

LA CONSTITUTIONNALISATION DE LA MENS REA ET L'ÉMERGENCE D'UNE NOUVELLE THÉORIE DE LA RESPONSABILITÉ PÉNALE

Anne-Marie Boisvert*
Montréal

Dans cet article, après une brève revue de la jurisprudence, l'auteure conclut que la notion de mens rea qui a été constitutionnalisée correspond à l'exigence d'un minimum de faute personnelle pour fonder la culpabilité. Cette notion de la mens rea présente un caractère normatif et doit être distinguée de la mens rea entendue comme un état d'esprit subjectivement apprécié devant accompagner la commission des éléments matériels de l'infraction. La mens rea entendue dans ce deuxième sens, en plus de ne pas avoir acquis de statut constitutionnel, connaît même un certain déclin en common law. Ceci s'explique par l'émergence d'une nouvelle conception de la culpabilité à la Cour suprême du Canada, une conception fondée sur le mal causé plus que sur la turpitude morale du délinquant. L'auteure suggère enfin quelques pistes de réflexion qui devraient être explorées afin de rendre plus cohérente la nouvelle théorie de la responsabilité pénale qui commence à prendre forme.

After a brief review of the case law the author concludes that the notion of mens rea constitutionalised by the courts should be understood to mean that a finding of guilt requires a minimum standard of personal fault. This notion of mens rea has a normative aspect that should be distinguished from mens rea understood as a subjective state of mind that must accompany the commission of the material elements of an offence. The latter meaning of mens rea has not been given constitutional status and, moreover, has declined in Canadian law. This is explained by the emergence of a new concept of guilt in the jurisprudence of the Supreme Court, a concept based on harm caused rather than the moral turpitude of the offender. Finally the author suggests several lines of thought that should be explored in order to bring greater coherence to the theory of criminal responsibility that is beginning to take shape in Canadian law.

I.	La Charte et la mens rea, un bilan sommaire	128
II.	Les percées et les reculs de la mens rea	131
	a) La constitutionnalisation de la mens rea entendue dans un sens normatif	134
	b) Le déclin de l'orthodoxie subjectiviste	135

* Anne-Marie Boisvert, de la Faculté de droit, Université de Montréal, Montréal, Québec.

Cet article est publié avec l'aimable permission du Service de la Formation permanente du Barreau du Québec. Une version antérieure de ce texte est à paraître dans *Développements récents en droit criminel*, Éditions Yvon Blais, Cowansville, 1997.

III.	<i>Quelques pistes de réflexion pour l'avenir</i>	139
a)	<i>Les critères applicables pour déterminer la mens rea d'une infraction particulière</i>	139
b)	<i>La négligence pénale comme élément de mens rea</i>	143
c)	<i>La nouvelle mens rea, l'innocence morale et le lien causal</i>	146
d)	<i>La faute morale et l'imposition de la peine</i>	149
	<i>Conclusion</i>	150

La jurisprudence qui s'est élaborée en vertu de la *Charte canadienne des droits et libertés*¹ a vite laissé voir que son article 7, qui prévoit qu'il ne peut être porté atteinte au droit à la vie, à la liberté ou à la sécurité d'une personne sans que ne soient respectés les principes de justice fondamentale, offre une protection qui dépasse la simple équité dans la procédure et entretient un lien avec les fondements mêmes de la responsabilité. Dans le *Renvoi : Motor Vehicle Act de la C.B.*², la Cour suprême a affirmé que la responsabilité absolue est contraire aux principes de justice fondamentale puisqu'elle permet la condamnation d'une personne moralement innocente. Dans l'arrêt *Vaillancourt*³, le juge Lamer, écrivant pour la majorité, indiquait que, de l'élément présumé qu'elle était dans l'arrêt *Sault Ste-Marie*⁴, la *mens rea* était devenue un élément requis par la Constitution⁵. Cet arrêt *Vaillancourt* consacrait non seulement l'idée que le statut constitutionnel de la *mens rea* exige qu'elle figure dans les incriminations, mais aussi qu'il nécessite la présence d'une *mens rea* qui reflète la nature particulière de l'infraction⁶.

Dix ans après ces énoncés, plusieurs ont l'impression que la Cour suprême n'a pas tenu promesse. Ceux qui espéraient une constitutionnalisation de la *mens rea* subjective ont été largement déçus. Que doit-on comprendre de la volumineuse jurisprudence de la Cour sur les exigences de la *Charte* et la *mens rea*? Dans le présent texte, après avoir exposé brièvement la situation qui prévaut en ce qui concerne la constitutionnalisation de la *mens rea*, je propose une analyse des

¹ Partie I de la *Loi Constitutionnelle de 1982*, constituant l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (R.-U.), 1982, c. 11, ci-après la *Charte*.

² *Renvoi : Motor Vehicle Act de la C.B.*, [1985] 2 R.C.S. 486.

³ R. c. *Vaillancourt*, [1987] 2 R.C.S. 636, à la p. 652.

⁴ R. c. *La Corporation de la Ville de Sault Ste-Marie*, [1982] 2 R.C.S. 1299.

⁵ Comme nous le verrons plus loin, le sens de l'expression "*mens rea*" a cependant changé. La *mens rea* constitutionnellement requise réfère à la notion de faute personnelle entendue dans un sens large et non nécessairement à des états d'esprit subjectivement appréciés.

⁶ Dans R. c. *Vaillancourt*, *supra* note 3, il est dit, à la p. 653 :

Cependant, quelle que soit la *mens rea* minimale requise pour l'acte ou le résultat, il existe, quoi qu'ils soient très peu nombreux, des crimes pour lesquels, en raison de la nature spéciale des stigmates qui se rattachent à une déclaration de culpabilité de ceux-ci ou des peines qui peuvent être imposées le cas échéant, les principes de justice fondamentale commandent une *mens rea* qui reflète la nature particulière du crime en question.

décisions de la Cour suprême du Canada sur cette question. Cette analyse permet de voir que la notion de *mens rea*, ayant acquis un statut constitutionnel, diffère de celle qui a prévalu en droit canadien au cours des dernières décennies. Par ailleurs, il est clair que les décisions de nature constitutionnelle ont entraîné une révision de la jurisprudence sur les fondements du droit de l'État de condamner et de punir, révision qui affecte les principes de common law en matière de responsabilité pénale. Une nouvelle théorie de la responsabilité pénale émerge lentement. La dernière partie de cet article soulève certaines pistes de réflexion qui devraient être explorées afin parfaire cette nouvelle théorie.

I. La Charte et la mens rea, un bilan sommaire⁷

En rétrospective, on peut affirmer que l'idée voulant que les principes de justice fondamentale exigent la présence d'une *mens rea* convenant à chaque infraction, est celle qui a alimenté le gros du contentieux de ces dix dernières années en ce qui concerne la *Charte* et la *mens rea*.

Une fois la responsabilité absolue déclarée contraire aux principes de justice fondamentale, les plaideurs ont tout naturellement posé la question de la suffisance de la négligence pour fonder la responsabilité pénale. La Cour a répondu à cette question, du moins en ce qui concerne les infractions réglementaires, dans l'arrêt *Wholesale Travel Group*⁸. Cette décision consacrait la validité constitutionnelle du régime de responsabilité stricte mis en place dans l'arrêt *Sault Ste-Marie*⁹ et confirmait la suffisance de la négligence comme fondement de la culpabilité en matière réglementaire¹⁰. La portée de l'arrêt *Wholesale Travel* en ce qui concerne les exigences constitutionnelles en matière de faute est toutefois difficile à saisir. Le dispositif de la décision affirme la suffisance de la négligence pour fonder la responsabilité en matière réglementaire, mais aucun motif majoritaire ne soutient la décision.

⁷ Pour un bilan beaucoup plus détaillé, et beaucoup plus critique, voir A.-M. Boisvert, "Les exigences constitutionnelles en matière de faute pénale : un bilan critique", (1994) 73 R. du B. can. 161.

⁸ *R. c. Wholesale Travel Group Inc.*, [1991] 3 R.C.S. 154. La partie de l'arrêt *Wholesale Travel Group* qui nous intéresse ici traite de la suffisance de la négligence comme norme de faute, mais une large part de l'arrêt est consacrée à la validité constitutionnelle du renversement de la charge de la preuve en matière réglementaire.

⁹ *Supra* note 4. Il faut noter ici que la nature du régime de responsabilité stricte, établi dans cette décision, n'est pas très claire. La lecture des motifs du juge Dickson, qui écrit pour la Cour, ne permet pas de déterminer si la responsabilité stricte est fondée sur une faute, la négligence, qui serait présumée, ou s'il s'agit de responsabilité absolue à laquelle il est possible d'échapper en établissant une défense de diligence raisonnable. Cette ambiguïté sera reprise dans certains jugements portant sur l'article 7 de la *Charte*, où certains textes d'incrimination seront déclarés inconstitutionnels parce qu'ils ne permettent pas, à tout le moins, une défense de diligence raisonnable. Voir, à cet égard, les propos du juge Wilson dans l'arrêt *Hess*, [1990] 2 R.C.S. 906.

¹⁰ L'arrêt *R. c. Ellis-Don Inc.*, [1992] 1 R.C.S. 840, traduit la portée générale de l'arrêt *Wholesale Travel Group*, *supra* note 8, en matière réglementaire.

Le juge Cory a fondé son jugement sur une analyse contextuelle de la *Charte*, tenant compte de la différence de nature entre les infractions criminelles et réglementaires. Ceci pouvait laisser entrevoir qu'à son avis la négligence ne constituerait pas une norme de faute suffisante en matière criminelle. Le juge Lamer, quant à lui, campait son jugement en termes plus généraux. Pour ce dernier, l'élément central à considérer ne réside pas dans la qualification criminelle ou réglementaire de l'infraction, mais dans la possibilité d'un emprisonnement en cas de condamnation¹¹. Selon lui, la jurisprudence antérieure de la Cour constituait une "indication que la négligence est le degré minimum de faute qui est conforme à l'article 7 de la *Charte* dans tous les cas où une déclaration de culpabilité peut entraîner l'emprisonnement"¹².

Peu après, la Cour confirmait ce dernier point de vue, et affirmait que la négligence constitue une norme de faute constitutionnellement suffisante en matière criminelle¹³. Sauf rares exceptions, pensons plus particulièrement au meurtre et au vol, la Cour indiquait que la négligence constitue une norme de faute suffisante, tant en matière criminelle que réglementaire.

