ne considère plus fondamental d'asseoir la culpabilité sur l'intention mauvaise²⁷. La jurisprudence des dernières années renvoie donc, de façon implicite, à la deuxième phase du processus pénal, celle de la détermination de la peine, le soin d'évaluer l'impact de l'intention coupable sur la responsabilité.

II. LA MESURE DE LA RESPONSABILITÉ

Le déclin de la composante morale de l'infraction vient accentuer le caractère incomplet, voire fruste, du jugement que porte le droit pénal canadien sur le comportement de l'accusé. La substitution de plus en plus fréquente de la négligence à l'intention criminelle, qui s'ajoute à d'autres tendances comme celle d'exiger un fondement objectif pour certaines excuses, rend difficile la prise en considération du caractère subjectif de la culpabilité. Pourtant, le droit répressif fonde sa légitimité sur la prétention que ses jugements correspondent, en gros, aux «é tats forts et définis de la

27. Dans *R. c. Desousa*, [1992] 2 R.C.S. 944, à la p. 962, la Cour suprême s'exprime ainsi :

« Je partage l'avis de l'intimée et des intervenants selon que l'art. 269 ne comporte ni les stigmates ni la sanction pénale qui commanderaient un élément moral plus strict que celui qu'il exige déjà. La sanction pénale est souple et peut donc être adaptée aux circonstances de l'espèce. »

conscience collective »²⁸, qui incluent certainement le principe qu'on ne doit punir sévèrement que ceux qui ont pleinement acquiescé à l'acte mauvais qu'ils ont commis. L'évolution du droit pénal vers une responsabilité objective ébranle les fondements traditionnels de la légitimité de la peine.

La réponse que proposent les défenseurs du système de justice pénale à cette remise en question de la légitimité du droit répressif est d'invoquer le rôle que joue le pouvoir discrétionnaire du juge comme correctif du jugement de responsabilité. Les règles de responsabilité ne permettent pas de tenir pleinement compte des aspects subjectifs de l'infraction et partant, de fonder le jugement pénal sur des normes socialement admises? Qu'à cela ne tienne, le juge y verra au moment d'imposer la peine. C'est à cette étape du procès qu'il sera en mesure de nuancer la condamnation et de rajuster le jugement de responsabilité en prenant en considération une multitude d'éléments qui n'étaient pas pertinents au moment du verdict, d'autant plus que la loi lui commande expressément d'imposer une peine « proportionnelle à la gravité de l'infraction et au degré de responsabilité de l'accusé »²⁹.

Cette solution peut paraître un palliatif acceptable au problème du manque de relief du jugement de responsabilité, d'autant plus que le verdict dans le procès pénal ne s'exprime que par la dichotomie brutale « coupable/non coupable », alors que la sentence peut comporter une multiplicité de gradations, de l'absolution sans conditions³⁰ à l'emprisonnement à perpétuité. La sentence peut donc servir — et de fait, elle sert souvent — à nuancer le jugement de responsabilité posé par le verdict.

On peut, toutefois, s'interroger sur l'efficacité de la peine comme moyen général et obligé d'exprimer de façon plus juste la culpabilité morale de l'accusé et d'ainsi rétablir un principe que le droit pénal général est en voie d'abandonner. En effet, le droit de la détermination de la peine est soumis aux mêmes tensions et élaboré par les mêmes intervenants — le Parlement et les tribunaux d'appel, surtout la Cour suprême du

28. E. DURKHEIM, *De la division du travail social*, Paris, Presses universitaires de France, 1967, 8^e éd., p. 47.

29. Art. 718.1 C. cr.

30. Art. 730 C. cr.

Canada — que les règles de la responsabilité pénale. Il n'est donc pas surprenant qu'on constate la même tendance vers le nivellement moral du droit répressif que celle qui a marqué l'activité normative récente.

C'est ainsi que la stratégie de suppléer à l'insuffisance des règles de responsabilité par une appréciation plus nuancée de la culpabilité véritable du condamné au moment de l'imposition de la peine se heurte à des obstacles structurels et normatifs. D'abord, le pouvoir discrétionnaire du juge de première instance, pierre angulaire de l'individualisation des peines, est considérablement restreint par des limites législatives que les tribunaux d'appel ont généralement approuvées (A). Ensuite, l'obligation de tenir compte de la composante morale du comportement du condamné entrera en conflit avec celle de réagir à la gravité de l'infraction, surtout lorsque la notion de gravité se confondra avec le préjudice subi par la victime (B). Enfin, les causes qui pourraient fonder la perception que l'accusé est moins responsable seront soit subsumées sous la rubrique des objectifs des peines, soit tout simplement occultées (C).

A. LE POUVOIR DU JUGE DE CHOISIR LA PEINE

Le pouvoir discrétionnaire des juges dans les systèmes de droit dérivés de la common law est généralement considérable mais celui des juges canadiens semble figurer parmi les plus importants au monde³¹. Consacré par l'article 718.3 du *Code criminel*³², ce pouvoir constitue un principe fonda-

31. Voir J. HOGARTH, *Sentencing as a Human Process*, University of Toronto Press, 1971, p. 389 : « The magistrates' court in Canada has a broader jurisdiction to try cases, and wider sentencing powers, than that given to any other lower court exercising criminal jurisdiction in the world. » Notons que le jury n'intervient pas dans la détermination de la sentence, sauf en matière de meurtre, où il peut recommander qu'on allonge la période d'admissibilité à la libération conditionnelle. De là l'équivoque qui s'est produite dans l'affaire *Latimer*, *infra*, note 47.

32. « Code criminel, art. 718.3 (2) : « Lorsqu'une disposition prescrit une peine à l'égard d'une infraction, la peine à infliger est, sous réserve des restrictions contenues dans la disposition laissée à l'appréciation du tribunal qui condamne l'auteur de l'infraction, mais nulle peine n'est une peine minimale à moins qu'elle ne soit déclarée telle ».

mental du droit des peines³³. Il n'est pas, toutefois, absolu et on constate une tendance croissante dans la loi à lui imposer des limites, tendance que la jurisprudence ne désapprouve pas.

