

LA PÉNALISATION DU TABAGISME, POURQUOI TOUT CE TABAC ?

Conversation imaginée avec Andrée Lajoie
sur l'émergence de normes pénales



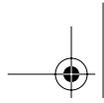
Hélène DUMONT*

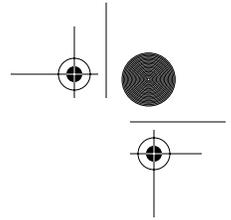
INTRODUCTION.....	809
I. UNE DISSENSION SOCIALE PALPABLE	811
II. LE RÉEXAMEN D'UNE THÈSE CONNUE.....	812
III. UN MALAISE FACE À UNE INFLATION PÉNALE.....	814
IV. LA RECONNAISSANCE DE LA NORMATIVITÉ JURIDIQUE PÉNALE	817
V. PÉNALISATION ET CONDUITES TOLÉRÉES.....	820
VI. LA PREMIÈRE AFFAIRE DU TABAC	822
VII. LA DEUXIÈME AFFAIRE DU TABAC.....	829
VIII. AU NOM DE LA MORALE, LES NORMES PÉNALES SONT FABRIQUÉES À L'ANCIENNE MAIS SERVIES À LA MODERNE	832
IX. DE L'IMPOLITESSE À L'IMMORALITÉ	836
X. LA MORALISATION DU RISQUE	841
XI. VALEURS ET INTÉRÊTS.....	844
CONCLUSION.....	846



* Professeure titulaire, Faculté de droit, Université de Montréal.







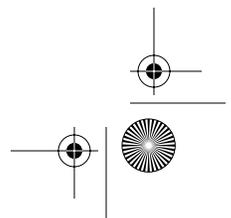
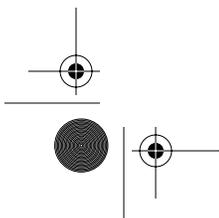
INTRODUCTION

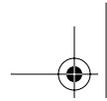
Je ne me rappelle pas comment cela a commencé. Mais Andrée Lajoie et moi avons toujours entretenu le plaisir de la conversation. Sur les choses de la vie comme sur le droit. Pour lui rendre hommage dans ces *Mélanges*, j'ai imaginé une conversation que j'aurais pu avoir avec elle sur la pénalisation du tabagisme, un prétexte pour écrire sur l'émergence de normes pénales. Et pour relier cet échange imaginaire à des réflexions de sa propre recherche. En boutade, elle m'a souvent affirmé ne rien connaître au droit pénal. Je sais déjà que mes propres analyses sur l'émergence de normes pénales peuvent se rattacher à ses positions théoriques sur le droit. D'autres exposés exigeront peut-être de ma part plus que de la persuasion rhétorique pour la convaincre du bien-fondé de certains points de vue.

Peut-être l'apprendra-t-elle dans cet ouvrage, des discussions avec elle ont été déterminantes dans l'évolution de ma carrière universitaire. À quatre moments précis, ces échanges ont été le point de départ de la rénovation de mes connaissances. Je prends la peine d'en dire quelques mots car, le lira-t-on, ces moments clés m'ont inspirée. Je voudrais en révéler les répercussions dans l'esprit et le contenu de cet article.

La première fois, dans le cadre de sa subvention de recherche portant sur *La place du juriste dans la société québécoise*¹, Andrée Lajoie m'a demandé de lui préparer des réponses sur l'avenir du droit pénal et de la profession dans cette spécialité. Elle ne me conviait pas à un simple exercice de futurologie sur ma propre discipline, mais à une réflexion véritablement prospective. Dans les faits, elle m'initiait à la fonction de développement et de transformation des connaissances par ma propre recherche. Depuis cet exercice, je n'ai jamais perdu le goût de développer de nouvelles pistes de réflexions en droit pénal.

¹ Andrée LAJOIE et Claude PARIZEAU, *La place du juriste dans la société québécoise*, Montréal, Éditions Thémis, 1976.





MÉLANGES ANDRÉE LAJOIE

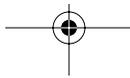
La deuxième conversation va me mener à UC Berkeley. Andrée Lajoie connaissait les juristes et les sociologues de cette université. J'ai demandé un congé de perfectionnement pour y faire une deuxième maîtrise et ses appréciations personnelles positives m'ont orientée vers cette université en 1977-1978. Je suivrai alors le cours du sociologue Jerome Skolnick² intitulé *Legal and Social Issues on Decriminalisation* et j'aurai comme tuteur Caleb Foote³, un grand défenseur des droits de l'Homme, un objecteur de conscience pendant la Deuxième Guerre mondiale, puis celles de Corée et du Vietnam. Du premier, je reprends toujours les thèses sur les changements en matière de crimes. Du second, je retiens une exigence de cohérence entre les idées, les opinions, la réalité et l'action. C'est à cette école que je dois certainement de concevoir le droit dans le champ des sciences sociales.

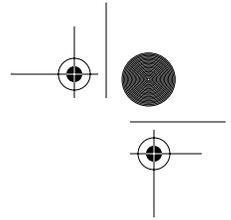
Le troisième échange a porté sur une demande de subvention au CRSH avec laquelle j'ai ouvert un chantier en droit pénal international⁴. J'ai soumis mon projet à Andrée Lajoie, pour évaluation critique, avant de le présenter. Elle m'a conseillée de retravailler l'énoncé de mes hypothèses. Je lui en sais gré, car j'ai appris quel-

² Jerome SKOLNICK, *House of Cards: Legalization and Control of Casino Gambling*, Boston, Little & Brown, 1980 ; Jerome SKOLNICK, et John DOMBRINK, « The Legalization of Deviance », (1976) 16 *Criminology* 193.

³ Caleb FOOTE, professeur émérite de Boalt Hall Law School, University of California, Berkeley. Il est connu pour son militantisme en faveur de la paix et de la justice et il a même fait de la prison comme objecteur de conscience. Il a dirigé des études sur la réforme du cautionnement aux États-Unis, *Studies on Bail*, Philadelphia, University of Pennsylvania, 1967 ; Caleb FOOTE, « The Coming Constitutional Crisis in Bail », (1965) 113 *University of Pennsylvania Law Review* 959 ; il a fait un rapport important avec Henry MAYER sur *The Culture of the University: Governance and Education*, San Francisco, Jossey-Bass, 1968 ; il a participé au groupe THE AMERICAN FRIENDS SERVICE COMMITTEE, *Struggle for Justice, A Report on Crime and Punishment in America*, New York, Hill and Wang, 1971. Pour l'importance de ses études sur le cautionnement aux États-Unis, lire : Candace MCCOY, « Caleb was Right: Pretrial Decisions Determine Mostly Everything », [en ligne] : <<http://www.law.berkeley.edu/centers/bccj/conferences/McCoy.pdf>>.

⁴ Subvention ordinaire CRSH, *Le droit international humanitaire*, 2001-2004, chercheure principale : Hélène DUMONT ; chercheure associée, Anne-Marie BOISVERT.





LE PÉNALISATION DU TABAGISME, POURQUOI TOUT CE TABAC ?

que chose d'important pour toutes mes recherches subséquentes. Il faudra bien dans le présent article, qui n'est qu'une introduction à une nouvelle piste de recherche sur la refondation des notions fondamentales du droit pénal⁵, que mes ébauches d'hypothèses survivent à son œil critique et avisé.

Andrée Lajoie m'a demandé, il y a quelques années, de dispenser un enseignement de doctorat sur le courant néonaturaliste avec lequel elle n'avait aucun atome crochu. Pourquoi moi ? Sans doute a-t-elle eu l'intuition que je saurais tout de même rester d'accord avec elle sur le caractère plus sérieux d'autres théories du droit. Mais, quel cadeau empoisonné m'a-t-elle fait ? J'y ai trouvé un filon pour expliquer l'émergence de normes pénales et je devrai maintenant le lui démontrer.

Enfin, c'est un secret entre nous, je lui dois « quelques mots » sur la pénalisation du tabagisme. Donc, les voici.

Question que poserait Andrée Lajoie : Pourquoi avoir choisi le tabagisme comme sujet d'étude ?

Le fumeur invétéré : « *Ce que fumer peut être sublime ! C'est une délectation, c'est un plaisir que personne ne m'enlèvera, fut-ce au prix de ma vie !* »

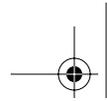
Le non-fumeur prosélyte : « *Écrase ! Éloigne la fumée de ton clou de cercueil de mon air ! Tu me fais mourir à petit feu !* »

I. UNE DISSENSION SOCIALE PALPABLE⁶

C'est après avoir entendu plusieurs variantes de ce dialogue animé que j'ai commencé à m'intéresser à la question du tabagisme.

⁵ Subvention ordinaire CRSH, *La refondation des notions fondamentales du droit pénal*, 2007-2010, chercheure principale: Hélène DUMONT; chercheure associée, Anne-Marie BOISVERT.

⁶ François OST, « La légitimité dans le discours juridique : cohérence, performance, consensus ou dissensus ? », (1984) 12 *Revue internationale d'études juridiques* 163 ; Julien FREUND, *Sociologie du conflit*, Paris, Presses universitaires de France, 1983 ; J. Thorsten SELLIN, *Culture Conflict and Crime*, New York, Social Science Research Council ; Rendall COLLINS, *Conflict*



MÉLANGES ANDRÉE LAJOIE

À vrai dire, l'antipathie mutuelle du fumeur impénitent et du non-fumeur intransigeant a été le premier aiguillon de mon questionnement. Devais-je entretenir plus d'inquiétude à l'égard de l'intolérance réciproque du fumeur radical et du non-fumeur bien pensant, qu'à l'endroit des effets nocifs de la cigarette et de sa fumée qui, faut-il dire, m'avaient jusqu'alors fort peu alarmée pour en faire un enjeu de mes réflexions de pénaliste ?

Mais à entendre des propos si vifs et si acerbes, je n'ai pu m'empêcher de faire le rapprochement entre les pro-fumeurs et les anti-fumeurs et les pro-choix et les anti-avortement⁷ ? Or, pourquoi les positions antagonistes de certains fumeurs et non-fumeurs ressemblaient-elles à ce point à celles de certains pro-choix et de certains anti-avortement ? Ces diatribes verbales de protagonistes animés du goût de se passer à tabac révélaient, en tout cas, que le phénomène du tabagisme pouvait être un cas de prédilection pour discuter de l'émergence de normes pénales dans la société canadienne actuelle. Il y avait là un indice de départ : en guise de renfort et de réconfort, des protagonistes dans le débat ont une expectative de la norme pénale et la réclame avec véhémence : le bon droit doit être avec eux !

II. LE RÉEXAMEN D'UNE THÈSE CONNUE

Jerome Skolnick⁸ a développé la thèse que le droit pénal est destiné à être changeant au sujet d'une catégorie particulière de

Sociology: Toward an Explanatory Science, New York, Academic Press, 1975 ; David BINNS, *Beyond the Sociology of Conflict*, London, Palgrave Macmillan, 1978 ; Alessandro BARATTA, *Criminologie critique et critique du droit pénal : introduction à la sociologie juridico-pénale*, traduit de l'italien par Marcel Wainstock, Montréal, École de criminologie, Université de Montréal, 1983.

⁷ Hélène DUMONT, « L'abolition du crime d'avortement dans la perspective de la réforme du droit criminel », (1980-81) 15 *Revue juridique Thémis* 149. Cet article a donné lieu à une application au crime d'avortement de la thèse de Skolnick sur la décriminalisation.

⁸ Jerome SKOLNICK, « The Social Transformation of Vice », (1985) 51 *Law and Contemporary Problems* 9.





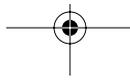
LE PÉNALISATION DU TABAGISME, POURQUOI TOUT CE TABAC ?

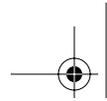
conduites répréhensibles qu'il décrit comme étant des vices, c'est-à-dire des conduites jugées immorales auxquelles s'adonnent des individus en éprouvant du plaisir en même temps que de la culpabilité. La consommation de drogues, le jeu et la prostitution entraient dans cette catégorie. Il prétend que le contrôle pénal sur les « vices » sera libéral ou strict selon les époques et en fonction de l'évolution de la culture dominante de la société. Pour lui, le déclin ou la remontée du puritanisme aux États-Unis ou d'un courant fort en faveur des bonnes mœurs dans la culture d'une société démocratique, expliquerait mieux que tout autre facteur le changement des lois pénales à l'égard des vices. Ce facteur serait le plus déterminant pour expliquer soit la libéralisation et la réforme des lois pénales, soit leur caractère plus strict et conservateur et une répression accrue. En résumé, des changements moraux dans la culture déclencherait des mouvements alternatifs de décriminalisation ou de dépénalisation des vices, d'une part, et de criminalisation ou de pénalisation, d'autre part⁹.