Malgré le rejet par certains juges de l'approche contextuelle préconisée par le juge Cory dans l'arrêt *Wholesale Travel Group*, et peut-être par esprit de compromis, la Cour indiquait toutefois qu'en matière criminelle, la simple négligence ne constitue pas une norme de faute suffisante. Pour fonder la responsabilité dans le cas des crimes, la négligence doit s'entendre d'un écart marqué à la norme de diligence de la personne raisonnable.

[...] la constitutionnalité des crimes de négligence est également soumise à une restriction, à savoir que les actes de négligence ordinaire peuvent ne pas suffire pour justifier l'emprisonnement. Pour reprendre la formule employée dans l'arrêt *Hundal*, il doit s'agir d'une négligence qui constitue un "écart marqué" par rapport à la norme d'une personne raisonnable. En droit, nul n'est inconsidérément qualifié de criminel.¹⁴

¹¹ Dans *R. c. Wholesale Travel Group*, *supra* note 8, il écrit, à la p. 189 :

À mon avis, la question n'est pas de savoir si cette infraction (ou la Loi en général) doit être qualifiée de "pénale" ou de "réglementaire". Dans le *Renvoi : Motor Vehicle Act de la C.-B.* et l'arrêt *Vaillancourt*, l'analyse portait avant tout sur le recours à l'emprisonnement pour faire respecter l'interdiction de certains actes ou activités. La personne privée de sa liberté n'est pas privée de moins de liberté parce qu'elle a été punie en raison de la perpétration d'une infraction réglementaire et non d'un crime. L'emprisonnement, c'est l'emprisonnement, peu importe la raison. À mon sens, c'est le fait que l'État a infligé une peine privative de liberté, en l'occurrence l'emprisonnement, pour faire respecter la loi qui est décisif du point de vue des principes de justice fondamentale. (les italiques sont dans l'original).

¹² *Ibid.* à la p. 189.

¹³ *R. c. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 R.C.S. 606, p. 659; *R. c. Hundal*, [1993] 1 R.C.S. 867.

¹⁴ *R. c. Creighton*, [1993] 3 R.C.S. 3, p. 59 (les notes ont été omises). Il semble donc ici que ce soit plus le stigmate associé à une condamnation criminelle qui ait commandé la norme de faute que la possibilité d'emprisonnement.

On parle donc dorénavant de négligence pénale — à ne pas confondre avec la simple négligence qui, semble-t-il, suffit toujours à fonder l'emprisonnement en matière réglementaire¹⁵.

Par ailleurs, la jurisprudence de la Cour nous a appris que la Constitution n'exige pas, dans le cas des crimes de résultat fondés sur la commission préalable d'un acte illégal dangereux, de faute particulière en regard de la conséquence prohibée. Dans la mesure où l'acte illégal sous-jacent comporte un élément de faute personnelle constitutionnellement suffisant (ce qui comprend la négligence¹⁶), et est de nature telle qu'un observateur raisonnable serait à même de prévoir un risque de lésions corporelles pour autrui, il n'est pas nécessaire d'établir un élément fautif supplémentaire en regard de la conséquence prohibée¹⁷.

A mon avis, l'arrêt *DeSousa*¹⁸ et ceux rendus à sa suite¹⁹ imposent dorénavant la nécessité de distinguer entre les infractions de résultat dont l'essence réside dans la survenance de la conséquence prohibée et celles dont l'essence véritable réside plutôt dans l'adoption d'une conduite répréhensible dangereuse²⁰. La conséquence prohibée ne constitue alors qu'un facteur aggravant d'une conduite par ailleurs blâmable.

Les crimes de malhonnêteté seraient à classer dans la première catégorie. Il en serait ainsi de l'article 380 du Code criminel qui définit la fraude comme étant le fait, par supercherie, mensonge ou autre moyen dolosif, d'occasionner une privation à autrui. L'acte de supercherie ou de mensonge n'étant en soi ni illégal ni dangereux, l'essence du crime de fraude réside dans le fait de

¹⁵ Notons que l'expression "négligence pénale" est spécifiquement utilisée par le juge Lamer pour distinguer ce type de négligence de la négligence criminelle dont il est question à l'article 219 du *Code criminel*. Voir *R. c. Gosset*, [1993] 3 R.C.S. 76, p. 93.

Compte tenu des propos divisés de la Cour dans les arrêts *R. c. Tutton*, [1989] 1 R.C.S. 1392 et *R. c. Waite*, [1989] 1 R.C.S. 1436, la différence entre la négligence pénale et la négligence criminelle est loin d'être claire. À cet égard, la confusion continue de régner. Voir P. Healy, "Repeal Criminal Negligence", (1995) 37 C.L.Q. 205.

¹⁶ À mon avis, puisque les infractions de résultat dont il est question ici sont des infractions criminelles, une infraction sous-jacente de négligence devrait s'interpréter comme exigeant la preuve d'un écart marqué à la norme de conduite de la personne raisonnable pour fonder la culpabilité. C'est ce que je retiens des propos suivants du juge McLachlin, à la p. 59 de l'arrêt *Creighton*, *supra* note 14 :

De cette exigence, confirmée dans l'arrêt *Hundal*, il découle que, dans le cas d'une infraction fondée sur une conduite illégale, une infraction sous-jacente comportant un élément de négligence doit également être interprétée comme nécessitant un "écart marqué" par rapport à la norme de la personne raisonnable.

¹⁷ *R. c. DeSousa*, [1992] 2 R.C.S. 944.

¹⁸ *Ibid.*

¹⁹ *R. c. Creighton*, *supra* note 14; *R. c. Gosset*, *supra* note 15; *R. Naglyk*, [1993] 3 R.C.S. 122 et *R. c. Godin*, [1994] 2 R.C.S. 484.

²⁰ Cette analyse est partagée par le professeur Stuart dans *Canadian Criminal Law, A Treatise*, 3^d édition, Carswell, Scarborough, Ontario, 1995, pp. 190 et ss. Voir aussi les propos du juge Lamer, aux pp. 21-22 de l'arrêt *Creighton*, *supra* note 14.

volontairement faire courir un risque au patrimoine d'autrui. Il sera donc nécessaire d'établir l'intention ou l'insouciance de l'accusé face à la spoliation de la victime pour fonder la culpabilité²¹. Le même raisonnement vaut pour le crime de vol. Une *mens rea* qui reflète la nature particulière de ce crime nécessite une certaine forme de faute en regard de la privation de la victime. Le juge Lamer l'a laissé entendre dans l'arrêt *Vaillancourt*²².

Dans le cas toutefois des infractions qui peuvent s'analyser comme comportant à la fois la commission d'un acte illégal dangereux et la survenance d'un résultat prohibé, il n'est pas nécessaire d'établir d'élément fautif additionnel en regard de la conséquence de l'acte illégal. L'élément de faute contenu dans l'infraction sous-jacente de même que la dangerosité de la conduite suffisent à fonder la culpabilité. Seul le crime de meurtre, compte tenu des stigmates importants et de la sévérité de la peine consécutifs à une déclaration de culpabilité, exige la présence d'un élément fautif subjectivement apprécié en regard de la mort pour fonder la culpabilité²³.

Signalons enfin que, dans l'arrêt *Creighton*²⁴, la majorité de la Cour a conclu que la concomitance entre la *mens rea* et chacune des conséquences d'une infraction ne constitue pas un principe de justice fondamentale. L'article 7 de la *Charte* n'exige pas de symétrie parfaite entre les éléments matériels et les éléments moraux d'une infraction²⁵. Il suffit, pour fonder la culpabilité, qu'il existe un élément suffisant de faute personnelle. En d'autres termes, la Cour s'écarte de l'approche globale de l'infraction au moment d'en déterminer la *mens rea*, une approche qui avait marqué les arrêts *Rees*²⁶, *Sault Ste-Marie*²⁷ et *Pappajohn*²⁸, au profit d'une méthode de détermination de la *mens rea* qui évalue un à un les éléments de l'infraction.

II. Les percées et les reculs de la mens rea

À la suite de ce bref bilan, une question se pose inévitablement. La *mens rea* a-t-elle régressé ou progressé sous l'empire de la *Charte*? En bon juriste, je répondrai que cela dépend de quelle *mens rea* il s'agit. Ce n'est manifestement pas la *mens rea* descriptive, celle qui fait référence à des états d'esprit caractérisés devant accompagner la commission des éléments matériels de l'infraction, qui a été constitutionnalisée. C'est la *mens rea* entendue dans son

²¹ R. c. *Théroux*, [1993] 2 R.C.S. 5.

²² *Supra* note 3 aux pp. 653-54.

²³ R. c. *Martineau*, [1990] 2 R.C.S. 633. Le raisonnement s'applique bien entendu à la tentative de meurtre. Voir R. c. *Logan*, [1990] 2 R.C.S. 731.

²⁴ R. c. *Creighton*, *supra* note 14.

²⁵ *Ibid.* aux pp. 53-58.

²⁶ R. c. *Rees*, [1956] R.C.S. 640.

²⁷ *Supra* note 4.

²⁸ *Pappajohn c. La Reine*, [1980] 2 R.C.S. 1149.

sens normatif, l'idée qu'il ne peut y avoir de responsabilité sans faute personnelle, qui jouit de la protection constitutionnelle.

La notion de *mens rea* n'est pas facile à cerner. Les professeurs Fortin et Viau en ont bien exprimé les ambiguïtés et exposé de manière claire et convaincante les deux sens que comporte l'idée de *mens rea*²⁹. Entendue dans son sens littéral, la *mens rea* fait référence à la notion d'état d'esprit blâmable, à l'intention coupable, à l'idée de faute personnelle. Cette première acception de la *mens rea* exprime le principe voulant qu'il n'y ait pas de responsabilité pénale sans faute personnelle. Cette conception de la *mens rea* tient de la morale et a été influencée par la philosophie des lumières. Fortin et Viau présentent ainsi la *mens rea* entendue dans son sens normatif :

La rationalisation de la responsabilité pénale par la théorie du libre arbitre fait qu'il ne peut y avoir de responsabilité pénale que dans la mesure où existe une responsabilité morale. C'est la doctrine classique du droit pénal prévalant encore aujourd'hui, doctrine qui repose sur un certain nombre de postulats familiers aux philosophes du XVIIIe siècle. Ces postulats sont les suivants : 1) l'homme est composé de deux entités distinctes : l'âme et le corps; 2) l'âme est composée de deux facultés fondamentales : l'intelligence et la volonté, et douée du libre arbitre, c'est-à-dire la faculté d'agir bien ou mal. Si l'homme agit mal, alors qu'il pouvait discerner le bien du mal et exercer un choix, il doit répondre des conséquences de son acte en subissant la peine prévue.³⁰

[...]