Les restrictions au pouvoir du juge de choisir la peine prennent la forme de peines fixes, dans le cas des deux infractions les plus graves du *Code criminel* du Canada, la haute trahison et le meurtre³⁴, et de peines minimales assorties à certaines infractions. Ces peines constituent une dérogation à la structure des peines au Canada, en vertu de laquelle les peines encourues sont exprimées en termes d'emprisonnement maximal, sans minimum et permettant, dans la plupart des cas, le recours à des sanctions non privatives de liberté comme l'amende, le sursis de sentence, voire l'absolution.

Les peines minimales d'emprisonnement ont été fortement critiquées par la Commission canadienne sur la détermination de la peine, qui a recommandé leur abolition³⁵. Le Parlement a rejeté la recommandation de la Commission et a maintenu le principe des peines minimales; il a même adopté des dispositions prévoyant des peines minimales plus lourdes dans sa réforme du droit pénal relatif aux armes à feu³⁶.

33. Voir *R. c. M.(C.A.)* [1996] 1 R.C.S. 500., para. 73 « Dans notre système de justice, la protection ultime contre l'application de peines criminelles excessives réside dans l'obligation primordiale du juge chargé de la détermination de la peine de fixer une peine « juste et appropriée », qui soit proportionnée à la culpabilité générale du contrevenant. »; voir aussi *R. c. Shropshire*, [1995] 4 R.C.S. 227.

34. Articles 47 et 235 respectivement. L'article 745 contient des dispositions spéciales limitant l'admissibilité à la libération conditionnelle des personnes condamnées pour ces infractions.

35. Voir *Réformer la sentence : une approche canadienne*, Rapport de la Commission canadienne sur la détermination de la peine, Ministre des Approvisionnements et Services Canada, 1987, chapitre 8, recommandation 8.1, p. 208.

36. *Loi concernant les armes à feu et certaines autres armes*, L.C. 1995, ch. 39. Selon le criminologue Jean-Paul Brodeur, les peines minimales introduites par cette loi réglementant les armes à feu auraient été motivées par le désir du gouvernement de répondre à ses critiques qui l'accusaient de criminaliser les honnêtes Canadiens qui avaient des armes à feu. Les dispositions concernant les peines minimales permettaient au gouvernement de montrer que sa loi visait les auteurs de crimes. Voir J.P. BRODEUR, « Sentencing Reform Ten Years after the Canadian Sentencing Commission », in J.V. ROBERTS et D.P. COLE (dir.), *Making Sense of Sentencing*, University of Toronto Press, 1998, Toronto, p. 337. Voir aussi H. DUMONT, « Désarmons les Canadiens et armons-nous de tolérance : bannir les armes à feu, bannir les peines minimales dans le contrôle de la criminalité violente, essai sur la contradiction apparente », (1997) 2 *Rev. Can. Droit*, 43.

Les peines minimales avaient déjà fait l'objet de contestations constitutionnelles fondées sur l'article 12 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. La Cour suprême avait d'abord déclaré inconstitutionnelle la peine d'emprisonnement minimum de 7 ans prévue pour les infractions d'importation et d'exportation de stupéfiants par l'ancienne *Loi sur les stupéfiants*³⁷, pour le motif que cette peine serait « exagérément disproportionnée » dans certains cas, vu la grande diversité des comportements qui pouvaient constituer l'infraction³⁸. Elle avait reconnu valides, par contre, d'autres peines minimales : le régime de détention indéterminée des délinquants dangereux³⁹, la peine d'emprisonnement minimale avant l'admissibilité à la libération conditionnelle⁴⁰ et une peine de 7 jours prévue par une loi provinciale pour l'infraction de conduite d'un véhicule par une personne dont le permis de conduire a été suspendu⁴¹.

Enfin, dans un arrêt récent, la Cour suprême a reconnu la constitutionnalité d'une peine minimale de 4 ans d'emprisonnement imposée pour l'infraction de négligence criminelle causant la mort, lorsque le perpétrateur a utilisé une arme à feu lors de la commission d'une infraction⁴². L'arrêt a été rendu par une majorité de 5 juges, avec une dissidence remarquable de madame le juge Arbour, dissidence à laquelle le juge en chef McLachlin a souscrit⁴³.

L'obligation d'imposer une peine d'emprisonnement minimale enlève au juge toute possibilité de rajuster la peine à la mesure du degré de responsabilité de l'accusé. Comme le signalent les juges dissidents dans l'arrêt *Morrisey* :

Quoique les peines minimales obligatoires dérogent aux principes généraux de la peine exprimés dans le *Code*, en par-

37. Abrogée par la *Loi réglementant certaines drogues et autres substances*, L.C. 1996, ch. 19.

38. *R. c. Smith*, [1987] 1 R.C.S. 1045.

39. *R. c. Lyons*, [1987] 2 R.C.S. 309; *R. c. Milne*, [1987] 2 R.C.S. 512.

40. *R. c. Luxton*, [1990] 2 R.C.S. 711.

41. *R. c. Goltz*, [1991] 3 R.C.S. 485.

42. *R. c. Morrisey*, [2000] 2 R.C.S. 90.

43. Notre propos n'est pas de critiquer l'interprétation de l'article 12 par la Cour suprême. Pour une analyse des aspects constitutionnels de la question des peines minimales, voir A.-M. BOISVERT, « Peines minimales obligatoires et exemptions constitutionnelles : la politique du pire », (2001) 31 R.G.D., no. 4, 647.

ticulier au principe fondamental de la proportionnalité (art. 718.1), la norme constitutionnelle exige leur maintien même si elles sont manifestement inappropriées, tant qu'elles ne sont pas exagérément disproportionnées par rapport à la juste sanction qu'auraient par ailleurs commandée les circonstances particulières de l'infraction et la situation particulière du délinquant en cause.⁴⁴

La dissidence reconnaît de plus que le principe de la peine minimale a un effet inflationniste, que les peines minimales ne sont pas automatiquement applicables telles quelles, mais qu'elles constituent un point de départ, un plancher à partir duquel on détermine la peine. Ainsi,