Le contrôle juridique des vices, avance-t-il, serait destiné à être irrationnel et les études scientifiques destinées à recommander au législateur la politique la plus raisonnable de contrôle ou de régulation des vices, serviraient finalement très peu à l'élaboration des lois pénales ou à la réforme de celles-ci¹⁰.

⁹ *Id.* Jerome Skolnick s'est plus particulièrement intéressé au phénomène de décriminalisation et de dépénalisation des vices dans la société américaine plutôt qu'à leur pénalisation.

¹⁰ Le *Comité du Sénat sur les drogues illicites* a recommandé la décriminalisation de l'usage de la marijuana au Canada. Dans un rapport unanime de 600 p., le comité proposait que tous les Canadiens âgés d'au moins 16 ans puissent consommer du cannabis sans crainte de démêlés avec la justice. « Il n'existe aucune raison valable d'assujettir les consommateurs de cannabis à l'application du droit criminel », déclarait le président du comité, le sénateur Pierre-Claude Nolin. Cette étude de septembre 2002 a été classée sans suite au Canada et constitue un bel exemple de la tentative d'avoir un discours rationnel sur ce thème mais sans succès, ce qui accrédite l'opinion de Skolnick. Voir le sommaire de ce rapport intitulé : *Le cannabis : positions pour un régime de politique publique pour le Canada*, [en ligne] : <<http://www.parl.gc.ca/37/1/parlbus/commbus/senate/com-f/ille-f/rep-f/Summary-f.pdf>>.





MÉLANGES ANDRÉE LAJOIE

Se pourrait-il que la théorie de Skolnick, développée spécialement autour de la légalisation de certains crimes dans la société américaine, soit pertinente pour expliquer l'actuel élargissement du champ pénal à de nouveaux maux de société comme le tabagisme au Canada ? J'ai eu l'intuition qu'il s'agissait d'une question de prédilection pour réexaminer la validité de cette thèse et, le cas échéant, pour déceler les changements de tendance dans l'élaboration de normes pénales au Canada.

III. UN MALAISE FACE À UNE INFLATION PÉNALE

Le désir d'aborder cette question d'étude pour revoir mes grilles d'analyse de pénaliste n'est cependant pas le seul mobile de cet exercice. Une certaine perplexité intellectuelle me gagne de plus en plus. Cela ne dépend pas de la loi pénale devenue incohérente, de la jurisprudence devenue indéchiffrable, de la théorie juridique devenue ésotérique : ça, c'est du gâteau pour les juristes experts et je pourrais en faire mon plaisir ! Ce qui m'agace, me confond, ce sont moins toutes les subtilités savantes du droit pénal, que les énormités du journal télévisé et de la presse quotidienne de plus en plus remplis de nouvelles à saveur pénale que je dois ingurgiter avec mon café du matin et ma tisane du soir – et que je n'accompagne pas, faut-il dire, d'une cigarette – Je pourrais citer la première phrase de ton livre *Jugements de valeurs*¹¹ pour décrire l'état de confusion dans lequel je suis : « Le droit se fabrique constamment partout sous nos yeux et l'on n'y voit plus clair »¹².

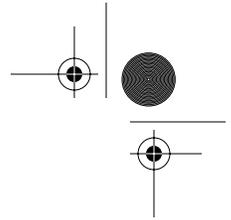
Pour tout dire, cette perplexité est causée par la clameur montante de l'opinion publique, du discours politique et des médias,

Voir aussi COMMISSION DE RÉFORME DU DROIT DU CANADA, *L'obscénité*, document préliminaire, Ottawa, Information Canada, coll. « Série Droit pénal », 1972 ; *Les confins du droit pénal : leur détermination à partir de l'obscénité*, Ottawa, Information Canada, 1975. Ce sont des études qui tentent d'offrir un discours rationnel sur l'obscénité que Skolnick classe dans la catégorie des vices.

¹¹ Andrée LAJOIE, *Jugements de valeurs*, coll. « Voies du droit », Paris, PUF, 1997.

¹² *Id.*, p. 1.





LE PÉNALISATION DU TABAGISME, POURQUOI TOUT CE TABAC ?

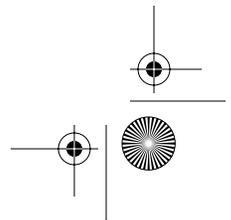
réclamant ensemble ou à tour de rôle, plus de rigueur répressive sur l'ordinaire social ou sur la détresse humaine¹³. J'éprouve une lassitude à entendre parler de droit pénal du matin jusqu'au soir, parce que l'on réclame une loi à hue et à dia et que l'on sous-entend une loi pénale. Je suis embêtée que le droit pénal soit devenu le principal sinon le seul instrument de régulation sociale et je suis surtout navrée que l'État réagisse avec autant d'empressement à faire des normes pénales comme premier ou seul moyen d'amélioration du bien-être individuel et social¹⁴. Aujourd'hui, c'est le tabagisme, demain ce sera l'obésité, après-demain... ?

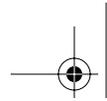
Pourquoi donc prendre le tabagisme comme question d'étude, le sujet paraît bien insignifiant pour se poser une question aussi importante que la pénalisation à outrance des problèmes sociaux ? Eh oui, je pourrais bien faire comme Anton Tchekhov, dans sa pièce en un acte intitulée *Les méfaits du tabac*¹⁵, dans laquelle il est question d'une conférence sur les effets nocifs de la cigarette. Tchekhov s'amuse à développer son propos de façon à ne pas parler de son sujet. En effet, l'astuce de Tchekhov sied bien à certaines de mes intentions. En examinant la question de la pénalisation du tabagisme, je veux faire comprendre un problème autrement plus sérieux consistant à recourir au droit pénal à tort et à travers.

¹³ Alvaro PIRES, « La rationalité pénale moderne, la société du risque et la judiciarisation de l'opinion publique », (2001) 33 *Sociologie et sociétés* 179; Alvaro PIRES, André CELLARD et Gérald PELLETIER, « L'énigme des demandes de modifications législatives au Code criminel canadien », dans *Régulation et gouvernance. Le contrôle des populations et du territoire en Europe et au Canada. Une perspective historique*, Barcelona, Publications Universitat de Barcelona, 2001, p. 195.

¹⁴ Hélène DUMONT, « Le Canada n'est pas au bout de ses peines : une réforme condamnée à rouler comme la pierre de Sisyphe », dans Les Mélanges Ottenhof : *Le champ pénal en France et à l'étranger*, Paris, Dalloz, 2006, p. 211 ; Hélène DUMONT, « De la Loi C-41 à la Loi C-55 : la détermination de la peine avec une main de fer dans un gant de velours », dans INSTITUT CANADIEN D'ADMINISTRATION DE LA JUSTICE, *La détermination de la peine : une réforme pour hier et pour demain/ Dawn or Dusk in Sentencing 1997*, Montréal, Éditions Thémis, 1998, p. 83.

¹⁵ Anton TCHEKOV, « Les méfaits du tabac », version de 1902, publié dans *Pièces en un acte*, traduit du russe par André et Françoise Markowicz, Paris, Actes Sud, 2005.





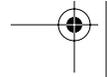
MÉLANGES ANDRÉE LAJOIE

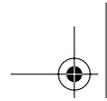
La société revendique trop de contrôle pénal et souffre même d'une déperdition du sens de la justice et qu'un excès de morale pourrait en être la cause. Et le tabagisme convient tout à fait à cette démonstration. J'en veux pour preuve une déclaration d'un ancien ministre canadien de la Santé qui disait : « Le tabagisme fait partie des grands maux canadiens » (*a national evil*¹⁶). Puisque ce mal est si grand, j'aurai donc bien choisi mon sujet. Tchekhov qui choisit de traiter son sujet à la légère éprouve un malaise à ce que son entourage le perçoive comme étant des plus sérieux. Voilà aussi mon malaise. C'est l'ampleur de la dénonciation publique des méfaits du tabagisme qui m'inquiète et c'est le phénomène de la grenouille qui veut devenir le bœuf qui m'intéresse et me préoccupe dans l'étude du phénomène de la pénalisation du tabagisme.

Suis-je en train de tout confondre avant même de commencer ? Quand l'État s'en prend au tabagisme, ne s'attaque-t-il pas aux méfaits sociaux engendrés par les compagnies de tabac ? Ne va-t-il pas à l'encontre des intérêts du marché et même contre ses propres intérêts fiscaux au nom de l'intérêt supérieur de la santé des Canadiennes et des Canadiens ? Et de cela aussi, il faudra bien le discuter puisqu'à première vue, la pénalisation du tabagisme sem-



¹⁶ Annonce du 19 janvier 2000 concernant les nouveaux projets de règlement sur le tabac, notes pour une allocution à l'Université d'Ottawa de Allan ROCK alors Ministre de la Santé : « J'aimerais conclure sur deux points. Premièrement, il faudra appliquer plusieurs mesures à la fois pour réussir à faire baisser le taux de tabagisme, en particulier chez les jeunes : augmentation des taxes ; annonces publiques ; information dans les classes, les salles du conseil et les foyers pour exposer les faits liés au tabagisme et ses conséquences. Les changements relatifs à l'emballage s'inscrivent dans cette stratégie d'ensemble. Ce que vous voyez aujourd'hui n'est qu'une partie de ce qui doit être un effort général et soutenu, non seulement de la part du gouvernement du Canada, mais de celle de tous les gouvernements et de toutes les collectivités à travers le pays. **Attaquons-nous au tabagisme pour ce qu'il est, soit un mal national!** Considérons-le comme la menace la plus importante pour la santé publique au pays. Reconnaissons le lien entre les efforts de l'industrie du tabac pour promouvoir leurs produits et les conséquences pour la santé de nos enfants, et passons à l'action ! », <http://www.hc-sc.gc.ca/ahc-asc/minist/health-sante/speeches-discours/2000_01_19_f.html>. La phrase surlignée se lit comme suit en anglais : **Let's take on smoking for the national evil that it is.**





LE PÉNALISATION DU TABAGISME, POURQUOI TOUT CE TABAC ?

ble contrecarrer une logique d'intérêt du marché. Voilà en quelques mots ce qu'il faudra démêler dans mes prochaines recherches sur le sujet. Mais comme il n'est pas question de faire dans cet article tout ce que je n'ai pas encore fait sur le sujet, mais de susciter la curiosité d'Andrée Lajoie, continuons sur le mode de la conversation.

Question que poserait Andrée Lajoie : Comment définir l'expression pénalisation, puisque, après tout, fumer n'est pas encore criminel ?

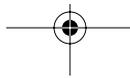
Avant de définir l'expression « pénalisation »¹⁷, il faut énoncer quelques propositions générales pour situer la question du tabagisme dans le contexte du droit pénal. Les voici.

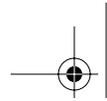
IV. LA RECONNAISSANCE DE LA NORMATIVITÉ JURIDIQUE PÉNALE

Il peut exister une liberté complète de fumer et, à l'autre bout du spectre, une interdiction complète de fumer ; entre ces deux extrêmes, la conduite peut être régulée et contrôlée de façon plus ou moins stricte. Fumer suppose également un rapport entre le fumeur-consommateur et le fabricant-vendeur de produits du tabac. Reformuler ces énoncés dans le contexte de la normativité juridique à caractère pénal consiste à dire : la liberté complète de fumer suppose, au plan juridique, une absence de crime et une absence de sanction criminelle à l'égard de cette conduite. L'interdiction complète de fumer suppose une mise en forme pénale de cette prohibition au plan législatif, soit en créant un crime, soit en créant une infraction de type réglementaire entraînant une sanction pénale. La mise en forme pénale entre ces deux extrêmes peut donner lieu à une interdiction légale de fumer dans certaines circonstances particulières et à une réglementation pénale des rapports entre le consommateur-fumeur et le fabricant-vendeur. Par exemple, l'interdiction de fumer peut toucher une catégorie de personnes, les jeunes ; elle peut aussi être généralisée dans certains endroits, les



¹⁷ Pour un plus long développement sur ce thème, voir Michel VAN DE KERCHOVE, *Le droit sans peine*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires, 1987.





lieux publics. Le contrôle législatif de la relation « consommateurs-fabricants » peut s'exprimer, tantôt dans des règles restrictives de publicité des produits du tabac, tantôt dans des prescriptions sur les modalités et sur les lieux de vente des produits du tabac, le tout assorti de sanctions pénales.