Dans ce contexte, la notion de *mens rea* a un sens normatif — la faute, le blâme — qui échappe à toute définition générale puisqu'elle traduit un jugement de valeur, une appréciation morale de la conduite de l'accusé. *Ce jugement de valeur tient compte non seulement de la conduite de l'accusé et de l'état d'esprit que celui-ci révèle, mais également des circonstances pouvant justifier ou excuser cette conduite.* Entendu dans son sens normatif, le *mens rea* réfère en effet non seulement à la conduite contraire à la loi (*actus reus* : v.g. A tué B), mais aussi au fait que A est, par exemple, sain d'esprit et qu'il ne bénéficie pas, dans les circonstances, d'une justification (v.g. légitime défense) ou d'une excuse (v.g. ignorance de fait, automatisme).³¹

Une certaine distanciation du droit pénal par rapport à la morale et l'apparition du positivisme juridique au XIXe siècle auraient entraîné une légalisation de la notion de *mens rea*. On en trouve une manifestation claire dans les travaux de Stephen et, plus particulièrement, dans l'arrêt *Tolson*³². Selon Stephen, il n'existe pas une *mens rea* unique, mais bien des *mentes reaes* propres à chaque crime. La *mens rea* reçoit alors un sens technique, descriptif de certains états d'esprit caractérisés, tels l'intention, l'insouciance ou la négligence, qui doivent accompagner la commission de l'*actus reus*.

²⁹ J. Fortin et L. Viau, *Traité de droit pénal général*, Thémis 1982 aux pp. 70 à 76 (mes italiques). Voir aussi, J. Fortin, *Le mens rea en droit pénal canadien*, thèse de doctorat, Montréal, Faculté des études supérieures, Université de Montréal, 1971.

³⁰ J. Fortin et L. Viau, *supra* note 29 aux pp. 71-72.

³¹ *Ibid.* à la p. 73 (mes italiques).

³² *R. v. Tolson*, (1889) 23 L.R. 168 (Q.B.).

C'est cette notion descriptive de la *mens rea* qui a finalement prévalu en droit canadien.

Il faudrait ajouter en outre que cette vision descriptive de la *mens rea* s'est accompagnée, depuis une vingtaine d'années³³, de l'idée voulant que la *mens rea* ne doive s'entendre que d'états d'esprit subjectivement appréciés³⁴. Les arrêts *Pappajohn*³⁵, *Sansregret*³⁶ et *Sault Ste-Marie*³⁷, en établissant que l'inadvertance n'est pas constitutive de *mens rea*, ont certainement marqué un tournant à cet égard.

La nature et l'étendue de la *mens rea* varient selon le crime; seule une analyse détaillée de l'*actus reus* de l'infraction permet de la déterminer. De façon générale, du moins lorsque la situation n'est pas "moralement indifférente", il faut faire la preuve de l'élément mental à l'égard de toutes les circonstances et conséquences qui font partie de l'*actus reus*³⁸.

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 négligence³⁹.

³³ La consécration d'une vision purement subjective de la *mens rea* en droit canadien est relativement récente. Voir T. Pickard, "Culpable Mistakes and Rape : Relating *Mens rea* to the Crime" (1980) 30 U. of T. L.J. 75.

³⁴ Une lecture attentive de l'arrêt *Tolson*, *supra* note 32 aux pp. 185-87, laisse clairement voir que, pour Stephen, l'inadvertance pouvait constituer un état d'esprit coupable.

Though this phrase (*non est reus, nisi mens sit rea*) is in common use, I think it most unfortunate, and not only likely to mislead, but actually misleading, on the following grounds. It naturally suggests that, apart from all particular definitions of crimes, such a thing exists as a "*mens rea*", or "guilty mind", which is always expressly or by implication involved in every definition. This is obviously not the case, for the mental elements of different crimes differ widely. "*Mens rea*" means in the case of murder, malice aforethought; in the case of theft, an intention to steal; in the case of rape, an intention to have forcible connection with a woman without her consent; and in the case of receiving stolen goods, knowledge that the goods were stolen. In some cases it denotes mere inattention. For instance, in the case of manslaughter by negligence it may mean forgetting to notice a signal. It appears confusing to call so many dissimilar states of mind by one name. It seems contradictory indeed to describe a mere absence of mind as a "*mens rea*", or guilty mind. The expression again is likely to and often does mislead. [...] The principle involved appears to me, when fully considered, to amount to no more than this. The full definition of every crime contains expressly or by implication a proposition as to a state of mind.

³⁵ *Supra* note 28.

³⁶ *Sansregret c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 570.

³⁷ *Supra* note 4.

³⁸ *Pappajohn c. La Reine*, *supra* note 28, p. 139.

³⁹ *R. c. Sault Ste-Marie*, *supra* note 4 aux pp. 1309-10. Pour une critique de cette position voir Pickard, *supra* note 34 et T. Pickard, "Culpable Mistakes and Rape : Harsh Words on *Pappajohn*" (1980) 30 U. of T. L.J. 415.

a) *La constitutionnalisation de la mens rea entendue dans un sens normatif*

La *mens rea* entendue dans son sens normatif a été élevée au rang de principe de justice fondamentale par la Cour suprême. Dans le *Renvoi : Motor Vehicle Act de la C.B.*, le juge Lamer affirme, dans la première phrase de ses motifs qu'«une loi qui permet de déclarer coupable une personne qui n'a véritablement rien fait de mal viole les principes de justice fondamentale»⁴⁰. Plus loin, il dira :

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 sur la foi en la dignité humaine et 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 rea*.⁴¹

La *mens rea* dont il est ici question fait référence à l'idée de faute, entendue dans son sens large. Et cette notion de faute ne se traduit pas nécessairement par des états d'esprit subjectivement appréciés. La *mens rea* requise par la Constitution englobe toute la gamme des fautes, y inclus la négligence.

[...] la faute dans les infractions criminelles peut être évaluée grâce à une norme objective ou à une norme subjective. Une infraction peut exiger la preuve d'un état d'esprit positif, tel que l'intention, l'insouciance ou l'aveuglement volontaire. [...] Par ailleurs, la faute peut résider dans la négligence ou l'inconscience de l'accusé. [...] Bien que l'on puisse soutenir que la faute requise par le critère subjectif est plus grande que celle requise par le critère objectif, l'un ou l'autre peut établir la *mens rea* d'une infraction criminelle.⁴²

La constitutionnalisation de la *mens rea* entendue dans un sens normatif a tout naturellement amené la Cour à déclarer qu'il est contraire aux principes de justice fondamentale de condamner une personne qui était aliénée au moment de la commission de l'infraction⁴³. La personne souffrant de troubles mentaux au moment de la commission de l'infraction est incapable de commettre une faute puisqu'elle est privée de son intelligence ou de son libre arbitre, deux conditions nécessaires à la faute.

Dans le même ordre d'idées, la Cour a conféré un statut constitutionnel à la nécessité d'établir l'aspect conscient et volontaire d'un acte pour fonder la culpabilité. La faute personnelle exige la conscience et la volonté chez l'auteur de l'acte. L'arrêt *Daviault* est clair à cet égard.

Que l'on croie que l'élément moral en cause se rapporte à l'*actus reus* plutôt qu'à la *mens rea*, le résultat doit être le même. Pour ce qui est de l'*actus reus*, l'acte criminel prohibé doit avoir été accompli volontairement comme un acte voulu. Une personne dans un état d'automatisme ne peut pas accomplir un acte voulu et volontaire puisque

⁴⁰ *Renvoi : Motor Vehicle Act de la C.B.*, supra note 2 à la p. 492.

⁴¹ *Ibid.* à la p. 513.

⁴² *R. c. Hundal*, supra note 13 aux pp. 871-72.

⁴³ *R. c. Swain*, [1991] 1 R.C.S. 933.

l'automatisme l'a privé de la capacité d'accomplir un tel acte. Il s'ensuit qu'une personne dans un état d'intoxication extrême voisin de l'automatisme est également privée de cette capacité. Par conséquent, un aspect fondamental de l'*actus reus* de l'acte criminel est absent. Il y aurait également violation de l'art. 7 de la *Charte* si un accusé qui n'agit pas volontairement pouvait être déclaré coupable d'une infraction criminelle.⁴⁴

La Cour d'appel du Québec a poussé le raisonnement plus avant dans l'arrêt *Langlois*⁴⁵. Dans cette affaire, le juge Fish, écrivant pour la Cour, a déclaré que l'article 17 du Code criminel, qui codifie partiellement la défense de contrainte morale, contrevient aux principes de justice fondamentale parce que les limites qu'il apporte à la possibilité d'invoquer ce moyen de défense pourraient entraîner la condamnation de personnes moralement innocentes.

My conclusion, for the moment put briefly, is that s. 17 of the *Criminal Code* violates the principle of fundamental justice that a person should not be found guilty of a crime if he or she is morally blameless.

In my view, a person is morally blameless if he or she commits a wrongful act that is "normatively involuntary" within the meaning of *Perka*. An accused whose offence is normatively involuntary cannot, in a criminal law context, be said to be personally at fault and, as the Supreme Court of Canada has recently again recognized, it "is axiomatic that in criminal law there should be no responsibility without personal fault."⁴⁶

Il ressort donc de la jurisprudence que la *mens rea* entendue dans un sens normatif a acquis un statut constitutionnel au Canada. Cette reconnaissance des fondements moraux de la culpabilité ne s'est toutefois pas accompagnée d'une reconnaissance de la valeur constitutionnelle de la *mens rea* entendue dans un sens descriptif. Cette dernière, surtout en ce qui concerne la *mens rea* subjectivement appréciée, connaît même une période de déclin.

b) *Le déclin de l'orthodoxie subjectiviste*

La Cour l'a répété à plusieurs reprises, la *Charte* ne garantit pas l'idéal mais le minimum vital acceptable⁴⁷. Les principes de justice fondamentale qui y sont enchâssés empêchent la condamnation et la punition des personnes en l'absence d'un élément de faute personnelle. Il se dégage toutefois clairement de la jurisprudence de la Cour suprême que, sauf exceptions, la *Charte* ne limite pas le pouvoir de punir aux seuls cas où l'accusé aurait fait preuve d'une *mens rea* subjectivement appréciée. À ce jour, sauf rares exceptions, la Constitution n'enchâsse pas l'exigence d'une *mens rea* subjectivement appréciée.