En établissant une peine minimale, particulièrement lorsque celle-ci ne représente qu'une fraction de la peine maximale applicable à l'infraction, le législateur n'a pas complètement écarté le principe de la proportionnalité, ni l'obligation, énoncée à l'al. 718.2b), d'infliger des peines semblables à des délinquants semblables pour des infractions semblables dans des circonstances semblables. Par conséquent, je suis d'avis que les peines minimales obligatoires prescrites pour les infractions liées aux armes à feu doivent servir de plancher haussant les peines généralement imposées et fixant ainsi une nouvelle sanction minimale applicable au délinquant dit « le moins répréhensible » dont la conduite est visée par ces dispositions. Le minimum obligatoire ne doit pas devenir la peine usuelle infligée à tous les délinquants, à la seule exception du délinquant de la pire espèce qui commet l'infraction dans les circonstances les plus odieuses. Cette approche aurait non seulement pour effet de contrecarrer l'intention qu'avait le législateur en édictant ces mesures législatives particulières, mais contreviendrait en outre aux principes généraux de détermination de la peine qui visent à instaurer un régime juste et équitable de détermination de la peine et ainsi à contribuer à la réalisation des objectifs visés par l'infliction de sanctions criminelles.⁴⁵

Si, comme l'ont prétendu les juges dissidents, une peine minimale « manifestement inappropriée » peut être

44. R. c. *Morrissey*, *supra*, note 42, para. 69.

45. *Id.*, para. 75.

constitutionnellement inattaquable, à plus forte raison la sentence du juge s'écartera-t-elle de la véritable mesure de la culpabilité si ce minimum n'est qu'un point de départ. Dans ce cas, les principes de détermination de la peine conduiraient inexorablement le juge à se rapprocher de cette zone mystérieuse et interdite où une peine cesse d'être « disproportionnée » pour devenir « exagérément disproportionnée ».

Le blanc-seing donné par la Cour suprême au Parlement d'écarter comme il l'entend le principe de la proportionnalité risque fort d'encourager le recours à cette technique législative des peines minimales. Même si ces dernières ne se multipliaient pas, leur nombre actuel et leur relative sévérité font craindre un effet d'entraînement quant aux peines en général. Le juge devrait-il faire une distinction entre deux chasseurs négligents qui ont tué leur compagnon de chasse, l'un d'une balle, l'autre d'une flèche d'arbalète? Comme le principe de l'harmonisation des peines commande de traiter de façon relativement semblable des cas à peu près identiques et que le traitement de l'un de ces cas est largement prédéterminé, il y aura de fortes pressions pour assimiler le cas de l'arbaletier à celui de l'usager de l'arme à feu⁴⁶.

L'exemple le plus dramatique de l'impuissance du juge à infléchir les catégories absolues du droit pénal est l'affaire *Latimer*⁴⁷. Il s'agit d'un homicide commis par un père qui voulait éviter à son enfant handicapée et spastique les affres d'une série d'interventions chirurgicales qui ne lui aurait apporté qu'un soulagement temporaire. Après avoir déclaré l'accusé coupable, le jury a recommandé au juge une peine qui aurait permis la libération conditionnelle de M. Latimer après une année d'incarcération. Interprétant la recommandation du jury, le juge a imposé une peine d'emprisonnement d'un an, suivi de probation pour un an. La Cour d'appel a annulé la peine prononcée par le juge de première instance et lui a substitué la peine fixe — le minimum obligatoire —

46. Art. 718.2 (b) C. cr. Paradoxe : le principe de l'harmonisation des peines dérive de la notion d'équité, mais il est bizarre de qualifier d'équitable le fait d'imposer une peine inappropriée à un accusé sous prétexte que la loi oblige le juge à imposer la même peine, tout aussi inappropriée, à un autre accusé qui a commis la même infraction en utilisant un autre moyen...

47. R. c. *Latimer*, [2001] 1 R.C.S. 3.

prévue par la loi, c'est-à-dire l'emprisonnement à perpétuité sans admissibilité à la libération conditionnelle avant 10 ans. Saisie de l'appel de cette décision, la Cour suprême a refusé d'intervenir et la sentence d'emprisonnement à perpétuité a été maintenue.

L'affaire *Latimer* illustre bien notre thème. Le juge de première instance, en adoptant (en l'adaptant) la suggestion du jury, a tenté de trouver un moyen technique pour traduire la conviction du jury que la conduite de Latimer ne devait pas être punie aussi sévèrement que la loi ne semblait le prescrire. Cette conviction devait certainement se fonder sur la perception que les raisons pour lesquelles Latimer avait agi étaient pertinentes pour apprécier son acte. Il n'est pas contesté que la responsabilité criminelle repose sur l'intention et non le mobile. Il demeure que le mobile est un facteur dont on peut normalement tenir compte lorsqu'on détermine la peine et que l'absence de marge de manœuvre laissée au juge par la peine minimale obligatoire conduit à des résultats qui ne favorisent pas la coïncidence entre les règles juridiques et les valeurs sociales, représentées respectivement par le jugement des cours d'appel et par celui du jury.

B. LA CONCURRENCE ENTRE LA GRAVITÉ DE L'INFRACTION ET LA CULPABILITÉ MORALE

Même lorsque le Parlement a laissé entier le pouvoir discrétionnaire du juge de fixer la peine, on peut continuer à s'interroger sur l'efficacité de ce pouvoir comme moyen de restaurer le principe d'une responsabilité fondée sur la culpabilité morale. L'argument selon lequel la peine doit refléter la culpabilité morale est étayé par l'article 718.1 du *Code criminel*, qui se lit comme suit :

718.1 [Principe fondamental] La peine doit être proportionnelle à la gravité de l'infraction et au degré de responsabilité du délinquant.