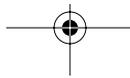
Le droit pénal, pour les fins de notre propos, se concrétise dans deux notions fondamentales, le crime et la peine, et il est mis en opération à travers une procédure judiciaire particulière qui a pour objectifs la détermination de la responsabilité pénale d'un contrevenant et l'attribution d'une peine résultant de sa condamnation. Ces trois éléments, crime, peine et procédure judiciaire pénale, sont essentiels à la reconnaissance d'une normativité juridique à caractère pénal, mais ils peuvent être combinés selon une géométrie variable à l'intérieur du droit pénal. On peut donner des exemples de variations multiples du crime, de la peine puis de la procédure. La qualification technique du crime peut le charger d'une intensité dramatique plus ou moins grande¹⁸ ; ainsi, la qualification d'acte criminel, d'infraction sommaire, d'infraction réglementaire ou de simple contravention traduirait le caractère plus ou moins grave des illégalités pénales¹⁹.

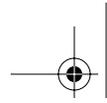
La peine, elle aussi, peut prendre des formes d'expression différentes et être plus ou moins afflictive. Contentons-nous de commenter deux types de peines : l'emprisonnement et l'amende. L'emprisonnement est la plus emblématique des sanctions de nature criminelle et serait la plus sévère et la plus infamante des punitions ; il entraîne non seulement une privation de liberté mais engendre un opprobre public et entache la réputation du condamné²⁰. La notion de « stigmat » est aussi utilisée pour distinguer l'infraction

¹⁸ Jean CARBONNIER parle de pression juridique plus intense en ce qui concerne l'amende pénale dans *Flexible droit: Pour une sociologie du droit sans rigueur*, 10^e éd., Paris, L.G.D.J., 2001 ; *Sociologie juridique*, Paris, Quadrige/PUF, 1994.

¹⁹ Ces qualifications techniques sont celles du droit pénal canadien. Par exemple, le Code pénal français opte pour les qualifications techniques suivantes : crime, délit, contravention.

²⁰ Bien entendu, nous excluons de notre éventail la peine de mort.





LE PÉNALISATION DU TABAGISME, POURQUOI TOUT CE TABAC ?

tion vraiment criminelle de l'infraction de type réglementaire²¹. Bref, la stigmatisation est indistinctement une caractéristique associée au crime et à la peine d'emprisonnement et donne lieu à un raisonnement circulaire selon lequel la peine est criminelle en raison de sa finalité d'utilisation et le crime est justifié s'il protège un intérêt propre au droit criminel et emportera une stigmatisation de la personne condamnée²².

L'amende peut être juridiquement qualifiée de sanction pénale lorsqu'elle est le résultat d'une condamnation dans la mise en œuvre de la procédure pénale ; de ce fait, elle se distingue de l'amende administrative et civile. Elle suscite une pression juridique plus grande sur le débiteur que l'amende d'une autre nature juridique et elle se caractérise notamment par le fait que le non-acquittement peut donner lieu à une exécution de paiement sous la forme d'un emprisonnement du débiteur en défaut²³.

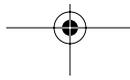
Enfin, la procédure pénale, troisième élément caractéristique de cette normativité, peut se dérouler dans sa forme la plus achevée en donnant lieu à un procès par jury assorti de nombreuses garanties judiciaires fondamentales et constitutionnelles : présomption d'innocence, preuve hors de tout doute raisonnable, incontestabilité de l'accusé, principe de non-incrimination, droit à une défense pleine et entière. Par ailleurs, la procédure pénale peut être presque totalement évincée au profit d'une procédure administrative non contentieuse de constat d'infraction et d'acquittement de l'amende en dehors de toute procédure judiciaire. Dans cette manifestation minimaliste, la procédure pénale est alors réservée aux seuls cas

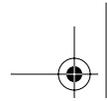


²¹ *R. c. Pierce Fisheries Ltd*, [1971] R.C.S. 5.

²² *R. c. Corp. de la Ville de Sault Ste-Marie*, [1978] 2 R.C.S. 1299 ; *R. c. Wholesale Travel Group Inc.*, [1991] 3 R.C.S. 151 ; *Renvoi : Motor Vehicle Act de la Colombie-Britannique*, [1985] 2 R.C.S. 486 ; *R. c. Creighton*, [1993] R.C.S. 3 ; *R. c. King*, [1962] R.C.S. 746 ; *R. c. Vaillancourt*, [1987] 2 R.C.S. 636 ; *R. c. Martineau* [1990] 2 R.C.S. 633.

²³ Voir à cet égard : art. 734-738 du *Code criminel*, L.R.C. (1985), c. C-46 ; *Code de procédure pénale* du Québec, L.R.Q., c. C-25.1, chapitre XIII : Exécution des jugements, section 2 : Emprisonnement pour défaut de paiement des sommes dues.





de contestation des contraventions et elle emprunte une forme judiciaire expéditive et simplifiée²⁴.

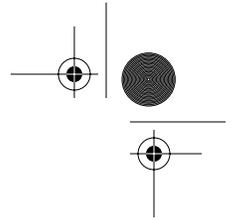
V. PÉNALISATION ET CONDUITES TOLÉRÉES

Toutes les propositions sont maintenant formulées pour définir le phénomène de « pénalisation » dans le contexte de la normativité juridique pénale. L'expression « pénalisation » suppose que le tabagisme n'était aucunement l'objet du droit pénal et qu'il le devient. Ce terme implique par conséquent un processus qui donne lieu à une prise en charge progressive de la conduite (et/ou de ses conduites périphériques) par le droit pénal. Plus précisément, la législation commence à réguler le fait de fumer et à encadrer les rapports entre les consommateurs et les fabricants et elle crée des infractions réglementaires sanctionnées par une amende pénale. En l'occurrence, on voit d'abord apparaître un droit pénal réglementaire qui, peu à peu, devient plus contrôlant. Les juristes parlent alors d'un droit mou ou de *soft law* par contraste avec la criminalisation assimilée, quant à elle, à un droit dur et qui suppose que le contrôle de la conduite se fasse par le biais d'interdictions totales qualifiées d'actes criminels ou d'infractions sommaires selon le *Code criminel*. Lorsqu'une conduite n'est aucunement l'objet de règles pénales, l'on invoque volontiers le dicton suivant : « Tout ce qui n'est pas interdit est permis ». Si une conduite devient réglementée par le droit pénal mou, l'on pourrait inventer une autre maxime : « Tout ce qui est pénalement réglementé, est seulement toléré »²⁵ !

²⁴ *Loi sur les contraventions*, L.R.C. (1985), c. C-38.7, adoptée par L.C., 1992, c. 47 ; *Code de procédure pénale du Québec*, précité, note 23, chapitre VI : Instruction.

²⁵ Juge Beauregard dans *J.T.I. Macdonald Corp. c. Procureure générale du Canada*, 2005 QCCA 726, par. 52 et 53 : « C'est un euphémisme de dire que fumer n'est pas bon pour la santé. Tout le monde sait – et les appelantes mieux que quiconque – que c'est mauvais. Chez nous, tout ce qui n'est pas prohibé est permis. Pour le tabac, il serait plus juste de dire que, puisque fumer n'est pas prohibé, c'est toléré ». La Cour Suprême vient tout juste de rendre son jugement en appel du premier : *Canada (Procureur général) c. JTI-Macdonald Corp.*, 2007 CSC 30.





LE PÉNALISATION DU TABAGISME, POURQUOI TOUT CE TABAC ?

Question que poserait Andrée Lajoie : J'imagine aisément que les compagnies de tabac ont résisté à ce contrôle pénal, même mou, de leurs activités commerciales et qu'elles ont fait valoir des arguments de droit constitutionnel pour invalider les mesures législatives contraignantes entravant leur liberté de commercer ?

Eh oui ! Et je pourrais même reprendre de grandes portions de ton livre *Jugements de valeurs*²⁶ et répondre en reprenant les grands thèmes de cet ouvrage pour discuter du discours judiciaire qui en est résulté. Je dis tout de suite que le contrôle constitutionnel sur des législations encadrant le commerce du tabac est au débat de fond – le tabagisme – ce que le papier est à la cigarette. Le premier encadre le second. En fait, l'interprétation constitutionnelle sert d'enveloppe à la production normative pénale et, le cas échéant, à la contenir si celle-ci suscite trop de contraintes et de restrictions à la liberté de commercer. Ou encore, l'interprétation constitutionnelle promeut une rationalité formelle sur la législation pénale qui, elle, est construite sur la conviction morale qu'elle est censée avoir des effets bénéfiques sur la santé des citoyens²⁷.

Je ne reprends pas nécessairement au long et en large l'argumentation de la Cour suprême dans deux jugements, le premier remontant à 1995²⁸, le deuxième rendu le 28 juin 2007 au moment où j'écris ces lignes²⁹. Je m'écarte même de la démarche qui supposerait d'expliquer tous les raisonnements majoritaires et dissidents du premier arrêt et les motifs unanimes du second³⁰. Il y a

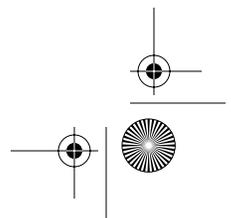
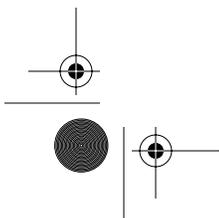
²⁶ A. LAJOIE, *op. cit.*, note 11.

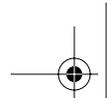
²⁷ Jean RÉMY, « Valeurs – Intérêts – Normes : Mode d'interdépendance réciproque », dans Philippe ROBERT, Francine SOUVBIRAN-PAILLET, Michel VAN DE KERCHOVE (dir.), *Normes, normes juridiques et normes pénales*, Paris, Harmattan, 1997, vol.1, Pour une sociologie des frontières, p. 43.

²⁸ *RJR- Macdonald c. Canada*, [1995] 3 R.C.S. 199.

²⁹ *Canada (Procureur général) c. JTI-Macdonald Corp.*, précité, note 25.

³⁰ Le premier jugement, précité, note 28, a été rendu sur division ; la majorité est composée de 7 juges sur la question de la validité de la loi au regard du partage des compétences : Lamer, Laforest, L'Heureux-Dubé, Gonthier, Corey, McLachlin, Iacobucci. La minorité est composée des juges Sopinka et Major. Sur la question déclarant des articles de la loi inopérants en vertu de





des commentaires nombreux du premier jugement³¹ et il y aura sans doute bientôt des commentaires du deuxième. Je veux rester dans le ton de la conversation. Mais il faut tout de même que je résume le contexte qui est celui de ces affaires tout autant que celui de mes propos et que j'évoque les questions discutées, l'une concernant le partage des compétences, l'autre la Charte. Voyons donc.

VI. LA PREMIÈRE AFFAIRE DU TABAC

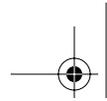
Lors de la première affaire, le tribunal est saisi d'une requête en jugement déclaratoire et doit examiner la validité d'une réglementation fédérale qui interdit aux compagnies de tabac de faire de la publicité de leurs produits et qui les contraint à publier sur l'emballage de leurs produits des messages relativement aux effets nocifs du tabac sur la santé des Canadiens³². Le paquet de cigaret-

la Charte, la majorité est composée des juges Lamer, Sopinka, McLachlin, Iacobucci et Makor et les dissidents sont : Laforest, L'Heureux-Dubé, Gonthier et Corey. Le deuxième arrêt, précité, note 25, est unanime et déclare la loi valide sous tous ses aspects. Il est écrit par la juge en chef McLachlin.