L'exercice auquel s'est livrée la Cour, d'établir les paramètres à l'extérieur desquels il est inacceptable d'avoir recours à la répression, ne s'est toutefois pas

⁴⁴ R. c. *Daviault*, [1993] 3 R.C.S. 63, pp. 102-103.

⁴⁵ R. c. *Langlois*, [1993] R.J.Q. 675 (C.A.).

⁴⁶ *Ibid.* à la p. 678 (les notes ont été omises).

⁴⁷ R. c. *Lippé*, [1991] 2 R.C.S. 114, p. 142; R. c. *Wholesale Travel Group*, *supra* note 8 à la p. 186; R. c. *Finlay*, [1993] 3 R.C.S. 103, p. 114.

limité à établir les balises constitutionnelles et à identifier la *mens rea* constitutionnellement requise. Il apparaît que le plus haut tribunal du pays ait saisi l'occasion des affaires constitutionnelles pour réexaminer en profondeur sa propre conception de la responsabilité pénale. Il est aujourd'hui évident que la majorité de la Cour n'adhère plus à l'orthodoxie subjectiviste qui fut sa marque de commerce à l'époque où le juge Dickson était juge en chef.

Alors que dans l'arrêt *Sault Ste-Marie*⁴⁸ on affirmait qu'en principe la négligence ou l'inadvertance ne constituent pas un fondement suffisant de la responsabilité criminelle, la Cour accepte de plus en plus facilement l'idée inverse. Dans l'arrêt *Hundal*, le juge McLachlin écrit :

Bien que l'on puisse soutenir que la faute requise par le critère subjectif est plus grande que celle requise par le critère objectif, l'un ou l'autre peut établir la *mens rea* d'une infraction criminelle. Comme le déclare le professeur Stuart, "ne pas penser ou ne pas penser correctement" peut être un fondement suffisant pour attribuer une faute à un accusé". Selon lui, lorsqu'on adopte un comportement dangereux, "le défaut d'exercer ses capacités afin de provoquer et de maîtriser une conduite et les risques qu'elle peut entraîner est un défaut coupable, et suffisamment coupable sur le plan moral pour s'attirer une sanction pénale."⁴⁹

L'affaire *Hundal* mettait en cause, il est vrai, l'infraction de conduite dangereuse d'un véhicule à moteur⁵⁰, une infraction dont le libellé pouvait laisser entrevoir l'intention du législateur d'exiger une norme de faute objectivement appréciée. L'arrêt *Naglik*⁵¹ force toutefois à reconnaître l'érosion de l'héritage laissé par l'arrêt *Sault Ste-Marie*. Dans cette affaire, la Cour devait se prononcer sur les éléments constitutifs, et plus particulièrement la *mens rea*, de l'infraction qui consiste à omettre de fournir aux enfants les choses nécessaires à la vie⁵². Après avoir constaté que le législateur n'avait pas précisé la norme de faute applicable à cette infraction et considéré qu'aucun précédent ne la contraignait à interpréter le texte comme comportant une faute objective plutôt que subjective, la Cour déclara s'en remettre aux "principes de base" concernant la responsabilité criminelle pour trancher la question⁵³. Sans mentionner l'arrêt *Sault Ste-Marie*, elle a décidé que ces principes de base l'amenaient à conclure que l'infraction prévue à l'article 215 du Code en est une de négligence. Un des motifs invoqués pour fonder cette conclusion veut que "l'omission par négligence de remplir l'obligation en question aura des effets aussi graves que le refus intentionnel de le faire"⁵⁴.

Cette sensibilité nouvelle pour le tort causé à la victime comme fondement de la culpabilité est encore plus évidente dans les affaires mettant en cause des

⁴⁸ *Supra* note 4.

⁴⁹ *R. c. Hundal*, *supra* note 13 à la p. 872 (les notes ont été omises).

⁵⁰ Art. 249 du *Code criminel*.

⁵¹ *Supra* note 19.

⁵² Art. 215 *C.cr.*

⁵³ *R. c. Naglyk*, *supra* note 19 à la p. 141.

⁵⁴ *Ibid.* à la p. 142.

infractions entraînant des sévices contre la personne. Dans l'arrêt *DeSousa*⁵⁵, concernant l'infraction d'infliction illégale de lésions corporelles prévue à l'article 269 du Code, la Cour a conclu que ni la Constitution ni les principes de common law n'exigent d'élément fautif particulier en regard des conséquences d'un acte illégal dangereux.

En punissant pour des conséquences imprévisibles, le droit ne punit pas ceux qui sont moralement innocents, mais ceux qui causent un préjudice en commettant une action illégale qu'ils pouvaient éviter. Ni les principes fondamentaux du droit pénal, ni les exigences de la justice fondamentale, ne commandent nécessairement une intention relativement aux conséquences d'un acte par ailleurs blâmable.⁵⁶

Cette position de la Cour en ce qui concerne la *mens rea* des infractions de résultat, de même que l'aval donné à la création jurisprudentielle de crimes de négligence, marque un changement de cap en ce qui concerne le discours sur les fondements de la culpabilité criminelle. La culpabilité en matière criminelle n'est dorénavant plus exclusivement liée à la turpitude morale du contrevenant. Elle se fonde toujours sur un élément de faute personnelle mais elle s'appuie aussi sur une appréciation de la gravité du préjudice pouvant être occasionné à autrui par la conduite de l'auteur. L'approche purement moraliste de la culpabilité cède le pas à une approche plus répressive, fondée sur la gravité du préjudice (le "*harm approach*")⁵⁷.

Bien qu'à première vue il puisse apparaître paradoxal que cette plus grande sévérité dans la répression criminelle ait vu le jour sous l'empire de la *Charte*, il est possible de proposer une explication. L'arrivée de la *Charte* et l'émergence d'un discours fondé sur les droits ont bousculé la tradition de common law et imposé une réflexion nouvelle sur les fondements du droit de condamner et de punir. Elles ont par ailleurs incité la Cour suprême à redéfinir son propre rôle. En common law traditionnelle, la Cour s'était arrogé le rôle de gardien d'une conception essentiellement moraliste de la culpabilité, une conception qui se traduisait, au-delà de la nécessité d'établir une faute personnelle, par l'exigence d'établir une *mens rea* subjectivement appréciée en regard de tous les éléments de l'infraction pour fonder la culpabilité. Cette conception de la culpabilité présentait toutes les caractéristiques d'un frein naturel aux pouvoirs de l'État de priver un individu de sa liberté.

Depuis l'avènement de la *Charte*, la Cour agit en arbitre des droits divergents de l'accusé, de la victime et de la société en général. Au-delà d'une exigence minimale de faute personnelle qui subsiste toujours, la *mens rea*, entendue dans son sens descriptif et faisant référence à des états d'esprit subjectivement appréciés, ne serait plus un principe fondamental de droit pénal

⁵⁵ *Supra* note 17. Le raisonnement fondant cette décision sera repris, entre autres, dans les arrêts *R. c. Creighton*, *supra* note 14, et *R. c. Godin*, *supra* note 19.

⁵⁶ *R. c. DeSousa*, *supra* note 17 à la p. 967. Voir aussi les pp. 961 et 962 en ce qui concerne le caractère de dangerosité que doit revêtir l'acte illégal sous-jacent.

⁵⁷ Voir I. Grant, "Developments in Criminal Law : The 1993-1994 Term" (1995) S.C.L. Rev. 209.

mais simplement l'expression d'un *droit* de la personne accusée. Or, ce droit particulier serait à évaluer en concurrence avec d'autres droits. Déjà, dans l'arrêt *Martineau*⁵⁸, lors de l'analyse des éléments constitutifs du crime de meurtre, deux visions de la culpabilité et du rôle de la Cour s'opposaient. Pour s'en convaincre, il est intéressant de comparer les extraits suivants. Le premier est tiré de l'opinion du juge Lamer, majoritaire, et le deuxième provient de celle du juge L'Heureux-Dubé, dissidente :

L'article 213 a pour effet de violer le principe que la peine doit être proportionnée à la culpabilité morale du délinquant, ou comme l'a dit le professeur Hart dans *Punishment and responsibility* (1968), le principe fondamental d'un système de droit fondé sur la morale, portant que ceux qui causent un préjudice intentionnellement doivent être punis plus sévèrement que ceux qui le font involontairement. La raison d'être sous-jacente du principe qu'il doit y avoir prévision subjective de la mort pour que quelqu'un soit qualifié de meurtrier et puni comme tel, est liée au principe plus général que la responsabilité criminelle à l'égard d'un résultat particulier n'est justifiée que lorsque son auteur a un état d'esprit coupable relativement à ce résultat. À mon avis, dans une société libre et démocratique qui attache de l'importance à l'autonomie et au libre arbitre de l'individu, les stigmates et la peine rattachés au crime le plus grave, le meurtre, devraient être réservés à ceux qui ont choisi de causer intentionnellement la mort ou d'infliger des lésions corporelles dont ils savaient qu'elles étaient susceptibles de causer la mort.⁵⁹

[...]