La Cour suprême a clairement reconnu le rôle que devait jouer le principe de la proportionnalité dans la reconnaissance du caractère moral de la culpabilité. Dans l'affaire *Proulx*, la Couronne avait prétendu que l'on devait, en

principe, imposer des peines d'emprisonnement et écarter toute idée de sursis dans le cas des accusés trouvés coupables de certaines infractions comme les infractions sexuelles commises contre les enfants, les infractions sexuelles graves, l'homicide involontaire coupable et d'autres encore qui, même en l'absence d'une peine minimale, devaient être considérées comme particulièrement graves. La Cour a répondu très clairement à cette question :

À mon avis, bien que la gravité de ces infractions soit clairement pertinente pour déterminer si l'octroi du sursis à l'emprisonnement est justifié dans les circonstances d'une affaire donnée, il serait à la fois inutile et peu avisé que les tribunaux créent des présomptions d'inapplicabilité du sursis à l'emprisonnement à certaines infractions. Des présomptions propres à certaines infractions introduisent une rigidité injustifiée dans l'examen de la question de savoir si le sursis à l'emprisonnement est une sanction juste et appropriée. De telles présomptions sont incompatibles avec le principe de proportionnalité énoncé à l'art. 718.1 ainsi qu'avec la valeur accordée à l'individualisation de la peine, et elles ne sont pas non plus nécessaires pour réaliser les objectifs importants que sont l'uniformité et la cohérence dans le recours à l'emprisonnement avec sursis.⁴⁸

La Cour a affirmé que la notion de gravité de l'infraction ne devait pas opérer pour évacuer l'appréciation de la culpabilité morale du processus de la détermination de la peine :

À mon avis, la lacune dont souffre la thèse selon laquelle le principe de « proportionnalité » excluait présomptivement certaines infractions du champ d'application du régime d'octroi du sursis à l'emprisonnement est qu'une telle approche met démesurément l'accent sur la gravité de l'infraction et pas assez sur la culpabilité morale du délinquant. Elle découle d'une méprise fondamentale en ce qui concerne la nature du principe. La proportionnalité commande un *examen exhaustif* des deux facteurs.⁴⁹

48. R. c. Proulx, [2000] 1 R.C.S. 61, para. 81.

49. *Id.*, para. 83.

Encore faut-il pouvoir préciser le contenu de chacune de ces notions. Or, malgré son apparente clarté, l'article 718.1 pose de sérieuses difficultés d'interprétation. Les termes « gravité » et « degré de responsabilité » ne sont apparus au *Code criminel* que depuis la réforme du droit des peines et jusqu'à présent, l'article 718.1 ne semble pas avoir fait l'objet d'un exercice formel d'interprétation⁵⁰. Pourtant, il y aurait un certain nombre de questions à élucider, notamment quant au sens et à la portée des termes « gravité de l'infraction ». Il y a danger que, malgré le principe reconnu par l'arrêt *Proulx*, l'on donne à cette expression une ampleur telle que toute référence à la culpabilité morale soit évacuée de l'équation de la proportionnalité.

Un survol rapide (et manifestement incomplet) de la jurisprudence appliquant l'article 718.1 révèle que les tribunaux ont donné plusieurs sens différents à l'expression « gravité de l'infraction ». Dans certains cas, on insistera sur des indicateurs légaux, comme la peine encourue ou le fait que le ministère public, dans le cas d'une infraction hybride, a choisi le mode de poursuite sommaire⁵¹. Dans d'autres, on s'attachera plutôt aux circonstances de l'infraction, notamment le préjudice subi par la victime. Dans d'autres encore, c'est la catégorie d'infraction qui est désignée, selon le principe que certaines infractions ont une gravité inhérente qui les distingue des autres⁵².

50. L'expression « gravité de l'infraction » se retrouve à un autre endroit du *Code criminel*, dans une disposition prévoyant les conditions qui permettent de refuser de libérer une personne en détention provisoire. L'alinéa qui nous intéresse énumère des circonstances où la libération du prévenu minerait la confiance du public à l'égard de l'administration de la justice. Une de ces circonstances est justement « la gravité de l'infraction. » Mais dans la version anglaise du *Code criminel*, l'expression devient « gravity of the nature of the offence ». Dans la version anglaise, « gravity of the offence » et « gravity of the nature of the offence » ne sont pas des termes identiques.

51. Il est intéressant de constater que les tribunaux québécois semblent préférer cette conception de la gravité, conception qui équivaut à la notion de « gravité objective » dont faisait état le célèbre arrêt *R. c. Lemire et Gosselin*, (1948) 5 C.R. 181.

52. *R. c. Biancofiore*, (1997) 35 O.R. 3d, 782, (C.A. Ont.), (ivresse au volant); *R. c. H.V.* [1998] O.J. no. 4694, (agression sexuelle). Ces deux arrêts constatent que la stigmatisation sociale ne semble pas refléter adéquatement la « gravité objective » de l'infraction.

La première de ces interprétations, bien que la plus objective, est peut-être la moins utile, sauf comme principe de limitation. En effet, les peines maximales encourues, même si elles sont fréquemment utilisées comme étalon de gravité, reflètent beaucoup moins le jugement social sur une infraction que le pouvoir que la loi confère au juge, pour le cas où il aurait à imposer une peine au pire des criminels, coupable du crime le plus atroce⁵³.

La deuxième, qui insiste sur les circonstances de l'infraction, est peut-être la plus valide, dans la mesure où elle conduit à comparer le comportement de l'accusé à d'autres comportements visés par une même qualification pénale. Elle peut ainsi nuancer la notion de gravité et laisser plus de latitude pour prendre en considération les éléments subjectifs de la culpabilité⁵⁴. Son danger est d'introduire des considérations qui débordent la définition de l'infraction elle-même, ou qui relèvent de l'autre terme de l'équation de la proportionnalité, c'est-à-dire au degré de responsabilité. Elle peut également fausser l'appréciation en valorisant une circonstance parmi toutes celles qui entourent l'infraction. On peut se demander si ce n'est pas ce qui se produit à l'égard d'une circonstance certes importante, le préjudice causé à la victime, qui bénéficie d'une procédure spéciale lors de la détermination de la peine.

La procédure d'imposition de la peine permet maintenant à la victime d'intervenir en présentant une « déclaration » qui traite généralement des conséquences que l'infraction a pu entraîner pour elle⁵⁵. Cette déclaration s'inscrit dans le mouvement de la reconnaissance des droits des victimes d'actes criminels, qui se sont mobilisées politiquement et ont obtenu un certain nombre d'accommodements dans le système de justice pénale. La déclaration est perçue comme un moyen de restaurer une certaine égalité entre la victime et son offenseur. Certains vont même jusqu'à affirmer

53. En ce qui concerne la question des peines maximales, la critique de la Commission canadienne sur la détermination de la peine, exposée au chapitre 9 de son rapport, reste très pertinente : voir COMMISSION CANADIENNE SUR LA DÉTERMINATION DE LA PEINE, *op. cit.*, note. 35, p. 211.