³¹ Sur le partage des compétences, voir : Allan C. HUTCHISON et David SCHNEIDERMAN, « Smoking Guns: the Federal Government Confronts the Tobacco and Gun Lobbies », (1995) 7 *Constitutional Forum* 16; Rob CUNNINGHAM, « The Difficulties of Implementing a Ban Tobacco and Gun Lobbies Advertising », (1995) 16 *Health Law in Canada* 3841; Martha JACKMAN, « The Constitutional Basis for Federal Regulation Health », (1996) 5 *Health Law Rev.*, n° 23-10; Berveley BAINES et Cheryl GREENFIELD, « Developments in Constitutional Law: the 1995-96 Term », (1997) *Sup. Ct. L. Rev.* 77, 94-103; Pierre THIBAUT, « L'arrêt RJR-Macdonald Inc: la rigueur plutôt que l'éloquence », (1996) 7 *N.J.C.L.* 93; Vern W. DARE, « Revisiting RJR under the New Tobacco Act », (1997) 9:1 *N.J.C.L.*, 57. Sur la liberté d'expression, voir : Richard MOON, « RJR-Macdonald v. Canada on the Freedom to Advertise », (1995) 7 *Constitutional Forum* 1; Roger A. SHINER, « The Silent Majority Speaks: RJR- Macdonald v. Canada », (1995) 7 *Constitutional Forum*, 8; David SCHNEIDERMAN, « A Comment on RJR-Macdonald v. Canada (A-G) », (1996) 30 *U.B.C.L. Rev.* 165; Michael D. PARRISH, « On Smokes and Oakes: A Comment on RJR- Macdonald Inc. v. Canada (A-G) », (1997) 24 *Man. L.J.* 665.

³² *Loi réglementant les produits du tabac*, L.C. 1988, c. 20.





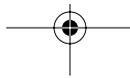
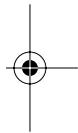
LE PÉNALISATION DU TABAGISME, POURQUOI TOUT CE TABAC ?

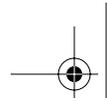
tes subit des transformations esthétiques radicales et doit dorénavant faire « peur au monde » avec ses avertissements médicaux de malheur ! La Cour suprême va donc examiner si ces interdictions en matière de publicité commerciale et ses contraintes en matière d'étiquetage relèvent de la compétence fédérale de légiférer en matière criminelle [91(27)] ou si elles constituent un empiètement *ultra vires* sur les matières civiles de compétence provinciale [92(13)].

Commençons par le commencement : fumer n'a jamais été criminel et fumer jusqu'à ce jour n'est pas illégal. Il y a bien trop de fumeurs, de dire le juge Laforest. L'interdiction de fumer n'est pas pour demain. Il aurait été trop radical pour le législateur de légiférer en créant cette interdiction. Que d'illégaux en perspective ! Comment donc rattacher le contenu de la législation entravant la liberté de commercer des compagnies de tabac en contrôlant pénalement la publicité de leurs produits à l'exercice de la compétence fédérale en matière criminelle alors, puisque le mal, lui, n'a jamais été criminel ? Ce rattachement semble fort ténu, pourrait-on penser.

La Cour va alors décrire le champ du droit criminel à partir d'une perspective à la fois traditionnelle et évolutive pour justifier ce rattachement législatif. Historiquement, les lois criminelles ont eu pour finalité la protection publique en assurant la paix publique, l'ordre social, la sécurité des personnes et des biens, la santé publique et la moralité publique. Donc, le fait de prohiber des actes nouveaux attentatoires à ces objectifs classiques de répression ne poserait aucune difficulté au regard de la compétence fédérale en matière criminelle. Mais si la santé publique a été un enjeu classique de répression pénale, cela ne l'a été que de façon exceptionnelle dans des situations concrètes, extraordinaires ou d'urgence, pour la mise en œuvre temporaire de normes criminelles forçant une quarantaine destinée à contenir une épidémie par exemple. La santé en général n'est pas à proprement parler un sujet classique d'intérêt pour le droit pénal.

Au moment de cette première affaire, il n'était pas question d'interdiction de fumer mais d'interdiction de la publicité des produits du tabac. Cette matière a une relation tout de même assez

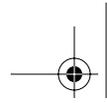


*MÉLANGES ANDRÉE LAJOIE*

lointaine avec la protection de la santé publique. D'ailleurs, les compagnies de tabac ont insisté sur le fait que cette réglementation ne reflétait pas une préoccupation traditionnelle du droit criminel et que, dans l'exercice de cette compétence, il serait impossible d'interdire certains aspects accessoires d'un acte qui n'est pas lui-même interdit. La majorité estime néanmoins que la réglementation entretient un lien rationnel suffisant avec cet objectif, car la publicité est faite pour encourager le tabagisme et le législateur a le droit de s'en prendre à un aspect secondaire du mal même s'il décide de ne pas interdire le mal consistant dans le fait de fumer. Les compagnies de tabac ont aussi tenté de faire valoir le caractère déguisé de la loi consistant à s'en prendre à leur liberté de commercer au lieu d'incriminer le tabagisme en montrant la forme réglementaire de la législation. Selon elles, cette forme législative indiquait que l'on n'avait pas affaire à la forme prohibitive généralement utilisée lorsque le législateur crée des infractions criminelles. La majorité voit les choses d'un autre œil : le fond l'emporte sur la forme ou la forme réglementaire de la loi ne lui enlève pas son caractère criminel. N'est-il pas paradoxal que cette dernière opinion de la Cour suprême soit si exactement une affirmation du contraire de ce que j'avance : l'argumentaire constitutionnel sur la matière de la législation fédérale sert de discours rhétorique en faveur de la légitimation du tabagisme en tant que crime potentiel. Le débat constitutionnel pave la voie à l'existence du crime et rend son existence possible. Le papier est disponible pour recevoir le tabac !

Par contre, il est vrai que le droit criminel a traditionnellement prohibé l'usage de produits dangereux, comme les stupéfiants, les matières toxiques, les explosifs, les armes à feu. Le droit pénal connaît des interdictions bien établies en matière de publicité trompeuse et il a aussi créé des infractions restreignant les pratiques commerciales incompatibles avec la libre concurrence pour se prémunir contre la fixation déloyale des prix et l'établissement de monopoles. Il peut être intéressant de savoir que, depuis longtemps, l'on assiste à l'extension de la compétence fédérale en droit criminel et que celle-ci est peut-être née d'une ancienne interprétation jurisprudentielle restrictive du Conseil privé concernant le pouvoir fédéral en matière de commerce [(91(2)). Bref, le fédéral





LE PÉNALISATION DU TABAGISME, POURQUOI TOUT CE TABAC ?

s'est à maintes reprises rabattu sur le droit criminel pour régler le commerce³³.

L'interdiction de la publicité des moyens contraceptifs a été longtemps mentionnée au *Code criminel*³⁴ et ne trouve aucune autre explication au plan historique que celle de s'en prendre indirectement au libertinage ou à l'immoralité sexuelle, des vices pour reprendre la terminologie de Skolnick. C'est d'ailleurs courant que le *Code criminel* s'en prenne aux immoralités « par la bande ». Par exemple, il incrimine le fait de tenir une maison de débauche et la sollicitation plutôt que la prostitution³⁵. Le Code criminalise l'aide au suicide et non la tentative de suicide³⁶. La législation fédérale, pourrait-on soutenir, peut se justifier en illustrant une parenté ou une analogie avec des enjeux traditionnels valides du droit criminel. La nocivité du tabac sur la santé des fumeurs est attestée par des études médicales ; elle a aussi des impacts de santé publique quand on documente les méfaits de la fumée secondaire. La nicotine entraîne une assuétude et peut être perçue comme un produit dangereux comme les stupéfiants. D'ailleurs, n'a-t-on pas assisté au mensonge public éhonté des présidents de compagnies de tabac aux États-Unis jurant que : « Nicotine is not addictive » et niant le fait qu'elles avaient manipulé le taux de nicotine dans leurs produits³⁷. Toute publicité du tabac destinée aux jeunes devient im-



³³ A.C. HUTCHISON et D. SCHNEIDERMAN, *loc. cit.*, note 31.

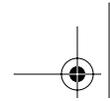
³⁴ Cette interdiction était mentionnée dans le premier *Code criminel* de 1892, 55-56 Vict. C-29, art. 179, elle restera au *Code criminel* jusqu'au *Bill Omnibus* de 1969, S.R.C. 1970, c. C-34 et sera transférée dans la *Loi sur les aliments et drogues*, L.C. 1985, c. F-27, art. 3.3.

³⁵ *Renvoi sur la prostitution*, [1990] 1 R.C.S. 1123.

³⁶ *Rodriguez c. Procureur général de Colombie-Britannique*, [1993] 3 R.C.S. 519.

³⁷ Mollie DUNSMUIR, Claude BLANCHETTE, Jean DUPUIS et Nancy MILLER CHENIER, *Tobacco and Health Government Response*, 16 December 1998, [En ligne] : <<http://www.parl.gc.ca/information/library/PRBpubs/prb988-e.htm>>, « Executives of seven largest U.S. tobacco companies swear in congressional testimony that nicotine is not addictive and deny manipulating nicotine levels in cigarettes. Brown & Williamson documents show that tobacco executives had discovered the risks of smoking before the Surgeon General did





MÉLANGES ANDRÉE LAJOIE

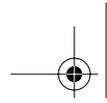
morale, toute publicité destinée à associer le tabac à un style de vie devient aussi un mal répréhensible. Par ces propos, je fais la présentation d'un argumentaire possible établissant que l'interdiction complète de fumer pourrait s'inscrire à l'intérieur de l'exercice habituel de la compétence législative fédérale en matière criminelle, consistant à protéger la santé et la morale publique.

De surcroît, le champ du droit criminel n'est pas fixé dans le temps et il est toujours loisible de recourir au droit criminel pour s'en prendre à de nouveaux maux de société (*public wrongs*), tend à nous suggérer la nouvelle jurisprudence constitutionnelle³⁸. À cet égard, l'élargissement de la compétence criminelle permet

so ». Rob CUNNINGHAM, *Smoke & Mirrors: The Canadian Tobacco War*, [En ligne] : <http://www.idrc.ca/en/ev-28826-201-1-DO_TOPIC.html> (consulté le 2 juillet 2007). « Despite all their knowledge about the effects of nicotine, the tobacco manufacturers deny that nicotine is addictive or that they manipulate nicotine levels in cigarettes. When the US Surgeon General released his 1988 report on nicotine addiction, the industry vigorously ridiculed the report's conclusions, despite the existence of industry-generated knowledge endorsing the Surgeon General's view », 605. US Department of Health and Human Services, 1988. « The health consequences of smoking: nicotine addiction: a report of the Surgeon General. US Department of Health and Human Services, Public Health Service, Centers for Disease Control, Center for Health Promotion and Education, Office on Smoking and Health, Rockville, MD, USA. DHHS Publication n° (CDC) 88-8406 ». SELECT COMMITTEE RESPECTING BILL 9, « An Act To Provide For The Recovery Of Tobacco Related Health Care Costs », April 30, 2001, Issue 1, Testimonial of Bruce Squires Chair of the Board of Directors for the Newfoundland and Labrador Alliance for the Control of Tobacco : « [The tobacco company] will also deny that they have manipulated nicotine levels in cigarettes. They may deny that nicotine is addictive. They will almost certainly try to bog you down with definitions of addiction. They will also try to deny that they are in the nicotine delivery business, and that their profits, their growth, depend on the ability to chemically addict their users », [En ligne] : <[http://www.hoa.gov.nl.ca/hoa/business/hansard/44th,%203rd/01-04-30\(Select%20Committee\).htm](http://www.hoa.gov.nl.ca/hoa/business/hansard/44th,%203rd/01-04-30(Select%20Committee).htm)> (consulté le 2 juillet 2007).

³⁸ Voir sur ce thème, Jean LECLAIR, « Aperçu des virtualités de compétence fédérale en droit criminel dans le contexte de la protection de l'environnement », (1996) 27 *R.G.D.* 137. Cet article démontre des conséquences de l'arrêt *RJR-MacDonald* en matière d'environnement. Voir, par la suite, *R. c. Hydro-Québec*, [1997] 3 *R.C.S.* 213.

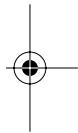




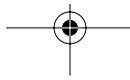
LE PÉNALISATION DU TABAGISME, POURQUOI TOUT CE TABAC ?

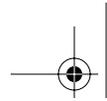
d'envisager ce droit criminel comme pouvant être dépouillé de son caractère purement répressif et être affranchi de sa stigmatisation particulière au profit d'une intervention plus efficace visant la protection du public au sens large, permettant la coexistence d'un régime mixte – prohibitif et réglementaire – dans l'exercice de la compétence législative fédérale. Donc, la pénalisation du tabagisme impliquant un processus de prise en charge du phénomène par le droit pénal réglementaire est supportée par le débat constitutionnel sur le contenu de la compétence législative en matière criminelle.