Le juge en chef Dickson a explicité cette notion récemment dans l'arrêt *Irwin Toy Ltd c. Québec (procureur général)* : "Lorsque le législateur arbitre entre les revendications divergentes de la collectivité, il est obligé de tracer une ligne de démarcation qui est à la fois le point de départ légitime des unes et le point où les autres disparaissent, sans être en mesure de savoir exactement où cette ligne se trouve." [...] Le droit criminel doit lui aussi concilier deux "impératifs contradictoires". La protection de la société doit être évaluée au regard de la mesure de justice envers un individu qui est accusé. L'équilibre à établir entre ces deux "impératifs" variera certainement de sorte qu'"une analyse monolithique du juste fondement de la culpabilité s'avérera incapable de répondre à la nature variable de cette contradiction."⁶⁰

Dans cette affaire, la vision avancée par le juge Lamer a prévalu. Il faut rappeler que le meurtre est l'infraction la plus grave du droit canadien et celle qui est punie le plus sévèrement. L'arrêt *Martineau* constituait toutefois le chant du cygne de la conception purement moraliste de la culpabilité. Dorénavant, sauf exceptions, la mesure de la culpabilité pour les actes dangereux entraînant un préjudice se fonde moins sur la culpabilité morale du délinquant que sur la gravité des conséquences découlant de sa conduite. À peine quelques années après l'arrêt *Martineau*, une majorité de la Cour écrivait en effet :

Le droit dans ce domaine repose sur le principe implicite qu'il est acceptable d'établir une distinction quant à la responsabilité criminelle entre des actes également répréhensibles en fonction du préjudice qui est effectivement causé. [...] Les tribunaux et le législateur reconnaissent le préjudice effectivement causé en concluant

⁵⁸ *R. c. Martineau, supra* note 23.

⁵⁹ *Ibid.* aux pp. 645-46 (M. le juge Lamer).

⁶⁰ *Ibid.* aux pp. 673-74 (Mme le juge L'Heureux-Dubé).

que, pour des cas égaux par ailleurs, une conséquence plus grave commande une réaction plus sérieuse.⁶¹

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.⁶²

Cette lente redéfinition de la théorie pénale concernant les fondements de la culpabilité s'est opérée dans la confusion. Confusion terminologique tout d'abord, puisque le terme même de *mens rea* a changé de sens subrepticement. À l'époque de l'arrêt *Sault Ste-Marie*, parler de *mens rea* objective tenait du non-sens. La confusion résulte aussi de ce que, dans bien des cas, la révision de la common law s'est effectuée à l'occasion de débats constitutionnels traitant du minimum de faute constitutionnellement acceptable. L'arrêt *DeSousa* fournit un exemple éloquent de la fusion qui tend à s'opérer entre les principes de justice fondamentale et les principes généraux de la responsabilité pénale. Les principes de common law et les principes de justice fondamentale sont analysés simultanément, sans qu'aucune différence ne soit faite entre les deux. Enfin, et ceci est beaucoup plus problématique, cette remise en question des principes affirmés dans l'arrêt *Sault Ste-Marie*, et le changement de cap amorcé par la Cour en ce qui concerne la *mens rea*, se sont effectués sous le couvert d'une application rigoureuse de la règle du *stare decisis*. À mon avis pourtant, bien des précédents ont été malmenés lors de l'exercice⁶³. Il ne faut donc pas s'étonner de ce que les lecteurs de la jurisprudence aient éprouvé de la difficulté à saisir l'ampleur des changements qui se dessinent.

Quoi qu'il en soit, une certaine renaissance de la théorie pénale est amorcée. Si le gros oeuvre commence à prendre forme, il reste encore beaucoup de travail à accomplir. Notre droit pénal se trouve, en quelque sorte, en période de transition. Il est dès lors impérieux d'orienter notre réflexion de manière à favoriser l'établissement d'une théorie pénale cohérente. Les pages qui suivent proposent certains éléments de réflexion qui, à mon avis, méritent d'être explorés.

III. Quelques pistes de réflexion pour l'avenir

a) Les critères applicables pour déterminer la mens rea d'une infraction particulière

La mesure exacte du déclin de la théorie subjectiviste orthodoxe n'est pas facile à déterminer. Dans l'arrêt *Hundal*, la Cour a précisé que, dans un contexte approprié, la négligence pouvait constituer un fondement acceptable de la

⁶¹ R. c. *DeSousa*, supra note 17, à la p. 967. Voir aussi R. c. *Hundal*, supra note 13.

⁶² R. c. *Creighton*, supra note 14, p. 57 (le juge McLachlin).

⁶³ Il serait redondant ici d'insister lourdement sur ces critiques. Voir A.-M. Boisvert, supra note 7.

culpabilité en matière criminelle⁶⁴. Le contexte qui légitime le recours à la négligence comme fondement de la culpabilité n'a toutefois pas été explicité par la Cour suprême. Manifestement, le critère de la gravité de la peine et celui de l'importance des stigmates consécutifs à une déclaration de culpabilité semblent d'une utilité relative pour définir de manière satisfaisante le contexte dont il est ici question. Outre les cas de crimes particulièrement stigmatisants, tel le meurtre, ou encore les cas où des peines minimales d'incarcération sont prévues, ces critères présentent essentiellement un caractère rhétorique et ne sont pas déterminants⁶⁵.

L'affaire *Hinchey*⁶⁶ fournissait l'occasion d'élaborer sur les critères applicables pour déterminer la *mens rea* d'une infraction donnée. Malheureusement, la Cour suprême n'a pas saisi cette occasion. Cette affaire mettait en cause les éléments constitutifs, et plus particulièrement la *mens rea*, de l'infraction de corruption de fonctionnaire prévue à l'article 121(1)c) du Code criminel. Dans ses motifs dissidents, le juge Cory résume ainsi les règles applicables en matière de détermination de la *mens rea* :

Dans certaines circonstances, l'élément moral devrait être apprécié de façon objective. Par exemple, dans le cas des infractions à la réglementation, l'élément moral du caractère répréhensible peut être apprécié objectivement. Voir *R. c. Wholesale Travel Group Inc.* Il en va ainsi de la conduite automobile dangereuse; voir *R. c. Hundal*. De façon similaire, l'arrêt *R. c. Gosset*, concernait l'utilisation imprudente d'une arme à feu, relativement à une accusation d'homicide involontaire coupable, et l'élément moral a été apprécié objectivement. Notre Cour a suivi la même démarche dans *R. c. Finlay*, où le prévenu était accusé d'avoir entreposé une arme à feu d'une manière négligente. Toutefois, à moins que le libellé de la disposition créant l'infraction n'indique autre chose ou que la nature de l'infraction elle-même ne dicte une démarche différente, la *mens rea* ou l'aspect répréhensible doit être apprécié subjectivement.⁶⁷

Ces paroles sont suivies de longs extraits du traité du professeur Stuart⁶⁸ qui offrent un résumé de la position de la Cour suprême sur l'exigence de *mens rea* subjective en matière criminelle et sur les exceptions consacrées jusqu'à maintenant par la jurisprudence.

Le juge Cory, dans l'extrait précité, énonce que, dans certaines circonstances, la norme de faute devrait être appréciée objectivement. Il est permis de penser que le juge Cory fait référence à la nature réglementaire ou quasi réglementaire des infractions en cause comme facteur à prendre en compte pour conclure à la suffisance de la négligence comme norme de la faute applicable. Il n'est pas inintéressant de constater que, dans l'arrêt *Wholesale Travel Group*⁶⁹, le juge

⁶⁴ *R. c. Hundal*, *supra* note 13 à la p. 882.

⁶⁵ Pour une étude plus détaillée sur le peu d'utilité de ces critères, voir A.-M. Boisvert, *supra* note 7 aux pp. 177-84.

⁶⁶ *R. c. Hinchey*, [1996] 3 R.C.S. 1128.

⁶⁷ *Ibid.* à la p. 1183 (les références ont été omises).

⁶⁸ D. Stuart, *supra* à la note 20. Les extraits cités par le juge Cory se retrouvent aux pp. 194-95 de l'ouvrage.

⁶⁹ *Supra* note 8.

Cory s'est fait le champion de l'analyse contextuelle, une analyse qui fait varier la norme de la faute en fonction de la nature, criminelle ou réglementaire, des infractions⁷⁰. Les motifs de la majorité dans l'arrêt *Hundal*⁷¹, où il est dit que, dans un contexte approprié, la négligence constitue une norme de faute acceptable, sont rédigés par ce même juge. Ces motifs font une large part à l'exigence d'un permis pour conduire un véhicule, à l'acceptation des conditions par son titulaire, à la nécessité de réglementer la circulation routière et à la nature de l'infraction en cause, avant de conclure que la négligence constitue une norme de faute suffisante en matière de conduite dangereuse d'un véhicule. L'arrêt *Finlay*⁷² concerne une infraction liée aux armes à feu, un autre domaine où l'aspect quasi réglementaire des infractions a déjà été souligné⁷³. Manifestement, pour le juge Cory, la nature criminelle ou réglementaire de l'infraction en cause constitue un élément contextuel important à considérer.

Accepter que la norme de faute constitutionnellement requise puisse varier en fonction de la nature, criminelle ou réglementaire, d'une infraction, va clairement à l'encontre de la position adoptée par le juge Lamer dans l'arrêt *Wholesale Travel Group*⁷⁴. Pour ce dernier, rappelons-le, c'est la possibilité d'une peine d'emprisonnement qui constitue le facteur déterminant de l'analyse. Or, une personne emprisonnée pour avoir contrevenu à une disposition réglementaire n'est pas privée de moins de liberté que celle emprisonnée à la suite de la commission d'un crime.

La distinction entre les infractions criminelles et réglementaires, imposée en grande partie par le partage constitutionnel des compétences législatives, présente un caractère artificiel et mal défini qui ne constitue pas le meilleur des guides pour asseoir l'analyse constitutionnelle de la faute⁷⁵. Comme le fait lui-même remarquer le juge Cory dans l'arrêt *Wholesale Travel*, une théorie fondée sur la distinction de nature entre les crimes et les infractions réglementaires est difficile d'application⁷⁶.

⁷⁰ À la p. 239 de l'arrêt *Wholesale Travel Group*, *supra* note 8, il conclut ainsi :

L'importance énorme des lois de nature réglementaire dans la société industrielle moderne du Canada exige que les tribunaux se montrent prudents afin de ne pas intervenir indûment dans le rôle de réglementation du gouvernement en appliquant des normes inflexibles. Suivant la méthode contextuelle, la négligence peut à juste titre constituer la norme minimale de faute requise des lois de nature réglementaire par l'art. 7.

⁷¹ *R. c. Hundal*, *supra* note 13.

⁷² *Supra* note 47.

⁷³ Voir les propos du juge La Forest dans *R. c. Wholesale Travel Group*, *supra* note 8 à la p. 210; *R. c. Schwartz*, [1988] 2 R.C.S. 443 et *R. c. Creighton*, *supra* note 14 à la p. 37.

⁷⁴ *Supra* note 8 à la p. 189.