54. *R. c. McDonnell*, [1997] 1 R.C.S. 948.

55. Art. 722 C. cr.

que l'intervention de la victime dans le processus répressif peut avoir une valeur thérapeutique⁵⁶.

Enfin, la troisième interprétation de la gravité, celle de la gravité inhérente, risque de conférer un pouvoir normatif trop considérable aux juges. On l'a vu au sujet de la prétendue règle des points de départ que certains tribunaux d'appel ont cherché à introduire dans le droit des peines et que la Cour suprême a désavouée en ce qui concerne l'emprisonnement avec sursis :

Les avantages minimes que procure l'uniformité dans ces circonstances sont annihilés par les coûts associés à la perte correspondante au titre de l'individualisation de la peine. En créant des points de départ applicables à des infractions précises, il y a un risque que ces points de départ deviennent dans les faits des peines minimales d'emprisonnement. Une telle situation irait à l'encontre de la volonté du législateur de n'exclure aucune catégorie particulière d'infractions du champ d'application du régime d'octroi du sursis à l'emprisonnement; elle pourrait également entraîner l'infliction de peines disproportionnées dans certains cas.⁵⁷

Le principe du point de départ a été admis de façon générale, toutefois, par la Cour suprême, dans les cas où le pouvoir discrétionnaire des tribunaux est particulièrement vaste⁵⁸. Mais même sans aller jusqu'à la reconnaissance prétorienne d'un point de départ, le discours sur la gravité peut avoir le même effet de diminuer la souplesse de la détermination de la peine. On l'a vu dans le cas d'un certain nombre d'infractions, où le tribunal invoque le principe de la gravité

56. Voir D. DAMANT, J. PAQUET et J. BÉLANGER, « Analyse du processus d'emprisonnement dans des trajectoires de femmes victimes de violence conjugale à travers le système judiciaire », (2000) 33 *Criminologie* 73. Voir aussi *R. c. Mills*, [1999] 3 R.C.S. 668, para. 91 : « Elle est alors pénalisée doublement, d'abord par l'agression sexuelle elle-même, ensuite par le prix qu'elle doit payer pour demander réparation — une réparation qui, dans certains cas, peut faire partie de son programme de thérapie. » Voir, enfin, S. BACCHUS, « The Role of Victims in the Sentencing Process » *In* J.V. ROBERTS et D.P. COLE, *op. cit.*, note 36, p. 217.

57. *R. c. Proulx*, *supra*, note 48, para. 88.

58. « Des points de départ sont très utiles lorsqu'il y a risque d'importante disparité entre les peines infligées pour un crime donné, du fait que la fourchette des peines prévues par le Code est particulièrement large. » *Id.*, para. 87.

pour légitimer une répression sévère⁵⁹. Cette méthode de construction de la gravité a l'inconvénient de se fonder sur des critères qui relèvent de l'idéologie, plutôt que du droit écrit et semble effectivement laisser assez peu de place à l'appréciation de l'autre aspect de la proportionnalité.

Récemment, la Cour suprême vient de proposer une façon de déterminer la gravité de l'infraction qui correspond d'assez près à sa conception de la responsabilité fondée sur la négligence. Il s'agit d'une affaire de négligence criminelle causant la mort. Le fait que la mort avait été causée au moyen d'une arme à feu a déclenché l'application de la peine minimale de 4 ans d'emprisonnement prévue dans ce cas, peine que la Cour suprême estime convenir à la gravité de l'infraction :

Comme je l'ai exposé, la gravité de l'infraction est le premier facteur à examiner. Pour analyser la gravité de l'infraction, il faut bien comprendre à la fois la nature des actes du délinquant et leurs conséquences : *Goltz*, aux pp. 510 et 511. Le fait que les actes de l'appelant aient eu des conséquences particulièrement graves pour la victime n'est pas contesté. Monsieur Teed est mort à cause des actes de l'appelant. Il n'y a pas de conséquence plus grave.

Le second aspect du facteur de la gravité de l'infraction — la nature des actes commis par le délinquant — a donné plus de souci au juge du procès. Le juge Scanlan a pensé qu'un acte

59. Voir, p. ex., *R. c. R.A.R.*, [2000] 1 R.C.S. 163, para. 26 « Quoique la Cour d'appel ait été habilitée à réviser la sentence de l'intimé, elle aurait dû reconnaître que la conclusion du juge du procès que la peine juste et appropriée pour l'agression sexuelle selon les anciennes dispositions — un an d'incarcération et trois années de probation — reflétait bien la gravité des actes en cause ainsi que le besoin de dénonciation et de dissuasion générale en l'espèce. (En ce qui concerne la gravité de l'agression sexuelle en tant qu'infraction et, de façon plus générale, son caractère insidieux au sein de la collectivité canadienne, voir : *R. c. Osolin*, [1993] 4 R.C.S. 595, à la p. 669; *R. c. Ewanchuk*, [1999] 1 R.C.S. 330, aux paras. 68 à 75, la juge L'Heureux-Dubé; quant aux problèmes de détermination de la peine en matière d'agression sexuelle, voir : P. MARSHALL, « Sexual Assault, the Charter and Sentencing Reform » (1988), 63 C.R. (3d) 216. ». Voir aussi l'introduction que fait le juge Lamer à l'arrêt *Smith*, lorsqu'il décrit les ravages causés par le trafic des drogues dures. Le discours a pour but de légitimer le recours aux peines sévères dans la « lutte contre la drogue », alors qu'un mouvement grandissant d'opinion semble sympathique à d'autres solutions à ce problème social, si problème il y a, autres que celles qu'entraînent la politique de répression.

non intentionnel constituait une infraction beaucoup moins grave qu'un acte intentionnel : par. 23. En règle générale, ce point ne saurait être vraiment contesté. Nous reprochons un plus haut degré de culpabilité morale aux personnes qui transgressent intentionnellement les lois qu'à celles qui ne le font pas intentionnellement... : . L'analyse ne s'arrête toutefois pas ici. Comme je l'ai expliqué plus tôt, aux par. 17 à 24, le législateur a fixé à un niveau très élevé le seuil qui doit être franchi pour qu'une personne soit déclarée criminellement responsable sous le régime de l'al. 220a). En effet, il faut établir qu'elle a fait preuve d'insouciance déréglée ou téméraire à l'égard de la vie ou de la sécurité d'autrui. L'on ne saurait trop insister sur ce dernier élément : l'application de la disposition en cause ne vise pas à faire déclarer coupables les personnes qui causent la mort d'autrui de manière non intentionnelle seulement. En plus de devoir démontrer que la mort a été causée par suite de l'usage d'une arme à feu, le ministère public doit prouver que l'accusé a agi d'une manière qui constitue une dérogation marquée par rapport à la norme suivie par une personne raisonnable. L'accusé doit avoir commis des actes ayant un caractère déréglé ou téméraire justifiant que sa responsabilité criminelle soit engagée.