Parlons maintenant du débat constitutionnel fondé sur la Charte. Dans cette première affaire impliquant les cigarettiers, ceux-ci vont connaître le succès de leurs arguments d'inconstitutionnalité fondés sur les articles 2b) et 1 de la Charte. La Cour conclut que l'interdiction totale de publicité des produits du tabac constitue une violation de leur liberté d'expression et que le gouvernement canadien n'a pas fourni de preuves empiriques suffisantes établissant un lien de causalité entre l'interdiction totale de publicité et l'effet préjudiciable de celle-ci sur la consommation des produits du tabac³⁹. En d'autres mots, la loi va trop loin en ne faisant aucune distinction entre la publicité « style de vie » destinée à encourager le tabagisme et la publicité strictement informative sur les produits du tabac destinée à choisir entre les différentes marques et que l'on appelle publicité préférentielle. S'il est acceptable d'interdire la première forme de publicité, interdire la seconde constitue un moyen disproportionné d'atteinte à la liberté d'expression des compagnies de tabac. Quant aux messages négatifs sur les méfaits de leurs produits sur la santé des consommateurs que les compagnies doivent apposer sur l'emballage, la Cour est d'accord pour dire que ces messages paraissent émaner des compagnies et qu'il est déraisonnable que ces messages leur soient attribués. Il en serait autrement si ces messages étaient dûment attribués à l'autorité médicale publique



³⁹ Voir un article intéressant de Danielle PINARD, « La rationalité législative, une question de possibilités ou de probabilités ? Commentaire à l'occasion de l'affaire du tabac », (1994) 39 *McGill L.J.* 401.





MÉLANGES ANDRÉE LAJOIE

qui les émet en réalité. Certains critiqueront l'application que la Cour fait de son test de *Oakes*⁴⁰ dans cette affaire⁴¹.

Quoi qu'il en soit, la Cour me semble plutôt avoir fait un coup fumant et tiré deux lapins de son chapeau avec ses conclusions dans cette affaire. D'une part, elle paraît offrir une victoire aux compagnies de tabac en laissant entendre qu'elles ont une liberté d'expression commerciale alors que dans les faits, elle les astreint à plus de transparence et de vérité dans leurs messages publicitaires. D'autre part, elle exige du gouvernement plus de modération dans son activité législative qui doit être respectueuse de la Charte, alors qu'elle lui laisse le champ libre de contrôler les compagnies de tabac dans l'exercice de sa compétence en matière criminelle.

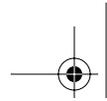
Les compagnies de tabac, une certaine victoire en poche, ont finalement décidé de s'en prendre à la nouvelle *Loi sur le tabac*⁴² que le législateur a refait suite à la première décision de la Cour suprême. La loi de 1997 respecte-t-elle les conclusions du premier jugement *RJR-MacDonald* de 1995 en regard de la distinction qui doit être faite entre une publicité « style de vie » interdite et une publicité informative dite préférentielle permise et, le cas échéant, la loi se trouve-t-elle en dehors des limites raisonnables faites à leur liberté d'expression ? La Cour se donne l'occasion de refaire le test de *Oakes* en l'appliquant à la loi nouvelle et revoit son analyse contextuelle à la lumière des nouvelles données sur les méfaits du tabagisme. Elle répond aussi à un nouvel argument qui fera long feu, selon lequel plusieurs dispositions interdisant la publicité « style de vie » sont tellement vagues et imprécises qu'elles peuvent donner lieu à des interprétations arbitraires et même empêcher les compagnies de tabac de faire de la publicité informative sur leurs propres produits.

⁴⁰ *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103.

⁴¹ P. THIBAUT, *op. cit.*, note 31 ; R. MOON, *op. cit.*, note 31.

⁴² *Loi sur le tabac*, L.C. 1997, c. 13, amendée par la *Loi modifiant la Loi sur le tabac*, L.C. 1998, c. 38.





VII. LA DEUXIÈME AFFAIRE DU TABAC

Dans ce deuxième jugement, les conclusions de faits et de contexte sont affirmées de façon plus péremptoire qu'en 1995. La preuve de faits sociaux par le gouvernement était difficile à faire en 1995 ; c'est quasi de la connaissance d'office en 2007 ! Les faits considérés comme avérés y sont énoncés très succinctement. Quelque 45 000 Canadiens décèdent chaque année de maladies liées au tabac. Le tabagisme est le principal problème de santé publique au Canada. La plupart des fumeurs commencent à fumer à l'adolescence. La publicité récente des produits du tabac vise trois objectifs : atteindre les jeunes, rassurer les fumeurs et atteindre les femmes. La nicotine crée une forte dépendance au point que les fumeurs qui veulent arrêter ne le peuvent. Même si on assiste à une réduction du nombre de fumeurs, le pourcentage de fumeurs ne diminue pas chez les 15-19 ans⁴³.

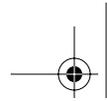
Comme nous l'indique la Cour suprême, les restrictions à la liberté commerciale des compagnies de tabac ont pour objectif de régler le problème de santé publique que pose l'usage du tabac, une finalité d'une importance fondamentale dans la mesure où elle vise la réalisation d'objectifs collectifs. Cela constitue une préoccupation urgente et réelle. Cette fois-ci, la Cour manifeste de la déférence à l'égard de l'obligation du législateur de démontrer un lien rationnel entre son objectif et ses moyens pour faire face aux méfaits du tabagisme. Il est possible que le résultat attendu avec le contrôle de la publicité ne soit pas mesurable⁴⁴. Également, quand il s'agit de démontrer que la loi constitue une atteinte minimale à la liberté d'expression des cigarettiers, le gouvernement doit aussi bénéficier de cette sollicitude respectueuse puisque l'on a affaire à un problème complexe qui commande une évaluation nuancée. L'exigence de l'atteinte minimale est satisfaite si le législateur a choisi l'une de plusieurs options raisonnables qui s'offraient à lui⁴⁵.

⁴³ *Canada (Procureur général) c. JTI-Macdonald Corp.*, précité, note 25, par. 13-16.

⁴⁴ *Id.*, par. 41.

⁴⁵ *Id.*, par. 43.





MÉLANGES ANDRÉE LAJOIE

Enfin, le test de proportionnalité des effets donne lieu à une reconsidération de la valeur intrinsèque de la liberté d'expression commerciale. Selon la Cour, la valeur de cette forme de liberté d'expression est faible si on l'évalue au regard des inconvénients et des effets négatifs du tabagisme chez les jeunes⁴⁶. La Cour valide aussi l'exigence posée par le gouvernement quant à la surface de 50 % occupée par les mises en garde sur le paquet de cigarettes. Le caractère raisonnable de cette exigence est étayé par le fait que d'autres pays ont des exigences similaires à celles préconisées au Canada. De plus, selon la *Convention-cadre de l'OMS pour la lutte antitabac*, ces messages sur les méfaits de la cigarette sur la santé des usagers devraient couvrir la moitié de l'emballage et cette couverture ne devrait pas être inférieure à 30 %⁴⁷. Il y a dans cette comparaison une attestation de l'existence d'un consensus social, un facteur qui contribue à la légitimation de la normativité pénale en matière de tabagisme.



Bien entendu, le débat sur le partage des compétences est clos depuis le premier jugement de la Cour suprême. Cependant, on remarquera que les mots utilisés par la Cour suprême dans une analyse sous l'article 1 de la Charte, à savoir « objectif urgent », « principal problème de santé publique au Canada » ont pour effet de consolider rétrospectivement l'argumentation en vertu de laquelle la réglementation de la publicité des produits du tabac relève bel et bien de l'exercice traditionnel de la compétence fédérale en matière criminelle.

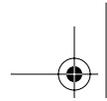


Finalement, la Cour accepte d'examiner un nouvel argument, dans une analyse faite sous l'article 1 de la Charte, selon lequel certaines dispositions de la loi interdisant la publicité pouvant être attrayante aux jeunes, comportent les défauts d'imprécision et de portée excessive, des défauts qui rendraient les restrictions à la liberté d'expression des compagnies de tabac déraisonnables et, par conséquent, inconstitutionnelles. La Cour va répondre à cette prétention en faisant une interprétation raisonnable des dispositions prétendument vagues de manière à ce qu'elles soient toujours

⁴⁶ *Id.*, par. 47.

⁴⁷ *Id.*, par. 137-139.





LE PÉNALISATION DU TABAGISME, POURQUOI TOUT CE TABAC ?

compatibles avec le droit des compagnies de faire de la publicité informative⁴⁸.

Les compagnies de tabac ont donc perdu leur cause en même temps que le contrôle de leur nom corporatif. Elles avaient déjà personnellement contribué à la dévaluation de leur « image de marque » dans l'intervalle pour avoir été si mensongères à propos de leur soi-disant ignorance des effets nocifs du tabac. Dans un débat politico-juridique pétri de morale comme je le suggère, la vérité est toujours malmenée. Les cigarettiers sont dorénavant perçus comme des citoyens corporatifs douteux qui ne peuvent plus utiliser leur nom « synonyme de cigarettes » comme bon leur semble. Ce nom est lui-même stigmatisé. Ironiquement, en Cour d'appel, le juge Brossard, sensible à des aspects de leur argumentation d'inconstitutionnalité, s'était servi d'une comparaison boiteuse mais lourde de sous-entendus à l'égard des compagnies de tabac. Et je cite :

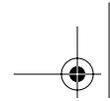
Qu'il suffise de dire que je ne connais, à titre d'exemple, aucune disposition législative qui empêche même des groupes criminalisés, tels certains clubs de motards, à utiliser leur nom ou leur logo corporatif. Je ne saurais concevoir que l'on interdise à une société dûment incorporée, dont le nom d'incorporation a dûment été approuvé par l'État, dont le nom ne comporte en soi, aucun aspect malsain, contraire à l'ordre public et aux bonnes mœurs, d'utiliser légitimement ce nom corporatif.⁴⁹

Question que poserait Andrée Lajoie : Tu laisses entendre que la morale est le moteur principal de l'émergence des normes pénales en matière de tabagisme et que ce facteur est même plus influent que la prise en compte des intérêts des puissantes compagnies de tabac et des intérêts fiscaux des gouvernements pour orienter la politique législative en la matière. En bref, la morale triompherait sur les intérêts dans l'élaboration de ces normes juridiques à caractère pénal ?

⁴⁸ *Id.*, par. 77-88.

⁴⁹ *Id.*, par. 301 et 302.





Cette question est au cœur de ma réflexion. Je vais tenter d'esquisser à grands traits les propositions qui sous-tendent mon opinion et qui constitueront les hypothèses d'une recherche ultérieure plus approfondie.

VIII. AU NOM DE LA MORALE, LES NORMES PÉNALES SONT FABRIQUÉES À L'ANCIENNE MAIS SERVIES À LA MODERNE

Tout d'abord, la morale s'immisce dans le droit pénal comme cela a toujours été le cas. Selon une conception classique de légitimation des normes juridiques pénales, celles-ci sont principalement justifiées à l'aide de deux courants philosophiques, les courants utilitariste et moraliste, tantôt s'opposant, tantôt se réconfortant mutuellement dans la production des normes pénales⁵⁰. À mon avis, le tabagisme devient une immoralité prise en charge par le droit pénal et les deux thèses traditionnelles se renforcent réciproquement pour nouvellement l'expliquer. Le « produit normatif » est toujours fait à l'ancienne, mais il est servi à la moderne dans un nouvel emballage rhétorique.

Partons du débat classique dont les protagonistes sont Hart et Devlin⁵¹ pour discuter de la question. Le premier⁵², utilitariste, souhaite limiter le droit pénal aux conduites nuisibles qui causent un préjudice social véritable (*social harm*) et qui portent atteinte à l'ordre public. Par conséquent, la sanction pénale est utile et nécessaire parce qu'elle procure un service à l'avantage général. Le second, moraliste⁵³, considère que le droit pénal sert aussi à protéger les

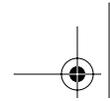
⁵⁰ Voir plus généralement sur les questions de légitimité et d'effectivité des normes appréciées d'une manière sociologique: Valérie DEMERS, *Le contrôle des fumeurs, une étude d'effectivité du droit*, Montréal, Éditions Thémis, 1996.

⁵¹ Yves CARON, « The Legal Enforcement of Morals and the So-Called Hart-Devlin Controversy », (1969) *Mc Gill Law Journal* 9.

⁵² Herbert L.A. HART, *The Concept of Law*, London, Oxford University Press, 1961; Herbert L.A. HART, *Law, Liberty and Morality*, London, Oxford University Press, 1963.

⁵³ Patrick DEVLIN, *The Enforcement of Morals*, London, Oxford University Press, 1965.





LE PÉNALISATION DU TABAGISME, POURQUOI TOUT CE TABAC ?

valeurs morales de la société ; par conséquent, le crime peut sanctionner une immoralité sociale (*social evil*) même si celle-ci ne cause aucun dommage social direct.