⁷⁵ À ce sujet, voir P. Healy, "Regulatory Offences : The Case For a Purposive Test of Proportionality in Public Liability", (1990) Conférences commémoratives Meredith, 195- 231.

⁷⁶ *R. c. Wholesale Travel Group Inc.*, *supra* note 8 à la p. 219.

Quoi qu'il en soit, la majorité, dans l'arrêt *Hinchey*, sous la plume du juge L'Heureux-Dubé, critique l'extrait précité des motifs du juge Cory de même que les propos du professeur Stuart. Elle conclut ainsi :

J'estime néanmoins qu'il est sage de s'abstenir de faire des déclarations dénuées de nuances sur la question de savoir quels crimes peuvent légitimement comporter des éléments de faute objectifs; voir *Martineau*, précité, à la p. 682, le juge Sopinka. À mon avis, cela dépendra souvent du libellé de l'article en cause ainsi que de son objet et du *contexte législatif*. Plusieurs des questions soulevées par le juge Cory n'ont pas été tranchées définitivement par notre Cour et j'estime qu'elles devraient être tranchées dans un cas approprié.⁷⁷

Mais quel est donc ce contexte auquel le juge L'Heureux-Dubé fait référence? On pourrait remarquer que tous les arrêts qui ont été rendus en matière de négligence pénale concernent des infractions où la négligence était susceptible de mettre en danger la sécurité ou la vie des personnes. L'omission de fournir aux enfants les choses nécessaires à la vie en cause dans l'arrêt *Naglik*, la conduite dangereuse d'un véhicule automobile dont il était question dans *Hundal* ou l'entreposage négligent d'une arme à feu reproché à Monsieur Finlay constituent des infractions de mise en danger. On peut de plus noter que le relâchement des exigences de la *mens rea* face au résultat s'est opéré dans le contexte d'infractions causant la mort ou des sévices à la personne à la suite de la commission d'un acte illégal dangereux. Le contexte auquel il est référé pour justifier le recours à la négligence comme fondement de la culpabilité fait peut-être référence à cet aspect des infractions. C'est, semble-t-il, la position préconisée par le juge Lamer quand il tient les propos suivants dans l'arrêt *Finlay* :

Ceux qui ont la capacité de respecter une norme de diligence et qui ne le font pas, dans des circonstances qui mettent en jeu des activités dangereuses en soi, ne peuvent cependant pas être considérés comme n'ayant rien fait de mal. La Commission de réforme du droit du Canada a souligné ce point dans le passage suivant tiré de son document de travail 53. *La pollution en milieu de travail*, 1986, à la p. 83 :

"Certains genres d'activités supposent le contrôle d'un objet conçu par des moyens technologiques (automobiles, explosifs, armes à feu) qui peut causer, en raison de son caractère propre, une atteinte grave à l'intégrité physique. À juste titre, des dispositions spéciales visent les particuliers qui exercent leur maîtrise sur ce type d'objet. Le fait d'agir en ne se souciant pas des dangers potentiels inhérents que représentent ces objets, après s'en être assuré le contrôle (personne n'est *obligé* de conduire, d'utiliser des explosifs ni de conserver un fusil), est à bon droit, considéré criminel." [italiques dans l'original].⁷⁸

Dans son état actuel, notre droit, du moins en ce qui concerne les fondements de la responsabilité criminelle, se trouve dans un état d'incertitude malsain. Le contexte qui justifie le recours à la négligence comme fondement de la responsabilité criminelle n'est pas clairement établi par la Cour. Il semble bien que le seul moyen de sortir de l'impasse consiste à proposer aux tribunaux une

⁷⁷ R. c. *Hinchey*, *supra* note 66 à la p. 1173 (mes italiques).

⁷⁸ R. c. *Finlay*, *supra* note 47 à la p. 115.

justification théorique acceptable du recours à la norme de faute objective. Il n'est manifestement plus suffisant, ni particulièrement utile pour le plaideur, d'invoquer l'arrêt *Sault Ste-Marie*, la sévérité de la peine ou la gravité des stigmates pour amener la Cour à conclure qu'une norme de faute subjectivement appréciée s'applique à un cas d'espèce.

b) *La négligence pénale comme élément de mens rea*

L'introduction du concept de négligence pénale dans notre droit a laissé de nombreuses questions sans réponse. La notion d'écart marqué par rapport à la norme de conduite de la personne raisonnable est difficile à saisir et à distinguer de la simple négligence. La Cour n'a pas particulièrement explicité la teneur de ce nouveau standard. Il exprime, semble-t-il, l'amplitude de l'écart par rapport à la norme de conduite de la personne raisonnable. En d'autres termes, c'est la dangerosité de la conduite qui servira à établir la faute. Le risque est toutefois grand qu'au lieu d'évaluer la dangerosité objective de la conduite, le juge des faits s'attarde à la gravité du dommage consécutif à l'acte ou à l'omission de l'accusé pour conclure à l'écart marqué. Un exemple simple peut servir à illustrer ce propos. Le conducteur d'une automobile qui dépasse de 10 km/h la vitesse permise dans une zone urbaine s'écarte-t-il de la norme de conduite de la personne raisonnable? S'en écarte-t-il un peu ou de façon marquée? Qu'en est-il s'il frappe un piéton et le tue? Il faudra éviter, en présence de ce résultat dramatique, de conclure rétrospectivement à la négligence pénale⁷⁹.

L'arrivée de la négligence pénale comme composante de la *mens rea* a par ailleurs soulevé un débat fort important qui, s'il semble tranché, mérite qu'on y prête attention. La Cour suprême s'est en effet profondément divisée sur ce qui doit être considéré avant de parvenir à la conclusion qu'une personne a été pénalement négligente. Est-il suffisant, pour parler de négligence pénale, de constater l'amplitude de l'écart par rapport à la norme de conduite de la personne raisonnable, ou un élément fautif additionnel doit-il être établi? Dans la mesure où la notion de négligence est intimement liée à la conduite de l'individu dans certaines circonstances, certains juges ont avancé l'idée que, pour être constitutive de faute, la négligence devait être appréciée en tenant compte des caractéristiques personnelles de l'auteur de l'acte. Autrement dit, la négligence pénale devrait s'apprécier *in concreto* et non en fonction d'une norme purement abstraite.

Pour le juge en chef Lamer, champion de cette idée, il n'est acceptable de punir un accusé qu'une fois établi qu'il n'a pas respecté une norme de conduite

⁷⁹ La Cour suprême a déjà mis en garde contre ce genre de raisonnement. À la p. 273 de l'arrêt *R. c. Anderson*, [1990] 1 R.C.S. 265, il est dit :

Dans les circonstances de la présente affaire, le fait qu'une personne a malheureusement été tuée n'ajoute rien à la conduite de l'appelant. Le degré de négligence de l'appelant démontré par la preuve qu'il a conduit après avoir bu et qu'il a brûlé un feu rouge n'est pas augmenté par le fait qu'il y a eu collision causant mort d'homme.

qu'il était en mesure d'atteindre, compte tenu de ses forces et de ses faiblesses⁸⁰. Selon lui, ne pas poser la question de la capacité de respecter la norme dans les circonstances équivaut à punir une personne pour une infraction de responsabilité absolue⁸¹. Or, la condamnation de la responsabilité absolue est contraire aux principes de justice fondamentale.

Pour le juge Lamer, les caractéristiques personnelles de l'accusé devraient en fait être considérées à un double titre. Tout d'abord, l'appartenance de l'accusé à un groupe possédant des connaissances particulières pourrait entraîner l'application d'une norme de diligence plus sévère⁸². Par contre, les facteurs personnels à l'accusé susceptibles d'avoir influé à la baisse sur sa capacité à rencontrer la norme devraient être pris en compte⁸³.

La majorité des juges s'est cependant dissociée de la position préconisée par le juge Lamer. D'emblée, l'idée que des compétences particulières puissent faire varier à la hausse la norme de diligence ou que des faiblesses puissent influencer sur la capacité de l'accusé de satisfaire à la norme a été écartée au motif de l'égalité de tous devant la loi. Voici comment le juge McLachlin résume la position majoritaire :

En résumé, je ne trouve dans la théorie du droit criminel rien qui appuie la conclusion que la protection des personnes moralement innocentes oblige à prendre en considération d'une manière générale les circonstances qui peuvent, dans un cas d'espèce, servir d'excuse. Le principe ne joue que s'il est démontré que la personne en question n'a pas la capacité de comprendre la nature et la qualité ou les conséquences de ses gestes. À cette seule exception près, nous sommes tous — riches et pauvres, sages et naïfs — tenus au respect des normes minimales de conduite prescrites par le droit criminel. C'est là une conclusion à laquelle nous astreint un principe fondamental de l'organisation sociale. Comme l'a écrit le juge Oliver Wendell Holmes, "lorsque les hommes vivent en société, une certaine norme de conduite, le sacrifice des particularités individuelles qui dépassent une certaine limite, s'imposent pour le bien collectif".⁸⁴

Dans le cas où une personne entreprend une activité pour laquelle elle n'a pas suffisamment de connaissances, d'expérience ou d'adresse physique, elle peut à bon droit être jugée fautive, non pas tant en raison de son incapacité à bien exécuter l'acte, mais à cause de sa décision de le tenter sans avoir pris en compte ses déficiences personnelles.⁸⁵

⁸⁰ *R. c. Creighton*, *supra* note 14 à la p. 25. Voir aussi *R. c. Gosset*, *supra* note 15. Il s'inspire manifestement de H.L.A. Hart, "Negligence, *Mens rea* and Criminal Responsibility", dans *Punishment and Responsibility*, Oxford, (1968).

⁸¹ *R. c. Creighton*, *supra* note 14 aux pp. 26-27.

⁸² *Gosset c. La Reine*, *supra* note 15 aux pp. 96-97.

⁸³ *Ibid.* à la p. 95.

⁸⁴ *R. c. Creighton*, *supra* note 14 à la p. 63 (les notes ont été omises).

⁸⁵ *Ibid.* à la p. 70. Ce dernier commentaire est particulièrement dur si l'on considère que dans l'affaire *Naglyk*, *supra* note 19, et dont le jugement a été déposé le même jour que ceux dans les affaires *R. c. Gosset*, *supra* note 15, *R. c. Finlay*, *supra* note 45 et *R. c. Creighton*, *supra* note 14, il a été appliqué à une jeune mère accusée d'avoir omis de fournir à son enfant les soins nécessaires à la vie. La jeune femme souffrait d'une déficience intellectuelle qui ne présentait pas la sévérité suffisante pour rencontrer les exigences de la défense d'aliénation mentale.