Si l'on tient compte des deux aspects du facteur de la gravité de l'infraction, on constate clairement que l'al. 220a) vise les personnes qui ont commis des infractions particulièrement graves. Les actes entraînant la responsabilité criminelle de leur auteur doivent témoigner d'une insouciance déréglée ou téméraire à l'égard de la vie ou de la sécurité d'autrui. Lorsqu'une personne agit ainsi en utilisant une arme à feu et cause la mort d'autrui, elle est alors coupable d'un crime particulièrement grave. Quoique la situation soit tragique autant pour le délinquant que pour la victime, l'infraction n'en demeure pas moins très grave.⁶⁰

60. *R. c. Morrissey, supra*, note 15, para. 35 et suiv. Notons que dans cet arrêt la question n'est pas de savoir si une peine imposée dans un cas donné est appropriée, mais si la peine minimale de quatre ans prévue pour l'infraction de négligence criminelle causant la mort, lorsque l'infraction a été commise avec une arme à feu, était inconstitutionnelle.

Comme on le voit, la gravité comporte une référence au préjudice causé par l'infraction, mais aussi à la négligence de l'accusé. Le jugement sur la gravité ne laisse plus d'espace pour l'analyse du *degré* de responsabilité, notamment de la différence entre l'intention et la négligence, parce que la négligence est comptabilisée comme un élément qui contribue à la gravité de l'infraction. Dans l'arrêt *Morrissey*, l'inclusion de la négligence dans la catégorie « gravité » de l'analyse fera classer parmi les circonstances aggravantes des faits qu'on aurait peut-être pu interpréter autrement dans la perspective d'une analyse de la responsabilité :

Ces deux facteurs exigent l'examen des événements du 14 mai 1996. À cette étape-ci la cour de révision doit se demander s'il existe des circonstances atténuantes ou aggravantes susceptibles d'influer sur le caractère approprié de la peine... En l'espèce, il existe des circonstances de chaque type. *L'appelant était dans un état d'ébriété très avancé. En outre, il a pris à la fois des médicaments délivrés sur ordonnance et de l'alcool.* Il a apporté une arme chargée à l'intérieur d'une petite cabane. *Il était dans un état de détresse psychologique extrême.* Dans l'état d'ébriété où il se trouvait, l'appelant a témérairement bondi sur la couchette inférieure d'un lit superposé avec une arme chargée dans les mains et, conséquence prévisible, il a perdu l'équilibre et est tombé. Les circonstances entourant la perpétration de cette infraction témoignent clairement de la gravité du crime de l'appelant.⁶¹

On suivra le même raisonnement dans l'affaire *Latimer*, c'est-à-dire qu'on introduira dans l'appréciation de la gravité de l'infraction les composantes légales de cette dernière, tout en écartant les éléments qui ne figurent pas dans l'analyse juridique de l'infraction :

« En examinant la nature des actes de M. Latimer, nous sommes tenus d'évaluer l'exigence de faute criminelle ou la *mens rea* de l'infraction plutôt que le mobile ou l'état d'esprit général du contrevenant. Nous attachons un degré plus élevé

61. *Id.*, para. 38. Le soulignement a été ajouté.

de responsabilité criminelle ou de culpabilité morale à la conduite de l'accusé qui a délibérément enfreint la loi. En l'espèce, l'exigence de *mens rea* dans le cas d'un meurtre au deuxième degré est la prévision subjective de la mort, qui représente le plus sérieux niveau de culpabilité morale. »⁶²

Il est incontestable que le mobile n'est pas pertinent dans la détermination de la responsabilité criminelle de l'accusé, mais ce n'est pas de cela qu'il s'agit. La responsabilité criminelle de l'accusé ne fait plus aucun doute; c'est précisément pour cela que le tribunal va lui imposer une peine. La responsabilité criminelle est une condition préalable à l'imposition de la peine. La question qui se pose à cette étape est celle de son degré. La Cour suprême du Canada, par un raisonnement parfaitement circulaire, assimile le degré de responsabilité du délinquant au degré de responsabilité qui constitue la composante morale de l'infraction. La peine ne sera plus individualisée, elle ne portera plus sur le délinquant, mais sur l'infraction.

C. LES DEGRÉS DE LA RESPONSABILITÉ

L'expression « degré de responsabilité » n'est pas d'usage courant en droit pénal canadien. Le terme « responsabilité » lui-même est assez rarement utilisé et surtout, n'est pas toujours utilisé de façon cohérente, ni dans les deux versions française et anglaise qui, ensemble, constituent le *Code criminel*, ni même à l'intérieur de la même version⁶³. Le concept n'est pas défini dans la partie générale du *Code*, ni par la jurisprudence, encore qu'on ait parfois cherché à qualifier théoriquement certains moyens de défense en regard de la

62. *R. c. Latimer*, [2001] 1 R.C.S. 3, para. 82.

63. Ainsi, l'article 13 du *Code*, qui édicte le seuil d'âge à partir duquel un enfant est justiciable du droit répressif déclare : « Nul ne peut être trouvé coupable... alors qu'il était âgé de moins de douze ans. » L'article 16, cependant, qui traite de l'effet des « troubles mentaux », affirme que celui qui en souffre n'est pas criminellement responsable. L'article 33.1 nous apprend, en français, que l'ivresse extrême ne peut écarter la responsabilité criminelle de l'accusé, alors qu'en anglais, il déclare que l'ivresse extrême n'est pas incompatible avec la « *criminal fault* » de l'accusé.

notion de responsabilité⁶⁴. On voit donc apparaître une première difficulté méthodologique : comment préciser le degré d'une notion qui ne se laisse pas définir?