La thèse utilitariste a eu le vent dans les voiles au cours des années 60-70, au détriment de la thèse de Devlin, pour favoriser la réforme du droit pénal canadien⁵⁴. Elle développe l'idée de limitation du droit pénal (seulement ce qui est nécessaire, pas plus) et celle de recours ultime à la sanction criminelle. Seules les conduites véritablement nuisibles devraient être criminelles. Dans la foulée de ce mouvement de libéralisation, il devient discutable de sanctionner les immoralités en droit criminel et il conviendrait de décriminaliser ou de dépénaliser les vices généralement considérés des crimes « sans victimes »⁵⁵. Pour les fins de notre propos, il peut être éclairant d'identifier quelques formes concrètes de dépénalisation, ne serait-ce que pour mieux comprendre le phénomène contraire de pénalisation observable aujourd'hui autour de la question du tabagisme.

Le processus de dépénalisation peut d'abord être envisagé comme un processus de désescalade dans le choix des peines⁵⁶. On a eu un exemple de la réduction dans la rigueur des peines en abolissant la peine de mort en 1976⁵⁷ au Canada en faveur d'un emprisonnement à perpétuité assorti d'une incarcération ferme de 25 ans

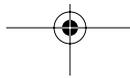


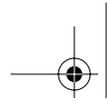
⁵⁴ La Commission de réforme du droit du Canada produit des documents qui s'inspirent de ce courant de pensée. COMMISSION DE RÉFORME DU DROIT DU CANADA, *Notre droit pénal*, Ottawa, Information Canada, 1976. Voir aussi Nathalie DESROSIERS et Steven BITTLE, « Introduction : Qu'est-ce qu'un crime ? Perspectives modernes », dans COMMISSION DU DROIT DU CANADA (dir.), *Qu'est-ce qu'un crime ?*, Québec, PUL, 2005.

⁵⁵ Herbert L. PACKER, *The Limits of the Criminal Sanction*, Stanford (CA), Stanford University Press, 1968. Cet ouvrage devient un « livre culte » en droit pénal. Les « victimless crimes » selon cet auteur sont des « vices » pour Skolnick.

⁵⁶ M. VAN DE KERCHOVE, *op.cit.*, note 17. Je résume en simplifiant la théorie de Skolnick sur les modèles de dépénalisation des vices.

⁵⁷ *Loi modifiant le Code criminel* (n° 2) 1976, 23-24-25 Elizabeth II, 1974-75-76, c. 105 ou *Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 231.





MÉLANGES ANDRÉE LAJOIE

avant l'admissibilité à la libération conditionnelle. On peut également assister à un affaiblissement de la peine lorsqu'une infraction criminelle est déqualifiée pour devenir une simple contravention selon la *Loi sur les contraventions*⁵⁸. Dans les faits, la contravention pourrait même être sanctionnée par une amende d'un quantum équivalent. Toutefois, cette amende ne conférerait plus de casier judiciaire⁵⁹. Sous cet aspect, le caractère afflictif de l'amende serait atténué.

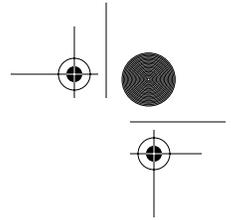
Le processus de dépénalisation qui a accompagné le mouvement de libéralisation à l'égard des vices au Canada s'est généralement exprimé dans l'abolition de l'interdiction complète de s'adonner à des conduites immorales au profit d'un contrôle réglementaire de celles-ci. Ce phénomène a notamment concerné les jeux, paris et loteries⁶⁰. On a observé un premier type de régulation des anciennes immoralités criminelles assimilable à un contrôle de qualité du produit ou du service (*commodity model*). On voit alors poindre des règles de protection du consommateur. En matière de jeux et loteries, on va se préoccuper d'éliminer la fraude dans l'application des règles du hasard dans un casino et dans la détermination des gagnants à une loterie d'État, ce que le jeu illégal dans les mains de la mafia ne garantit pas. Le contrôle de qualité peut, à d'autres égards, s'exprimer dans l'obligation pour le producteur de produits ou le dispensateur de services de répondre à des règles de probité et des critères d'obtention d'un permis, limitant de cette façon le nombre de personnes autorisées à les offrir (*licensing model*). La dépénalisation ne signifie pas que l'activité qui n'est plus complètement prohibée par le droit criminel, ne soit plus perçue comme étant immorale. La survivance de l'immoralité en contexte de dépénalisation va même se traduire dans l'obligation d'assortir la conduite dorénavant permise d'une finalité bienfaisante. Par exemple, la « taxe volontaire » du Maire Drapeau, véritable loterie, est destinée au financement du déficit de l'Expo 67, le

⁵⁸ Précitée, note 24.

⁵⁹ *Id.*, art. 63.

⁶⁰ Articles 201 et suiv. du *Code criminel* sur les jeux et paris et la *Loi sur les loteries, les concours publicitaires et les appareils d'amusement*, L.R.Q., c. L-6.





LE PÉNALISATION DU TABAGISME, POURQUOI TOUT CE TABAC ?

Sweepstake irlandais, à celui des hôpitaux. La « bonne cause » rendrait l'immoralité tolérable. L'on va souvent prévoir un accès limité au produit ou au service en contexte de dépénalisation ; par exemple, l'activité immorale est accessible aux adultes seulement et interdite aux jeunes. La dépénalisation de l'homosexualité entre adultes consentants par le « Bill omnibus »⁶¹ de Pierre Elliot-Trudeau en 1969, illustre tout à fait l'idée que la conduite reste immorale aux yeux du législateur et qu'en tout état de cause, elle doit demeurer interdite aux jeunes.

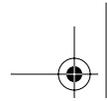
Un autre type de contrôle peut concerner la distribution du produit ou du service (*zoning control*). Il s'agit alors de « contenir » le vice au plan géographique, soit en déterminant les lieux de vente ou de consommation, soit en isolant l'activité dans des lieux touristiques, « à l'abri des classes laborieuses ». L'emplacement des casinos obéit à ce type de réglementation ; des lieux réservés à la prostitution relèveraient de ce modèle. Un dernier modèle suppose que l'usager du produit ou du service obtienne lui-même une autorisation pour avoir accès au vice (*medical model*). L'autorisation de recourir à l'avortement thérapeutique seulement dans un hôpital accrédité avant que cette loi ne soit déclarée inopérante par le jugement *Morgentaler*⁶², constitue un exemple de ce contrôle. On pourrait associer à ce modèle de contrôle, l'obligation pour certains malades d'obtenir une autorisation gouvernementale avant de pouvoir légalement consommer de la marijuana à des fins médicales⁶³. Les cafés de consommation de drogues (héroïne, cocaïne, etc.) proposés pour réduire les nuisances publiques des toxicomanes seraient une autre illustration de ce contrôle sanitaire. En bref, même les lois les plus permissives en matière de vices ne les dépouillent pas entièrement de leur caractéristique d'être des immoralités.

⁶¹ *Bill omnibus*, S.C. 1969, c.38, art. 7.

⁶² *R. c. Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30, l'art. 251 C.cr. est déclaré inopérant.

⁶³ Voir la note 10.





IX. DE L'IMPOLITESSE À L'IMMORALITÉ

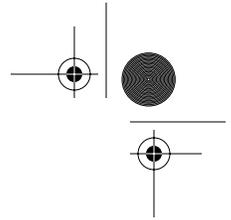
Revenons maintenant à la pénalisation du tabagisme. J'émetts l'hypothèse que le contrôle du tabagisme par le droit pénal suppose que la consommation du tabac devienne une conduite immorale avant d'être l'objet de préoccupation dans l'ordre juridique pénal. Il faut ensuite que son caractère nuisible et dommageable (« harmful ») soit démontrable avant que l'usage du tabac et les restrictions en matière de publicité des produits du tabac ne s'érigent en illégalités pénales.

Lorsque j'ai commencé mon cours de droit à l'Université de Montréal en 1967, étudiants et professeurs fumaient. D'ailleurs, fumer allait de pair avec le style de vie intellectuel. Les salles de cours empestaient la cigarette; personne n'y trouvait à redire, même les non-fumeurs. En 1977-78, lorsque j'étudie à Berkeley, les fumeurs font déjà l'objet d'une ségrégation. Un coin de la cafétéria leur est réservé. Ils ne peuvent plus fumer dans les salles de cours et sont confinés à un fumoir ou doivent fumer dehors. Celui qui fume dans une zone non autorisée risque de se faire rappeler à l'ordre par l'un de ses confrères pour manquement aux conventions établies entre fumeurs et non-fumeurs à l'université. Lorsque je deviens doyenne à mon *Alma Mater* en 1988, je dois séparer les étudiants fumeurs des non-fumeurs dans les salles d'examen, réservant les dernières rangées aux fumeurs. Puis, il a fallu rapidement placer les deux groupes dans des salles séparées pour finalement passer à l'étape d'interdire de fumer dans les salles de cours, interdiction également applicable aux professeurs. Qui l'eût cru !

Pour moi, ces quelques faits anecdotiques s'étalant tout de même sur plus de vingt ans, sont révélateurs de la gestation et de la naissance de l'immoralité que constitue le tabagisme. J'emprunte à André Comte-Sponville⁶⁴ quelques idées sur les notions de politesse et de vertu pour décrire, en termes normatifs, l'émergence de l'immoralité du tabagisme. Le philosophe décrit la politesse comme la première mais la plus superficielle des vertus. Elle n'est rien de

⁶⁴ André COMTE-SPONVILLE, *Petit traité des grandes vertus*, coll. « Perspectives critiques », Paris, PUF, 1995.





LE PÉNALISATION DU TABAGISME, POURQUOI TOUT CE TABAC ?

plus qu'une vertu d'apparence qui évoque le savoir-faire que l'on acquiert par l'apprentissage des conventions sociales et qui suppose la reproduction mimétique de l'usage et ensuite son respect. La politesse serait une qualité formelle, voire esthétique, à l'origine des autres vertus mais antérieure à la morale, poursuit-il⁶⁵.

Je suggère alors que l'immoralité du tabagisme a été précédée de règles de politesse concernant le fait de fumer. Par la suite, il est devenu plus convenable de fumer selon cette nouvelle étiquette. Le fumeur qui ne suit pas ces nouveaux usages est devenu impoli, voire mal élevé. La politesse se résumerait donc dans l'idée que « cela ne se fait pas »⁶⁶ de fumer dans les salles de cours ou dans les endroits publics : c'est inconvenant.

La morale, quant à elle, évoque l'idée que « cela ne doit pas se faire »⁶⁷. L'immoralité nous renvoie à son contraire, la vertu. De la politesse à la vertu, il y a tout de même un saut qualitatif qui suppose que fumer en général, ou en tout cas dans un endroit défendu, n'est plus seulement impoli mais que cela est devenu immoral. Comment s'y prendre pour le démontrer ?

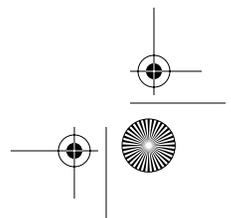
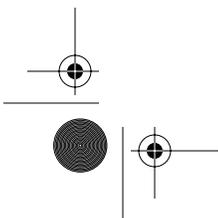
La vertu d'un homme, c'est ce qui le fait humain, ou plutôt c'est la puissance spécifique qu'il a d'affirmer son excellence propre, c'est-à-dire (au sens normatif du terme) son humanité. [...]

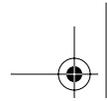
La vertu est une disposition acquise à faire le bien [...] Le bien n'est pas à contempler, il est à faire. Telle est la vertu : c'est

⁶⁵ *Id.*, p.15-24.

⁶⁶ Comme on dit aux enfants : « C'est pas beau de faire des grimaces ». L'on pourrait également citer le juge Beaugéard de la Cour d'appel dans l'arrêt *J.T.I. Macdonald Corp. c. Procureure générale du Canada*, précité, note 25, par. 55 : « Mais le législateur a certainement la compétence de faire en sorte que l'usage du tabac diminue graduellement dans l'espoir que, dans quelques décennies, l'usage de tabac soit aussi archaïque que serait aujourd'hui le fait de fumer dans un magasin d'alimentation ou d'offrir une cigarette à son médecin dans une chambre d'hôpital ou de mettre à l'usage de la clientèle des « spittoons » dans les salons de coiffure ».

⁶⁷ A. COMTE-SPONVILLE, *op. cit.*, note 64, p. 18.