Les passages cités laissent voir que la juge McLachlin se préoccupe, comme le juge Lamer, de la capacité de l'accusé à atteindre la norme de conduite de la personne raisonnable. La notion de capacité à laquelle elle réfère apparaît cependant beaucoup plus étroite que celle envisagée par le juge Lamer. Pour la juge McLachlin, la capacité dont il est question semble se résumer à la capacité d'apprécier la nature et la qualité de l'acte, un critère qui risque de nous renvoyer directement à la définition de l'aliénation mentale prévue à l'article 16 du *Code criminel*.

La position majoritaire de la Cour suprême à cet égard a été sévèrement critiquée par la doctrine⁸⁶. Du moment qu'il est suffisant d'être sain d'esprit et d'avoir posé certains gestes pour être déclaré coupable d'un crime, parfois même punissable par l'emprisonnement à perpétuité, on peut se demander où réside la *mens rea* des infractions de négligence pénale. Puisque le caractère volontaire de l'acte est partie intégrante de l'*actus reus*, l'élément de faute personnelle dans la négligence se résume à la capacité pénale et à l'aspect volontaire de l'*actus reus*. Au-delà de l'*actus reus*, la *mens rea* se trouve réduite à l'état de fiction. L'écart marqué par rapport à la norme de conduite de la personne raisonnable constitue la *mens rea* du crime mais ne correspond à rien d'autre que la commission volontaire de l'*actus reus*. La faute s'évalue alors à la mesure du danger couru par autrui. On semble bel et bien dans le domaine de la responsabilité absolue.

S'il fallait concevoir ainsi la faute inhérente aux crimes de négligence, nous marquerions un recul par rapport à la jurisprudence antérieure. On doit rappeler qu'avant l'adoption de la *Charte*, la Cour s'était prononcée à quelques reprises sur la *mens rea* des infractions dont un des éléments constitutifs est la négligence criminelle définie à l'article 219 du *Code criminel*. À l'occasion des célèbres affaires *Tutton*⁸⁷ et *Waite*⁸⁸ la Cour s'est divisée également sur la *mens rea* de la négligence criminelle. Pour les juges tenants d'une approche subjectiviste, la *mens rea* de la négligence criminelle devait nécessairement résider dans une quelconque forme de conscience chez l'auteur du risque posé par sa conduite⁸⁹. Pour l'autre moitié de la Cour, les objectivistes, la *mens rea* devait s'entendre de l'écart marqué à la norme de conduite de la personne raisonnable sans qu'il ne soit nécessaire d'établir la conscience d'un risque chez l'auteur. Ces derniers

⁸⁶ Voir en particulier, P. Healy, "The Creighton Quartet : Enigma Variations in a Lower Key" (1993), 23 C.R. (4th) 265; D. Stuart, "Continuing Inconsistency But Also Now Insensitivity That Won't Work" (1993), 23 C.R. (4th) 240.

⁸⁷ R. c. *Tutton*, *supra* note 15.

⁸⁸ R. c. *Waite*, *supra* note 15.

⁸⁹ À la p. 1407 de l'arrêt *Tutton*, *supra* note 15, le juge Wilson s'exprime comme suit :

En bref, les mots "insouciance déréglée ou téméraire à l'égard de la vie ou de la sécurité d'autrui" désignent davantage que la négligence grave, au sens objectif du terme. Ils exigent un certain degré de conscience du danger pour la vie ou la sécurité d'autrui ou, subsidiairement, un aveuglement délibéré à l'égard de ce danger, qui est coupable étant donné la gravité du risque prohibé.

avaient toutefois ajouté que cet écart marqué ne devait pas s'apprécier dans le vide, mais en fonction de la perception des faits entourant sa conduite par l'accusé⁹⁰. Le juge Lamer ajoutait même qu'il fallait largement tenir compte des facteurs propres à l'accusé⁹¹.

Bien que dans l'arrêt *Hibbert*⁹² le juge Lamer se soit rangé à la majorité dans l'arrêt *Creighton*, et semble dorénavant accepter l'idée qu'une norme uniforme de diligence soit applicable dans le contexte des infractions dont l'une des composantes est la négligence pénale⁹³, l'idée qu'il a avancée dans l'arrêt *Gosset*⁹⁴ mérite d'être explorée. Sans tenter de faire renverser la position majoritaire de l'arrêt *Creighton*⁹⁵, la notion de capacité d'apprécier le risque et à atteindre la norme dont a parlé le juge McLachlin dans cet arrêt doit être explicitée. Si, comme il a été dit dans l'arrêt *Hundal*⁹⁶, on peut concevoir que le défaut d'exercer ses capacités dans certaines circonstances peut constituer une faute, encore faudrait-il, pour parler de faute, que la notion de capacité ait un sens et tienne à tout le moins compte de la perception des circonstances par l'accusé.

c) *La nouvelle mens rea, l'innocence morale et le lien causal*

Il est maintenant établi que la responsabilité d'une personne pour la survenance d'un fait dommageable peut être retenue en l'absence de toute faute

⁹⁰ À la p. 1432 de l'arrêt *Tutton*, *supra* note 15, le juge MacIntyre s'exprimait comme suit :

L'application d'un critère objectif aux termes de l'art. 202 du *Code* ne peut cependant se faire dans le vide. Des événements se produisent dans le cadre d'autres événements et actions, et quand il s'agit de déterminer la nature de la conduite reprochée, les circonstances propres à l'espèce doivent être prises en considération. La décision doit se prendre après examen des faits existant à l'époque et par rapport à la perception de l'accusé des faits en question. Puisque le critère est objectif, la perception des faits par l'accusé ne doit pas être considérée dans le but d'apprécier s'il y a malveillance ou intention de la part de l'accusé, mais seulement pour constituer la base d'une conclusion quant au caractère raisonnable de la conduite de l'accusé, étant donné sa perception des faits.

⁹¹ *Ibid.* à la p. 1434.

⁹² *R. c. Hibbert*, [1995] 2 R.C.S. 973.

⁹³ Aux pp. 1021-2, le juge Lamer s'exprime ainsi :

Dans cette affaire [l'arrêt *Creighton*], en examinant la *mens rea* applicable à l'homicide involontaire coupable résultant d'un acte illégal" prévu à l'al. 222(5)a) du *Code criminel*, la Cour à la majorité exprime l'avis que "des considérations de principe et d'intérêt public commandent le maintien, pour [les infractions de négligence pénale], d'une seule et uniforme norme juridique de diligence, sauf dans le cas de l'incapacité d'apprécier la nature du risque que comporte l'activité en question."

Quoi que j'aie été dissident sur ce point dans l'arrêt *Creighton* (tout en souscrivant au résultat), je m'estime maintenant lié par le jugement de la majorité. [les références ont été omises].

⁹⁴ *Supra* note 15.

⁹⁵ *Supra* note 14.

⁹⁶ *Supra* note 13.

particulière face à cette conséquence de sa conduite si cette personne s'est volontairement livrée à une conduite illégale dangereuse. La Cour suprême a reconnu que la conséquence d'une conduite illégale dangereuse pouvait constituer un facteur aggravant de responsabilité.

Puisque la gravité de la conséquence découlant d'une conduite est susceptible d'aggraver la responsabilité, il m'apparaît nécessaire d'explorer davantage la question de savoir quand, en toute justice, la survenance d'une conséquence peut légalement être attribuée à l'auteur d'un acte. En d'autres termes, la notion de lien causal devrait être revue.

Notre théorie de la responsabilité pénale est très peu développée en ce qui concerne l'établissement du lien causal entre la conduite de l'acteur et la survenance d'un résultat. Cette théorie s'est principalement élaborée dans le contexte de l'infraction particulière d'homicide involontaire coupable et pose très peu d'exigences quant à la qualité du lien causal avant de conclure à l'existence d'une relation de cause à effet légalement suffisante entre la conduite et le résultat pour entraîner la responsabilité⁹⁷. Dans l'arrêt *Smithers*⁹⁸, une décision rendue avant l'entrée en vigueur de la *Charte*, la Cour suprême a décidé que, dès que l'acte de l'accusé a contribué de façon plus que mineure au résultat, sa responsabilité face à la survenance de ce résultat est engagée. Ni la théorie de la proximité de la cause, ni la théorie de la causalité adéquate n'ont été retenues. Notre droit adopte en quelque sorte la théorie de l'équivalence des conditions. Les "causes" antérieures à l'acte illégal, telles que les maladies ou désordres physiques de la victime, n'affectent pas le lien causal. Les causes postérieures à l'acte illégal, de même que la faute contributive de la victime, ne sont pas pertinentes non plus. L'auteur de l'acte prend sa victime comme il la trouve, avec ses forces et ses faiblesses. Le "*thin skull rule*" a même été étendu de manière à tenir l'accusé responsable du décès d'une personne qui, en raison de ses convictions religieuses, avait refusé de recevoir une transfusion sanguine⁹⁹.

Cette façon minimaliste de concevoir le lien causal est en partie codifiée au chapitre du *Code criminel* traitant des homicides¹⁰⁰. On semble toutefois avoir pris pour acquis que ces règles étaient applicables à toutes les infractions de résultat¹⁰¹.

⁹⁷ Un début de révision est peut-être amorcé dans *R. c. Harbottle*, [1993] 3 R.C.S. 306. Cette affaire met en cause la qualité du lien causal dans un cas de meurtre au premier degré et laisse clairement entendre que l'arrêt *Smithers*, [1978] 1 R.C.S. 506, n'est pas exhaustif en ce qui concerne les exigences pour conclure à l'existence d'un lien causal légalement suffisant.

⁹⁸ *Smithers c. La Reine*, *ibid.*

⁹⁹ *R. c. Blaue*, [1975] 2 All E.R. 446. Il s'agit d'une décision anglaise citée avec approbation par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Smithers*, *supra* note 97 à la p. 521.

¹⁰⁰ Voir les articles 224 à 226 du *Code criminel*.

¹⁰¹ Voir A. Manson, "Rethinking Causation: The Implications of Harbottle", (1994) 24 C.R. (4th) 153 aux pp. 156-7.