On peut présumer, toutefois, que l'expression a un sens et qu'il existe vraiment des degrés de responsabilité, même si le *Code* n'en traite pas expressément. Ainsi, le droit pénal général admet qu'un état pathologique en deçà de la définition légale des troubles mentaux peut rendre l'accusé incapable de préméditation⁶⁵; l'article 232 du *Code* accepte de diminuer la qualification de meurtre à celle d'homicide involontaire coupable lorsque l'accusé a agi dans un état de provocation et, sauf pour les crimes violents, on peut, dans certains cas, plaider absence d'intention pour cause d'ivresse. Même si l'explication théorique de tous ces cas renvoie à la notion d'intention, étant donné le peu d'élaboration de la notion d'excuse dans la dogmatique pénale canadienne, il est indéniable qu'on admet, en fait, des situations de responsabilité atténuée.

La question est de savoir si la notion de « degré de responsabilité » permet de tenir compte de facteurs qui amoind-

64. Voir, p. ex., *R. c. Chaulk*, [1990] 3 R.C.S. 1303, pp. 1320-1321, où le juge Lamer tente de définir le statut théorique de la défense fondée sur les troubles mentaux :

« Bien qu'on ne puisse assimiler l'état d'aliéné à celui d'enfant, il y a manifestement un lien entre ces deux conditions aux fins du droit criminel. Ces deux situations ont ceci de commun qu'elles font ressortir que l'individu en cause ne répond pas à certains postulats fondamentaux de notre modèle de droit criminel : savoir que l'accusé est un être autonome et rationnel, capable de juger la nature et la qualité d'un acte et de distinguer le bien du mal. Pour ce qui est de l'enfance, ces postulats fondamentaux sont mis en doute par l'immaturité de l'individu, celui-ci n'ayant pas encore acquis la capacité minimale exigée par la justice et l'équité pour être jugé au regard des normes du droit criminel. En ce qui concerne l'état d'aliéné, les mêmes postulats sont rendus suspects du fait que l'accusé souffre d'une forme de maladie mentale ou d'hallucinations qui l'amènent à avoir un cadre de référence sensiblement différent de celui de la plupart des gens. En raison de cette condition mentale, l'accusé est largement incapable de former une intention criminelle et ne devrait donc pas, de façon générale, être assujéti à la responsabilité pénale comme le sont les gens sains d'esprit. (Soulignons que l'art. 16 n'exonère pas *tous* ceux qui sont atteints de maladie mentale. La défense d'aliénation y revêt en effet un sens particulier et ce n'est qu'à la condition de satisfaire aux critères établis que l'accusé pourra échapper à une déclaration de culpabilité.) ».

65. *R. c. More*, [1963] R.C.S. 522.

drissent la culpabilité de l'accusé, sans pourtant lui fournir une excuse reconnue par le droit pénal général. Dans le passage cité à la note 64, le juge Lamer nous donne un excellent exemple d'une situation où la question pourrait se poser :

Soulignons que l'art. 16 n'exonère pas *tous* ceux qui sont atteints de maladie mentale. La défense d'aliénation y revêt en effet un sens particulier et ce n'est qu'à la condition de satisfaire aux critères établis que l'accusé pourra échapper à une déclaration de culpabilité.

Qu'advient-il, justement, de ceux qui sont atteints de maladie ou de troubles mentaux qui ne satisfont pas aux critères rigoureux établis par l'article 16 du *Code criminel*? Indubitablement atteints par la maladie mentale, mais néanmoins capables de «juger la nature et la qualité» de leur acte ou de «savoir que leur acte est mauvais», ils seront trouvés coupables. La sentence reconnaîtra-t-elle, cependant, que leur degré de responsabilité est moins élevé⁶⁶?

La réponse n'est pas évidente. Si l'on se place dans la perspective du principe de la proportionnalité, il est clair qu'une responsabilité atténuée devrait entraîner un moindre degré de blâme, et partant, une peine moins importante⁶⁷. Si

66. Voir R.D. SCHNEIDER, «Sentencing Mentally Ill Offenders», in J.V. ROBERTS & D.P. COLE (dir.), *Making Sense of Sentencing*, University of Toronto Press, 1999, p. 160. L'auteur classe les troubles mentaux parmi les circonstances atténuantes, tout en reconnaissant que les tribunaux ont pu les considérer parfois comme des circonstances aggravantes. : voir p. 162.

67. L'arrêt *Peters* illustre bien la perspective fondée sur la proportionnalité :

«Deterrence and punishment assume less importance in cases of mentally ill offenders. See *R. v. Hynes* (1991), 89 Nfld & P.E.I.R. 316 (NF CA). In *R. v. Robinson* (1974), 19 C.C.C. (2d) 193 (Ont. CA) the Court emphasized that in cases where offenders commit crimes while they are out of touch with reality due to mental illness, specific deterrence is meaningless to them. Further, general deterrence is unlikely to be achieved either since people with mental illnesses that contribute to the commission of a crime will not usually be deterred by the punishment of others. As well, severe punishment is less appropriate in cases of persons with such mental illnesses since it would be disproportionate to the degree of responsibility of the offender. This decreased emphasis on punishment and deterrence in these circumstances is consistent with the proportionality principle in s. 718.1 of the *Criminal Code*. »

Thus, the mental illness of an offender will often be considered a mitigating factor in sentencing even though it is not of the sort that would establish a verdict of not criminally responsible on account of mental disorder at the time of the

on se place plutôt dans une perspective utilitaire, un degré moins élevé de responsabilité peut constituer un facteur inquiétant, dans la mesure où il reflète la dangerosité de l'accusé⁶⁸. On peut également éviter la question en niant tout simplement la pertinence des troubles mentaux dans l'appréciation du degré de responsabilité :