MÉLANGES ANDRÉE LAJOIE

l'effort pour bien se conduire, qui définit le bien dans cet effort même.⁶⁸

Je reprends à mon compte cette idée de Comte-Sponville pour développer la mienne. Toute vertu est historique en ce qu'elle a un commencement culturel qui fait appel à l'idée de la meilleure manière d'être. Celle-ci connote une excellence en humanité et, dans ce cas-ci, c'est d'être en bonne santé⁶⁹. Mon hypothèse en matière de tabagisme est que le passage de l'impolitesse à l'immoralité s'est opéré avec l'émergence d'une nouvelle valeur de société, soit la santé ou plutôt la « bonne santé », puisque l'on décrit santé généralement comme un bien-être physique, mental, émotif. Le tabagisme est, par conséquent, devenu un écart de conduite par rapport au devoir ou à la vertu d'être en bonne santé.

Je pousse ma proposition un pas plus loin. Dans la culture occidentale, une conception philosophique de l'être humain fondée sur la reconnaissance de ses droits fondamentaux prend beaucoup d'importance. Cette posture philosophique, qui constitue une affirmation de la liberté, de l'égalité et de la dignité des êtres humains, présente la nature humaine dans sa condition fondamentale par excellence. En d'autres mots, elle propose les meilleures caractéristiques de l'humanité qui la rapproche d'un idéal de perfection. Or, cette thèse engendre en même temps une conception éthique de l'agir humain mû en fonction du bien, ce qui a pour effet de subsumer des devoirs dans l'exercice des libertés individuelles et des standards de « bonne conduite » dans les activités de la vie courante.

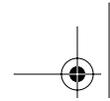
Tu soupçonnes déjà, Andrée, que cette thèse est en lien direct avec la renaissance du courant naturaliste en philosophie et en droit et que la distinction entre ce qui *est* et ce qui *doit être* est au cœur de la pensée néo-naturaliste. J'ai fait, je te le rappelle, quelques lectures sur le sujet pour le séminaire de doctorat que tu dirigeais⁷⁰.

⁶⁸ *Id.*, p. 9 et 10.

⁶⁹ *Id.*

⁷⁰ John FINNIS, Joseph BOYLE et Germain GRIZEZ, « Practical Principles, Moral Truth and Ultimate Ends », dans John FINNIS (dir.), *Natural Law*, Aldershot, Dartmouth, 1991 ; Hans JONAS, *Le principe de responsabilité, Une éthique pour la civilisation technologique*, Paris, Éditions du Cerf, 1995.





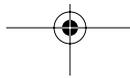
LE PÉNALISATION DU TABAGISME, POURQUOI TOUT CE TABAC ?

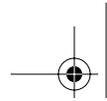
Il ne s'agit pas ici de régurgiter ce cours mais de commenter le fait que ce courant a des répercussions paradoxales en droit pénal.

On entend souvent dire que la Cour suprême est allée trop loin dans l'application de la Charte au droit pénal, ce qui aurait favorisé les intérêts des criminels sous le couvert de la sauvegarde de leurs droits et libertés. En réalité, le respect de leurs droits fondamentaux a eu des répercussions dans la procédure pénale principalement, c'est-à-dire sur le droit processuel, en développant notamment les notions de procès équitable et de droit à une défense pleine et entière. Depuis la Charte pour ce qui est du droit pénal substantif, les règles de responsabilité sont devenues plus rigoureuses et les peines plus sévères. La valorisation des droits humains et le « ce qui doit être » y sont pour quelque chose. Je vais développer pour rendre plus clairs mes propos sur le tabagisme. La théorie de la responsabilité pénale traditionnellement fondée sur la faute du contrevenant ou sur sa culpabilité subjective a évolué vers une théorie déontologique de la responsabilité, ce qui a eu pour effet d'objectiver la notion de faute. C'est notamment le cas avec les infractions criminelles de négligence et celles de conduite dangereuse⁷¹. L'évaluation du caractère fautif de la conduite criminelle est déterminée à partir de l'écart plus ou moins grossier de celle-ci par rapport à la conduite de la personne raisonnable, une référence idéale qui s'impose progressivement comme norme minimale suffisante. On cherche moins à déterminer le véritable état d'esprit qui animait le contrevenant au moment des faits répréhensibles qu'à lui imputer la mauvaise conscience qu'il aurait dû entretenir dans les circonstances (par exemple, il aurait dû savoir que sa conduite était négligente ou dangereuse, c'est-à-dire qu'il aurait dû en prévoir les risques inhérents).



⁷¹ Anne-Marie BOISVERT et André JODOUIN, « De l'intention à l'incurie : le déclin de la culpabilité morale en droit pénal canadien », (2002) 32 *Revue générale de droit* 759 ; Anne-Marie BOISVERT, « La négligence criminelle, la négligence pénale et l'imprudence en matière réglementaire : quelles différences ? », (2000) 5 *Rev. can. D.P.* 247 ; Anne-Marie BOISVERT, « La constitutionnalisation de la *mens rea* et l'émergence d'une nouvelle théorie de la responsabilité pénale », (1998) 77 *R. du B. can.* 126 ; Anne-Marie BOISVERT et Louise VIAU, « Le défaut de prévoyance en droit canadien », (1994) *Revue de droit pénal et de criminologie* 313.





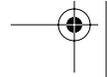
MÉLANGES ANDRÉE LAJOIE

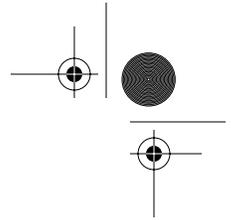
En ce qui a trait aux infractions pénales réglementaires (*soft law*), celles que l'on retrouve dans des lois qui régissent plusieurs domaines d'activités en société, la détermination de la responsabilité pénale est fondée sur la seule matérialisation de l'infraction et le justiciable ne peut en être relevé que s'il démontre sa diligence raisonnable. Il doit alors faire la preuve qu'une personne diligente aurait pu commettre la même erreur dans les faits et se trouver en situation d'infraction. Par conséquent, la notion de diligence fait appel au meilleur standard de bonne conduite que la personne est censée adopter dans les circonstances. Seule la personne diligente qui constitue la référence à la normalité est exemptée de responsabilité. Bref, tous les « *unfits* » et les « *misfits* » de la société néolibérale qui se voient privés de nos standards de vie avancés deviennent des cibles vulnérables au regard de ces standards déontologiques de nature pénale. L'ignorance et la pauvreté sont synonymes d'incurie, d'imprévoyance ou d'incompétence et le droit criminel comme le droit pénal réglementaire finissent par punir durement la misère. Et trop de morale dans le droit pénal en est un peu la cause !



On ressent aussi des effets de cette théorie déontologique sur la peine. Les crimes sont généralement décrits comme portant atteinte aux valeurs les plus importantes de la société ; par exemple, l'une de ces valeurs est la protection de l'innocence des enfants et de la vulnérabilité des jeunes. Lorsqu'on évalue la conduite répréhensible à l'aune de la valeur bafouée par le contrevenant et non à la mesure de sa faute personnelle, le mal fait est incommensurable et l'expiation de la faute par la peine exigerait toujours la plus grande des sévérités⁷². La peine alors réclamée n'a plus rien à voir avec le principe de justice fondamentale s'exprimant dans la « proportionnalité des délits et des peines ». Lorsqu'on évalue la conduite immorale sanctionnée par le droit pénal réglementaire à partir de nos « plus hauts » standards de vie, il ne faut pas se surprendre si l'on constate plus d'intolérance et moins de bienfaisance à l'endroit des

⁷² Hélène DUMONT, « Le Canada n'est pas au bout de ses peines : une réforme condamnée à rouler comme la pierre de Sisyphe », dans *Le champ pénal : Mélanges en l'honneur du professeur Reynald Ottenhof*, 2006, Paris, Dalloz, p. 211.





LE PÉNALISATION DU TABAGISME, POURQUOI TOUT CE TABAC ?

classes défavorisées de la société. Un excès de morale dans le droit pénal pourrait donc conduire à des injustices. John Rawls dans son livre *Theory of Justice* dit en introduction :

La justice est la première vertu des institutions sociales comme la vérité est celle des systèmes de pensée ou théories. Si élégante et économique que soit une théorie, elle doit être rejetée ou révisée si elle n'est pas vraie ; de même si efficaces et bien organisées que soient des institutions et des lois, elles doivent être réformées ou abolies si elles sont injustes.⁷³ (TRADUCTION)

Si je reviens au tabagisme, un phénomène que je tentais de décrire sous la forme d'une immoralité, je conclus donc que l'évolution de la théorie de la responsabilité pénale a certainement contribué à sa pénalisation et favorisé sa prise en charge par le droit pénal. Il ne résulte pas nécessairement des lois qui pénalisent les immoralités qu'elles soient les plus justes dans leur application.

X. LA MORALISATION DU RISQUE

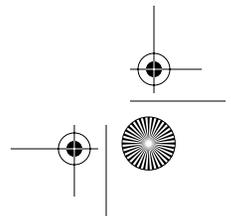
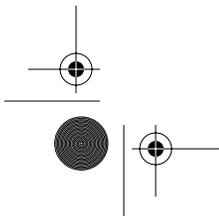
Je veux maintenant expliquer un aspect de la construction des illégalités autour du tabagisme à partir d'une autre transformation de la théorie pénale. J'émettais dans mes premiers commentaires sur l'influence de la morale dans la pénalisation du tabagisme que les thèses utilitariste et moraliste se renforçaient mutuellement dans la fabrication des normes juridiques. C'est en effet le cas. On assiste à une reconfiguration du concept de conduites nuisibles (*social harm*) utilisé par les utilitaristes réformistes des années 60-70⁷⁴.

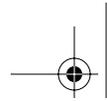
On observe d'abord un élargissement du contrôle pénal à des conduites à risque qui deviennent criminelles indépendamment de la survenance d'un résultat direct préjudiciable (*social harm*). La gestion des risques sociaux devient un enjeu de droit pénal⁷⁵.

⁷³ John RAWLS, *Théorie de la justice*, Paris, Éditions du Seuil, 1987.

⁷⁴ H.L PACKER, *op. cit.*, note 55.

⁷⁵ Ulrich BECK, *La société du risque, Sur la voie d'une autre modernité*, Paris, Champs/Flammarion, 1986.





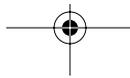
MÉLANGES ANDRÉE LAJOIE

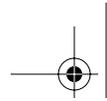
Cette thèse contribuerait à l'émergence de normes énonçant des interdictions pénales périphériques au fait de fumer parce qu'à terme, ces conduites préliminaires ou associées engendreraient le résultat dommageable. L'exemple classique dans le droit criminel, c'est l'infraction de complot qui incrimine le fait de s'entendre avec d'autres dans le but de commettre une infraction criminelle. L'infraction sanctionne un projet intellectuel indépendamment de la réalisation de sa finalité criminelle. La notion de préjudice pénal s'étend donc à la sphère des conduites accessoires au noyau central de l'illégalité potentielle, dans ce cas-ci : le fait de fumer.

Ainsi, les interdictions à la publicité des produits du tabac et les restrictions à leur distribution s'inscrivent dans cette mouvance du droit pénal de circonscrire, dans le champ des illégalités, des conduites antérieures à la réalisation des effets préjudiciables du tabac sur la santé des consommateurs. De plus, les données scientifiques sur les méfaits de la fumée secondaire contribuent à légitimer la pénalisation des conduites à risque dans la mesure où des victimes innocentes des méfaits du tabac sont dorénavant identifiables. Désormais, les vices que l'on définissait alternativement de crimes consensuels et réputés sans victimes⁷⁶ peuvent être transférés dans la catégorie des conduites nuisibles.

Cette rénovation de la notion de « conduites nuisibles » est aussi attribuable à une préoccupation accrue à l'égard de la sécurité collective dans l'élaboration des normes pénales et crée une expectative publique en faveur de normes pénales rassurantes. L'intégration d'une théorie de gestion des risques dans ce droit révèle un autre phénomène, à savoir l'existence d'une tension dialectique entre des objectifs de liberté et des objectifs de sécurité dans l'élaboration des normes pénales. S'il s'agit d'illustrer cette tension, disons tout de suite que le droit pénal d'après le 11 septembre 2001 tend fortement vers un impératif de sécurité tous azimuts au détriment de la liberté individuelle. Certificats de sécurité, détention administrative sans forme de procès, écoute électronique intrusive : point besoin d'être juriste pour continuer la liste des options pénales draconiennes fondées sur l'idéologie sécuritaire. Je veux toutefois

⁷⁶ H.L. PACKER, *op. cit.*, note 55.