Dans un contexte où la culpabilité repose sur l'existence d'un élément de faute de l'agent en regard de la conséquence prohibée, il est peut-être moins urgent d'élaborer sur le lien causal. Dans le cas cependant où la responsabilité peut être engagée même en l'absence de désir, de prévision ou même de prévisibilité, pour l'agent, des conséquences de sa conduite, les principes de justice fondamentale commandent, à mon avis, une réflexion plus poussée sur les conditions devant être présentes pour conclure qu'une personne est légalement responsable de la survenance d'une conséquence.

Dans l'arrêt *Cribbin*¹⁰², la Cour d'appel de l'Ontario a reconnu que la nécessité d'établir un lien causal suffisant entre la conduite et le résultat constitue un principe de justice fondamentale.

In my opinion, causation is embodied in the same principle of fundamental justice and it requires that the law should refrain from holding a person criminally responsible for consequences that should not be attributed to him or her. This is so because criminal causation as a legal rule is based on concepts of moral responsibility, rather than on demonstrable mechanical or scientific formulas.

[...] Moral judgment is engaged when causation is used not merely as an explanation for the unfolding of events, but as a way of making people account for their contribution to a result. The morally innocent could be wrongly punished if criminal causation was reduced to a simple *sine qua non* requirement.¹⁰³

Dans cette affaire, on a toutefois décidé que le test de l'arrêt *Smithers* était constitutionnel. La Cour s'est sentie liée par la décision de la Cour suprême dans l'arrêt *Creighton* où il est dit que le principe de vulnérabilité de la victime est à la fois bon et utile¹⁰⁴. Or, cet arrêt *Creighton* ne traitait pas de la question du lien causal et la constitutionnalité du test de l'arrêt *Smithers* n'était pas en cause.

Dans l'arrêt *Smithers*, le juge Dickson établit une distinction entre la causalité comme question de fait et la causalité comme question de droit¹⁰⁵. La notion de causalité légale emporte nécessairement un jugement moral sur l'attribution des conséquences d'une conduite. Elle devrait être définie de manière à ce qu'une certaine proportionnalité soit à tout le moins établie entre la conduite de l'accusé et les conséquences qu'on veut lui faire supporter. Une approche de la culpabilité qui s'écarte de la notion de faute pour mettre l'accent sur le préjudice causé par l'accusé doit, si elle veut conserver un minimum de

¹⁰²R. v. *Cribbin*, (1994) 28 C.R. (4th) 137 (C.A.O.). Voir aussi R. v. *F.(D.L.)*, (1989) 73 C.R. (3d) 391 (C.A.A.), où il est dit, à la p. 399 :

With all respect, there will be cases where it could be argued that the "outside de minimis" test is in conflict with the fundamental justice predicate of s. 7 of the Canadian Charter of Rights and Freedoms. It is a test of sweeping accountability. In *Smithers*, *supra* note 97, the unlawful link that caused death involved nothing, on even a standard of objective awareness, suggesting the foreseeability of the victim's death.

¹⁰³R. v. *Cribbin*, *ibid.* aux pp. 156-57.

¹⁰⁴R. c. *Creighton*, *supra* note 14 à la p. 52.

¹⁰⁵*Smithers c. La Reine*, *supra* note 97 à la p. 518.

fondement moral, s'interroger sérieusement sur la qualité du lien causal avant de déterminer qu'une personne mérite d'être punie¹⁰⁶.

d) *La faute morale et l'imposition de la peine*

Ce texte a mis en lumière le recul de la *mens rea* subjectivement appréciée comme mesure de la culpabilité de l'accusé. Or, il est important de souligner que ce recul ne constitue pas une totale mise au rancart. On assiste peut-être à un simple déplacement du moment où doit être prise en compte la pleine mesure de la turpitude morale du délinquant. Moins importante au moment de la détermination de la culpabilité, elle doit être évaluée au stade de la détermination de la peine. L'étude de la faute serait en quelque sorte reléguée dans le champ de la peine.

À cet égard, il n'est pas sans intérêt de rappeler que, dans les arrêts *DeSousa*¹⁰⁷ et *Creighton*¹⁰⁸, la Cour a, lors de l'étude de la suffisance constitutionnelle de la norme de faute applicable aux infractions en cause, insisté sur le caractère souple de la peine dont ces infractions étaient assorties. Un des éléments considérés pour conclure à la constitutionnalité de ces infractions fut que la peine pouvait être adaptée à la turpitude morale du délinquant.

[...] l'infraction d'homicide involontaire coupable diffère nettement de celle de meurtre. Celui-ci entraîne une peine obligatoire d'emprisonnement à perpétuité tandis que l'homicide involontaire coupable ne comporte aucune peine minimale. Cela est bien. Puisque l'homicide involontaire coupable peut se commettre dans des circonstances des plus diverses, il doit y avoir souplesse quant aux peines. C'est à juste titre, par exemple, qu'un homicide non intentionnel commis lors de la perpétration d'une infraction mineure donne lieu à une peine beaucoup moins sévère que celle entraînée par l'homicide non intentionnel perpétré dans des circonstances témoignant d'une conscience du risque de mort qui reste juste en deçà de ce qu'il faudrait pour conclure à l'existence de l'intention requise pour un meurtre. Tout cela pour dire que la peine peut être adaptée pour tenir compte du degré de faute morale chez le contrevenant, et c'est ce qui se passe dans les faits.¹⁰⁹

Les règles relatives à l'imposition de la sentence invitent par ailleurs le juge à tenir compte du degré de faute morale du condamné lors de la détermination de la sanction appropriée. Le nouvel article 718.1 du *Code criminel* édicte en effet que la peine doit être proportionnelle à la gravité de l'infraction et au degré de responsabilité du délinquant. Les propos suivants, tenus récemment par le juge

¹⁰⁶ Cette question est loin d'être facile. Plusieurs auteurs ont toutefois commencé à y réfléchir. Voir, en particulier, Manson, *supra* note 101; J. Presser, "All for a Good Cause: The Need for Overhaul of the Smithers Test of Causation", (1994) 28 C.R. (4th) 178; I. Grant, D. Chunn, C. Boyle, *The Law of Homicide*, Carswell, Scarborough (feuilles mobiles), ch. 3.4.

¹⁰⁷ *Supra* note 17.

¹⁰⁸ *Supra* note 14.

¹⁰⁹ *Ibid.* à la p. 48.

Lamer pour une Cour unanime dans *R. c. M.(C.A.)*¹¹⁰, méritent aussi d'être soulignés :

La vengeance, si je comprends bien, est un acte préjudiciable et non mesuré qu'un individu inflige à une autre personne, fréquemment sous le coup de l'émotion et de la colère, à titre de représailles pour un préjudice qu'il a lui-même subi aux mains de cette personne. En contexte criminel, par contraste, le châtement se traduit par la détermination objective, raisonnée et mesurée d'une peine appropriée, reflétant adéquatement la *culpabilité morale* du délinquant, compte tenu des risques pris intentionnellement par le contrevenant, du préjudice qu'il a causé en conséquence et du caractère normatif de sa conduite. De plus, contrairement à la vengeance, le châtement intègre un principe de modération : en effet, le châtement exige l'application d'une peine juste et appropriée, *rien de plus*.

Malgré ceci, on note une tendance législative grandissante à recourir aux peines minimales d'incarcération obligatoire pour sanctionner les infractions jugées graves. Pensons plus particulièrement aux nouvelles dispositions du *Code criminel* qui prévoient une peine minimale obligatoire de quatre ans d'emprisonnement dans le cas d'infractions contre la personne commises à l'aide d'une arme à feu. Par exemple, à l'article 236 C.cr., on prévoit que l'homicide involontaire coupable est puni par un minimum de quatre années de réclusion s'il y a eu usage d'une arme à feu. Dans le cas d'homicide involontaire consécutif à l'utilisation négligente d'une arme à feu, la peine minimale obligatoire est donc de quatre ans tandis qu'il n'y a aucune peine minimale de prévue si l'accusé a tué la victime en la poignardant à plusieurs reprises, commettant, par hypothèse, un "quasi-meurtre".

Cette tendance du législateur à recourir à des peines préfixes ne permet pas de tenir compte de la faute morale du délinquant, déjà passablement absente lors de la détermination de sa culpabilité. Ces prochaines années, les contestations de nature constitutionnelle devraient s'attarder à ce phénomène¹¹¹.

Conclusion

La Cour suprême du Canada a consacré, en vertu de la *Charte*, une certaine vision moraliste de la culpabilité. Cette vision ne s'est toutefois pas traduite par une constitutionnalisation de la *mens rea* descriptive des infractions, une *mens rea* qui de surcroît serait subjectivement appréciée. On a plutôt reconnu qu'il est contraire aux principes de justice fondamentale de condamner et de punir une personne qui n'a véritablement rien fait de mal. La jurisprudence élaborée

¹¹⁰[1996] 1 R.C.S. 500 aux pp. 557-58 (les soulignés sont dans l'original).

¹¹¹La Cour suprême a décidé qu'étaient cruelles et inusitées au sens de l'article 12 de la *Charte* les peines grossièrement disproportionnées compte tenu des circonstances. Voir, en particulier, *R. c. Smith*, [1987] 1 R.C.S. 1047. Tout indique que le degré de turpitude morale du délinquant constitue une circonstance pertinente. Voir 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 une contradiction apparente", (1997) 2 Rev. can. D.P. 43.

sous l'empire de la *Charte* pose clairement qu'une personne qui a fait preuve de négligence dans certaines circonstances n'est pas nécessairement moralement innocente. À ce titre, la négligence fait donc dorénavant partie de la *mens rea*. Si l'idée de faute personnelle pour fonder la culpabilité a acquis un statut constitutionnel, il n'en demeure pas moins que les repères pour déterminer les éléments constitutifs d'une infraction donnée sont moins certains que jamais. En fait, ils restent encore à déterminer. Les critères de la gravité des stigmates et de la sévérité de la peine, avancés il y a une dizaine d'années, ont fait long feu. La Cour suprême parle maintenant de contexte pour déterminer la *mens rea* d'une infraction. C'est à la difficile tâche de donner un contenu théoriquement valable et fonctionnel à cette notion de "contexte" que nous devons maintenant tous nous atteler.