Contrairement aux personnes déclarées non criminellement responsables pour cause de troubles mentaux, la personne atteinte de troubles mentaux qui est condamnée à une peine est criminellement responsable de ses actes. De fait, en l'espèce, le dossier démontre que même si l'appelant souffrait de troubles mentaux il était capable de juger de la nature et de la qualité de ses actes et, pour cette raison, aucune demande n'a été présentée en vertu de l'art. 16. En fait, l'appelant a été décrit par le Dr Tweddle comme [TRADUCTION] « n'étant pas un cas visé par l'art. 16 ». Les dispositions relatives au sursis à l'emprisonnement font partie de l'ensemble des modifications apportées à la partie XXIII du *Code criminel*. Ces modifications ont introduit un énoncé de l'objectif et des principes de la détermination de la peine. Le principe fondamental de détermination de la peine est celui de la « proportionnalité », qui dicte que la peine doit être proportionnelle à la gravité de l'infraction et au degré de responsabilité du délinquant. Ce principe a été codifié à l'art. 718.1 du *Code*. L'appelant n'a pas été jugé non criminellement responsable pour cause de troubles mentaux et, bien que le régime de sursis à l'emprisonnement ait été conçu pour permettre aux accusés d'éviter l'incarcération, il ne vise pas à leur éviter d'être punis. L'appelant avait un état d'esprit coupable. Cela devrait se refléter dans la peine qui lui est infligée.⁶⁹

commission of the offence. The focus in sentencing such offenders may properly therefore be placed on mechanisms that will promote rehabilitation and treatment, rather than on punishment. This is especially so where lengthy prison terms are often regarded as counterproductive, even in cases not involving the mentally afflicted. »

R. c. Peters, [2000] N.J. no. 287, para. 18 & 19.

68. Dans l'affaire *Lockyer*, l'état psychiatrique de l'accusé est considéré comme facteur de dangerosité : R. c. Lockyer, [2000] N.J. no. 306.

69. R. c. Knoblauch, [2000] 2 R.C.S. 780, para. 112.

La citation est extraite d'une opinion dissidente à laquelle trois juges ont souscrit. Les autres juges ne se prononcent pas sur la question du degré de responsabilité de l'accusé; leur jugement porte sur l'opportunité de recourir à l'emprisonnement avec sursis dans le cas d'un accusé que sa maladie mentale rend dangereux. Ils concluent que l'emprisonnement avec sursis purgé en milieu hospitalier offre de meilleures garanties de sécurité à long terme qu'un emprisonnement ferme. Dans une perspective pragmatique, il est difficile de critiquer la solution trouvée, même si elle est silencieuse sur la question du degré de responsabilité. Par contre, la solution présente des inconvénients sur le plan de la théorie et de la méthode : elle n'envisage pas que la notion de degré de responsabilité puisse avoir un contenu autonome et relègue la considération des facteurs que cette notion pourrait viser soit au choix des objectifs⁷⁰, soit à l'examen des circonstances atténuantes⁷¹. Ces deux options ont pour effet de laisser la détermination de la gravité de l'infraction comme mesure première de la proportionnalité.

CONCLUSION

Le droit pénal général a évolué pour faire une place moins importante à la culpabilité morale de l'accusé. Le droit des peines a évolué lui aussi, mais son évolution n'a pas servi à corriger l'orientation des principes de fond. Y-a-t-il un rapport entre les deux évolutions?

On pourrait chercher des ressemblances fonctionnelles dans ces deux secteurs du droit pénal, celui de la peine et celui des règles de la responsabilité. Il y en a deux qui paraissent significatives. D'abord, la personne de l'accusé,

70. Art. 718 C. cr.

71. Art. 718.2 (a) C. cr.

celui que Fauconnet appelle « le sujet passif de la sanction pénale », joue un rôle beaucoup moins important dans les deux étapes du procès. L'infraction elle-même et le préjudice subi par la victime passent à l'avant-scène. Mais si on fait de la victime (individuelle ou collective, certaines formes de criminalité étant dites dirigées contre la société toute entière) ou de l'infraction le point focal du procès, la culpabilité morale de l'accusé devient quelque peu superfétatoire. On le déclare coupable non pas parce qu'il a voulu commettre une action mauvaise, mais parce qu'il a été l'instrument du préjudice social ou personnel que vise l'infraction. On le punit parce qu'on croit que la punition dédommagera moralement la victime et contribuera à promouvoir la solidarité sociale.

Deuxième point de convergence entre le droit de la responsabilité et celui de la peine, dans les deux secteurs du droit, le résultat de l'évolution favorise la répression. Le nouveau droit de la responsabilité tend à rendre la condamnation plus facile, parce qu'il est plus facile de prouver un fait matériel qu'un état psychologique. Le rôle modérateur que joue l'intention criminelle s'en trouve diminué. Le droit des peines, quant à lui, va dans le sens d'une sanction pénale plus « automatique », comme en témoigne le recours législatif aux peines minimales. Or, est-il utile de le signaler, ces peines tendent vers une sévérité croissante. Le pouvoir de punir des juges augmente. Celui de ne pas punir diminue.

Il nous semble que la notion de responsabilité postule à la fois l'obligation de répondre et la reconnaissance de ce qu'il peut y avoir plus d'une réponse. L'évolution que semble suivre actuellement le droit répressif nous éloigne de cette conception de la responsabilité pour nous rapprocher d'une vision beaucoup plus objective, voire plus archaïque de la sanction pénale. Il est important, croyons-nous, de rechercher les causes de ce mouvement. Même si cette recherche dépasse certainement la compétence des spécialistes du droit répressif, la réflexion sur la responsabilité pénale ne peut que nous conduire à la conclusion suivante : il est clair, et empiriquement démontré, que les attentes de sécurité, d'équité et de justice dont le système répressif a été chargé

ont toujours été dé us. Il est profondément troublant de penser que notre société ne trouve pas d'autres moyens de les réaliser que d'investir encore plus lourdement dans la répression.

André Jodouin
Faculté de droit
Université d'Ottawa
57, Louis Pasteur
OTTAWA (Ontario) K1N 6N5
Tél. : (613) 562-5800-3249
Télec. : (613) 562-5121
Courriel : ajodouin@uottawa.ca

Anne-Marie Boisvert
Faculté de droit
Université de Montréal
C.P. 6128, Succursale Centre-ville
Montréal (Québec) H3C 3J7
Tél. : (514) 343-2356
Télec. : (514) 343-2199
Courriel : anne-marie.boisvert@umontreal.ca