LE PÉNALISATION DU TABAGISME, POURQUOI TOUT CE TABAC ?

parler d'une réalité plus subtile qui se concrétise dans une hypersensibilité au danger dans la société contemporaine, et pour évoquer Jean Delumeau, d'une renaissance de la peur en Occident⁷⁷.

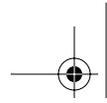
Le public acquiert la conviction en ce nouveau siècle que la sécurité en société serait mieux assurée si l'on manifestait plus de fermeté punitive à l'égard des criminels et si l'on agissait de façon préventive pour neutraliser tout danger potentiel et avant qu'il ne se matérialise en crimes graves ou en dommages irréversibles. Par exemple, l'idée que l'on se fait du danger que représente la criminalité engendre une peur publique et une insécurité morbide qui ne cherchent à être calmées qu'au prix de l'emprisonnement définitif des criminels ou de la neutralisation dans l'œuf d'un préjudice appréhendé. La conséquence est d'imaginer que la sécurité collective n'est assurée qu'avec zéro danger criminel et zéro risque pour sa sécurité personnelle.

Ces représentations populaires du risque appellent une réflexion qui nous renvoie aux dimensions scientifiques de la gestion des risques en matière de tabagisme. Les données médicales actuelles sur les méfaits à terme du tabac sur la santé sont crédibles. Les experts qui sont familiers avec l'incertitude en science font des études d'impact sur les méfaits du tabac qui s'expriment en termes de possibilités et de probabilités et la gestion scientifique des risques donne lieu à des calculs actuariels sophistiqués. Par contraste, le public conçoit le risque sur sa santé fort différemment. Il l'envisage en termes de danger de mourir du cancer. Il s'agit d'un risque émotif qu'il ne veut pas éprouver. Or, à la différence de l'assurance que le citoyen prend pour couvrir ses dommages en cas de feu ou d'accident et qui le compense lorsque le risque se matérialise, celui-ci exige de sa police « assurance-santé » que le risque ne se produise pas, que la maladie ne se développe pas. Il est, par conséquent, toujours insatisfait du contrôle du tabagisme parce qu'il ne porte un jugement de valeur sur celui-ci qu'en situation d'échec de la prévention générale en matière de cancer. Le public moralise le risque au nom de sa sécurité personnelle et exige des compagnies de tabac



⁷⁷ Jean DELUMEAU, *La peur en Occident (XIV- XVIII siècle) : une cité assiégée*, Paris, Fayard, 1978.





de remplir des obligations déontologiques à l'égard de sa propre santé. Rappelons que dans le débat constitutionnel impliquant les compagnies de tabac, les intervenants dans la première affaire sont : la Fondation des maladies du cœur du Canada, la Société canadienne du cancer, le Conseil canadien sur le tabagisme et la santé, l'Association médicale canadienne et l'Association pulmonaire du Canada et dans la deuxième, à nouveau, la Société canadienne du cancer. Ces intervenants endossent la position morale du public et prennent fait et cause en faveur d'un contrôle pénal sévère du tabagisme. Ce rôle moral que se donnent les scientifiques évoque sans contredit la fonction symbolique du droit pénal auquel on attribue une puissance quasi magique de garantir la prévention générale⁷⁸. Ceci rend également compte d'une spécificité particulière de la normativité à caractère pénal en ce que le droit pénal traduit non seulement des valeurs et des intérêts, mais il en produit également⁷⁹. Bref, ce droit va finalement produire, si elle n'est pas encore acquise, la valeur que l'on souhaite, imaginent les scientifiques comme les profanes. Au regard de cet impact moral des normes juridiques, nous reformulons une idée de Bourdieu sur le droit : le rôle du droit pénal consisterait alors à inscrire l'interdit dans l'espace public et à marquer la réalité ainsi nommée du sceau de l'universalité⁸⁰.



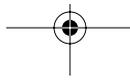
XI. VALEURS ET INTÉRÊTS

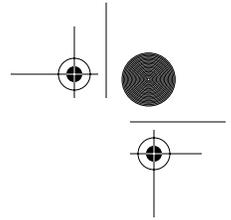
Il faut finalement que je réponde au dernier aspect de la question selon laquelle la morale triompherait sur les intérêts économiques des grandes compagnies de tabac et sur les intérêts fiscaux des gouvernements. En ce qui a trait aux compagnies de tabac, elles concèdent faire encore beaucoup d'argent avec la vente de leurs

⁷⁸ J'ai déjà discuté de ce thème dans l'article suivant : Hélène DUMONT, « La puissance des mots : des maux que l'on doit qualifier de criminels ou le difficile passage d'une logique de guerre et de génocide à une logique de droit pénal » (2006) *Cahiers de défense sociale* 29.

⁷⁹ J. RÉMY, *loc. cit.*, note 27, 61.

⁸⁰ Pierre BOURDIEU, « La codification », dans P. BOURDIEU, *Choses dites*, coll. « Le sens commun », Paris, Éditions de Minuit, 1987.





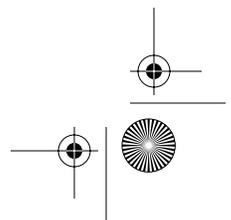
LE PÉNALISATION DU TABAGISME, POURQUOI TOUT CE TABAC ?

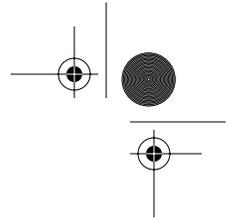
produits⁸¹. En situation de profits peut-être moins importants, des dirigeants de certaines d'entre elles n'ont pas hésité à recourir à l'illégalité et à déguiser leurs produits sur le marché de la contrebande de cigarettes⁸². De plus, elles restent toutes prévoyantes et développent de nouveaux marchés dans les pays en voie de développement. Enfin, la philanthropie devient généralement très populaire pour l'amélioration de l'image de marque des grandes corporations⁸³.

⁸¹ *Canada (Procureur général) c. JTI-Macdonald Corp.*, précité, note 24, par. 17.

⁸² Parmi de nombreux exemples, voici le suivant : William MARSDEN, « RJR Nabisco executive pleads guilty for part in \$650M cigarette smuggling scam », *National Post*, March 27, 1999. « RJR Executive Helped Smugglers Sell Cigarettes Illegally in Canada », *Wall Street Journal*, March 26, 1999 : « March 25, 1999 : A former senior executive with RJR-Mac Donald pleads guilty to a smuggling conspiracy. It is reported that the conspiracy defrauded the Canadian Government of more than US\$ 650 million in tobacco taxes. The plea bargain in US district of Syracuse, New York includes a seven-year jail term, although this was still to require Court approval ».

⁸³ *La Loi instituant le fonds pour la promotion des saines habitudes de vie* est adoptée à l'unanimité, Québec, le 5 juin 2007 – *La Loi instituant le Fonds pour la promotion des saines habitudes de vie* a été adoptée aujourd'hui à l'unanimité des membres de l'Assemblée nationale. « Non seulement les trois partis politiques se sont-ils entendus sur la création du Fonds, mais le projet de loi numéro 1 a été adopté sans amendement. Cela démontre que l'Assemblée est capable de parler d'une seule voix, surtout lorsqu'il s'agit de se mobiliser autour d'un objectif qui rallie un large consensus au sein de notre société », a déclaré le ministre de la Santé et des Services sociaux, monsieur Philippe Couillard. [...] Ce fonds dédié de 20 millions de dollars par année pour 10 ans sera constitué à même le produit de l'impôt sur le tabac. [...] La Fondation Lucie et André Chagnon fournira une somme équivalente, pour une mise de fonds totale de 400 millions de dollars. L'adoption de la *Loi* s'inscrit à l'enseigne de la création d'un partenariat entre le gouvernement et la Fondation, voué à favoriser chez les jeunes Québécois une saine alimentation et un mode de vie physiquement actif, à promouvoir des normes sociales encourageant ces saines habitudes de vie ainsi qu'à soutenir l'innovation de même que l'acquisition et le transfert des connaissances en ces matières. [...] « La Fondation Lucie et André Chagnon souhaite contribuer au développement et à l'amélioration de la santé par la prévention de la pauvreté et de la maladie, en agissant principalement auprès des enfants et de leurs parents. Dans cette perspective, la Fondation s'est donnée pour cible à atteindre la réussite scolaire des jeunes Québécois dans un environnement où prévalent de saines habitudes de vie » a déclaré monsieur André





Elles peuvent maintenant financer de « bonnes causes » et s'adonner à la bienfaisance pour remédier aux inconvénients de la mal-faisance de la publicité de leurs produits. De cette manière, ne choisissent-elles pas un moyen tout à fait moral de faire de la publicité ?

Quant aux intérêts fiscaux des gouvernements, ces derniers retirent encore des sommes importantes en augmentant régulièrement les taxes sur les produits du tabac. De surcroît, les gouvernements procèdent à la réclamation des coûts de santé qu'entraînent les maladies reliées au tabagisme et seront éventuellement, si ce n'est en partie déjà fait, remboursés par les compagnies de tabac. Enfin, un certain nombre de recours collectifs donnent à penser que des personnes devenues malades en raison du tabagisme recevront des miettes de la manne qui passe⁸⁴. Bref, les gouvernements n'ont pas renoncé à leurs intérêts en faisant prévaloir la morale dans l'élaboration de normes pénales sur la question du tabagisme.

CONCLUSION

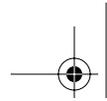
Le registre des valeurs a été souvent sous-estimé par les sociologues dans l'examen de la normativité juridique. Cela est sans doute attribuable à la nécessité pour le chercheur d'adopter une neutralité axiologique et de neutraliser sa propre subjectivité dans l'observation. Ceux-ci ont mis en relief plus aisément la notion d'intérêts pour illustrer l'action, l'interaction et l'opposition des intérêts sur la fabrication du droit. Parfois, quelques-uns ont discuté avec brio de l'interrelation des intérêts avec les valeurs dans la production du droit⁸⁵.

Chagnon, président du conseil et chef de la direction de la Fondation. Voir : <http://www.fondationchagnon.org/Communique_de_presse_5_juin.pdf> ou <<http://communiqués.gouv.qc.ca/gouvqc/communiqués/GPQF/Juin2007/05/c9128.html>>, (consultés le 5 juillet 2007).

⁸⁴ Voir, de façon générale, un excellent compte-rendu des nombreuses affaires judiciaires en cours ou passées au Canada comme aux États-Unis : M. DUNSMUIR, C. BLANCHETTE, J. DUPUIS et N. MILLER CHENIER, *op.cit.*, note 37.

⁸⁵ Voir, à cet égard, Guy ROCHER, *Études de sociologie du droit et de l'éthique*, Montréal, Éditions Thémis, 1996.





LE PÉNALISATION DU TABAGISME, POURQUOI TOUT CE TABAC ?

En tant que spécialiste de droit pénal, j'ai toujours éprouvé un certain malaise d'avoir à confronter le champ des valeurs dans mon champ d'étude. Je trouvais également que cela ne fait pas très scientifique de parler de morale en droit pénal. De toute façon, je demeure une partisane de la politique : « aussi peu de droit pénal que nécessaire dans une société libre et démocratique ». Je résiste toujours à l'idée de recourir au pénal comme s'il s'agissait d'une commodité⁸⁶. Mais, lorsque j'ai commencé à faire du droit pénal international et à examiner le mode de formation des normes dans l'ordre juridique international, la question des valeurs s'est imposée comme un thème de recherche incontournable. Il fallait absolument, pour des raisons épistémologiques, éthiques et culturelles, examiner le champ des valeurs, constater leur interaction et leur entrechoquement et considérer l'ordonnement des valeurs comme faisant partie intégrante du champ des connaissances en droit et de celles sur la normativité juridique à caractère pénal⁸⁷.

Voilà donc pourquoi, ma chère Andrée, je pense qu'il est essentiel de s'occuper de la morale dans le droit pénal sinon c'est la morale qui s'occupera du droit pénal !



⁸⁶ Nils CHRISTIE, *Limits to Pain*, Oxford, M. Robertson, 1982.

⁸⁷ Mireille DELMAS-MARTY, *Le pluralisme ordonné, Les forces imaginantes du droit*, t. 2, « Le pluralisme ordonné », coll. « Couleur des idées », Paris, Seuil, 2006 ; Mireille DELMAS-MARTY, *Les forces imaginantes du droit*, t. 1, « Le relatif et l'universel », Paris, Seuil, 2004. Mireille DELMAS-MARTY, « Le droit pénal comme éthique de la mondialisation », (2004) 1 *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé* 1.

